

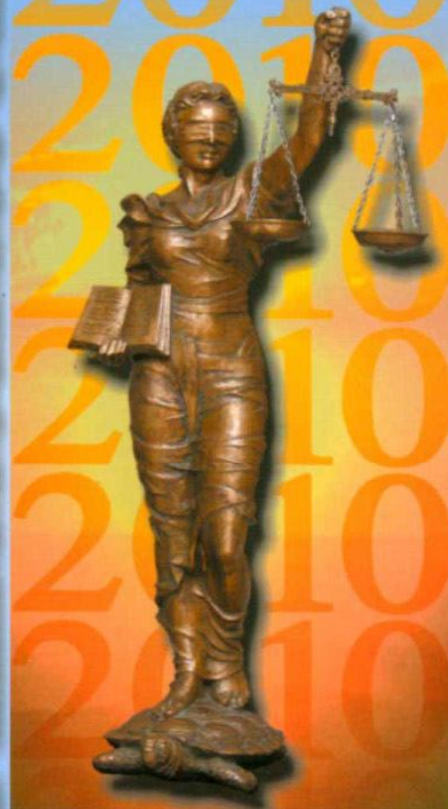
2010

Алманах

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

2010
2010

ISSN 1829-012

Almanac
Constitutional Justice
Ալմանախ
Հաստատված 2007 թվականին
և 2008 թվականին
ՀՀ Արդարադատության նախարարության կողմից
ՀՀ Արդարադատության նախարարության կողմից
ՀՀ Արդարադատության նախարարության կողմից
2010
Ալմանախ
Հաստատված 2007 թվականին
և 2008 թվականին
ՀՀ Արդարադատության նախարարության կողմից
ՀՀ Արդարադատության նախարարության կողմից
ՀՀ Արդարադատության նախարարության կողմից
Альманах
Качественное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2010



The publication of "Almanac-2010" is supported by the Yerevan office of OSCE (*Head, Ambassador S. Kapinos*)

"Альманах-2010" печатается при содействии Ереванского офиса ОБСЕ (*Руководитель, Посол С. Капинос*)

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

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» - 2010

© «НЖАР» - 2010

© «NJHAR» - 2010



XV Yerevan International Conference

dedicated to the XV Anniversary of the Constitution of the Republic of Armenia

«Safeguarding and protection of human constitutional rights in the practice of constitutional justice, taking into account the legal positions of the European Court of Human Rights»

XV Conférence internationale d'Erevan,

consacrée à l'anniversaire de la Constitution de la République d'Arménie

«la garantie et la protection des droits constitutionnels de l'homme dans le pratique de la justice constitutionnelle, en tenant compte des positions juridiques de la Cour Européenne des droits de l'homme»

XV Ереванская международная конференция,

посвященная 15-летию Конституции Республики Армения

«Обеспечение и защита конституционных прав человека в практике конституционного правосудия с учетом правовых позиций Европейского суда по правам человека»

21-23 SEPTEMBER 2010

ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА OPENING SPEECHES ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

ГАГИК АРУТЮНЯН

*Председатель Конституционного Суда
Республики Армения*

Многоуважаемый господин Премьер-министр!
Уважаемые участники Международной конференции!
Уважаемые гости!

Приветствую всех присутствующих на 15-ой Ереванской юбилейной международной конференции и наших гостей, прибывших из более чем 20 стран и различных международных организаций.

Тема нынешней Конференции была выбрана в результате состоявшихся в Страсбурге длительных обсуждений. Во время наших встреч с Председателем Европейского суда по правам человека господином Жаном-Полем Коста и с Председателем Венецианской комиссии Совета Европы господином Джианни Букиккио особое внимание было уделено необходимости дальнейшего развития института конституционной жалобы. Это имеет большое значение не только с точки зрения повышения эффективности систем национального правосудия, но и с точки зрения укрепления международных гарантий защиты прав человека. Знаменательно, что в этой Конференции участвуют трое членов Европейского суда по правам человека, за что выражаю им глубокую благодарность и уверенность в том, что их активное участие в обсуждениях будет для всех нас весьма полезным.

Отмечу также, что, учитывая актуальность темы, Венецианская комиссия Совета Европы еще год назад инициировала подготовку всестороннего обсуждения вопроса на пленарном заседании Комиссии. Была поставлена цель раскрыть основные тенденции европейского развития в этой сфере и уточнить стержневые подходы дальнейших реформ в этом направлении. Мне посчастливилось вместе с моим коллегой из Венгрии господином Пацолаем и с представителем Германии госпожой Ангеликой Ньюсбергер выступить по этому вопросу в качестве докладчика. Вместе с секретариатом Комиссии мы в основном завершили подготовку объемного доклада, который на днях стал предметом обсуждения на пленарном заседании Венецианской комиссии. К сожалению, из-за болезни я не смог участвовать в работе этого заседания, однако уверен, что окончательный документ будет полезен в вопросе обобщения европейского опыта рассмотрения индивидуаль-

ных обращений в конституционных судах и конкретизации ориентиров дальнейшего развития этой системы.

Уверен также, что эта Конференция внесет свой определенный вклад в дело осуществления дальнейших активных шагов в направлении обеспечения эффективных гарантий реализации права человека на конституционное правосудие.

Очевидно, что в настоящее время существующая в международной практике ситуация в связи с институтом представления индивидуального обращения в Конституционный Суд весьма противоречивая. Реальностью является как отрицание этого института вообще, так и абсолютизация его роли. Часто также укоренение неполноценной системы защиты права лица на конституционное правосудие больше создает проблемы, чем решает их.

С точки зрения гарантирования системной целостности являются важными не только выбор той или иной модели, но и полноценность конституционных и законодательных регулирований, эффективность процессуальных процедур, правильный выбор системы фильтров, наличие необходимых и достаточных гарантий исполнения решений Конституционного Суда по индивидуальным жалобам и т.д.

Уверен, что в ходе настоящей Конференции все эти проблемы станут предметом активных обсуждений и нам удастся прийти к определенным выводам.

Уважаемые коллеги!

Мы в июне торжественно отметили 20-летие Венецианской комиссии. Во всех официальных докладах особо была отмечена не только исключительно важная региональная роль этой структуры, но и ее международная роль. Я еще раз хочу поздравить и выразить слова благодарности Венецианской комиссии и лично Председателю Комиссии, моему хорошему другу Джианни Букиккио за плодотворное сотрудничество на протяжении всех этих лет.

Выражаю признательность также всем гостям, участвующим в этой Конференции, в частности Председателю Международной ассоциации конституционного права господину Дидье Мосу, Председателю Конституционного Суда Российской Федерации господину Валерию Зорькину, Председателю Конституционного Суда Республики Молдова господину Думитру Пулбере, Председателю Конституционного Суда Люксембурга госпоже Мари-Пол Энджел, всем нашим коллегам, прибывшим из Норвегии, Российской Федерации, Греции, Грузии, Македонии, Болгарии, Латвии, Литвы, Польши, Казахстана, Мексики, Украины, Беларуси, Кореи.

От Республики Армения в работе Конференции участвует большое количество специалистов в области права, в том числе депутатов, судей, работников прокуратуры, ученых, преподавателей, политических деятелей, журналистов, которых я также приветствую и выражаю им свою благодарность.

Особенность организации этой Конференции заключается в том, что для обсуждений предусмотрено больше времени. Я хочу обратиться ко всем участникам с просьбой проявить активность в ходе обсуждений. Хочу также сообщить, что все материалы Конференции будут опубликованы в Альманахе за 2010 год.

Еще раз поздравляю всех с 15-летием Конституции РА и желаю Конференции плодотворной работы.

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

Dear Mr. Prime Minister,

Dear participants of the international conference,

Dear guests,

I would like to greet all participants of Yerevan 15th anniversary conference and our guests who have arrived from more than 20 countries and different international organizations.

The thesis of this conference has been selected after long lasting discussions held in Strasbourg. During our discussions held with Mr. Costa, President of European Court of Human Rights and Mr. Buquicchio, Chair of the Venice Commission of the Council of Europe on the necessity of the further development of applying to the Constitutional Court with individual applications was highlighted. It is of great importance not only for the increasing the productivity of national judicial systems but also from the perspective of reinforcement of international guarantees of protection of human rights.

It is symbolic that three members of European Court of Human Rights participate at the Conference and I would like to express my gratitude and I am sure that their active participation to the our discussions will be greatly useful to everybody.

I would also like to inform that because of the vitality of the issue, the Venice Commission of the Council of Europe has also undertaken the preparation of comprehensive discussion of the issue at plenary session of the commission. It has become essential reveal the main tendencies of the European development in this sphere and the essential standards of the further improvements. I was honoured to hold a presentation on this issue together with my Hungarian colleague Mr. Pacola and the representative of Germany Ms. Angelika Nuesberger. Together with the secretary of the commission, we have mainly brought to end the preparation of comprehensive report, which has become the issue of discussion at the plenary session of the Venice Commission. Unfortunately, because of the illness,

I was not able to participate at that session but I am sure that the final document will be of great importance for the issue of consolidation of the European experience of submitting the individual applications for consideration at the constitutional court and differentiation of the tendencies of the further development of this system.

I am sure that this conference shall have its portion in the issue of implementation of the further active steps for ensuring the effective guarantees for the enforcement of the right of constitutional justice.

It is obvious that nowadays in the international practice of the existing situation with the institute of submitting the individual complaints to the constitutional court is quite diverse and contradictory. Both the declination of the institute or the absolutism of its role has become reality. The establishment of the incomplete system of protection of the right of constitutional justice of a person often creates more problems than solves them.

From the perspective systemic completeness not only the choice of this or that model is highlighted, but also accomplishment of constitutional and legislative regulations, effectiveness of judicial procedures, right choice of the system of filters, availability of necessary and sufficient guarantees of the implementation of decisions of the constitutional court based on the individual complaints, etc.

I am sure that during this conference, all these issues will become subject of interested discussions and we shall manage to definite conclusions.

Dear colleagues,

In June, we celebrated the 20th anniversary of come to the Venice Commission. Not only regional, but also international important role of this structure was emphasized in the official speeches. I would like to express my gratitude and congratulate the Commission, and personally the chair of the Commission, my good friend Gianni Buquicchio for productive cooperation.

I would also express my gratitude to the guests of this conference. In particular, a wide number of specialists of law of the Republic of Armenia, as deputies, judges, officials of the prosecutor's office, scientists, professors, politicians, reporters also participate in the work of the conference and I would to greet them and express my gratitude.

The organization of this conference possesses with such a peculiarity that more time is dedicated to the discussions. I would ask all participants to participate actively in the discussions.

I would like to inform that the materials of the conference will be published in "Almanac – 2010".

Once again, I congratulate everybody for the 15th anniversary of the RA Constitution and wish productive work.



GIANNI BUQUICCHIO
President, Venice Commission

Mr Prime Minister,
Mr. President of the Constitutional Court,
Honourable Presidents and Judges of Constitutional Courts,
Excellencies,
Ladies and gentlemen,

I am delighted to be here today representing the Venice Commission on what is a very significant milestone - the 15th anniversary of the Constitution of Armenia. I would like to take this opportunity to thank President Harutyunyan, his staff and all the other persons who have contributed to the excellent organisation of this important event and for their overwhelming hospitality.

It is particularly apt that the Venice Commission be represented here today as constitutional reform is at the heart of the Commission's work. As many of you will remember, Armenia's association with the Venice Commission began in 1995, when this then young democracy became an associate member of the Commission. It became a full member in 2001 on accession to the Council of Europe, the member then and still being President Harutyunyan.

A very fruitful dialogue was started with the authorities back then and the Venice Commission has been involved in all the stages of the implementation of the Constitution in Armenia.

Today, we celebrate the 15th anniversary of Armenia's Constitution. I believe that we can say that it is also thanks to the co-operation with the Venice Commission that Armenia has a constitutional framework which enables it to live up to European constitutional standards. We worked closely with the Armenian authorities and other stakeholders when this present Constitution was revised by referendum some years ago. Even more importantly, Armenia's Constitution reflects the will of its people to live in a democratic state based on the rule of law, which observes human rights.

But, our co-operation is not limited to the constitutional reform itself. The Commission throughout the years has also given opinions on several other laws, in particular worth mentioning are the electoral code, the law on the constitutional court, the law on rallies and I will stop here as the list could go on..... For me, this is a sign of a very successful co-operation.

Mr President, ladies and gentlemen,

Today is also the start of the XVth Yerevan Conference organised by the Constitutional Court of Armenia. The Venice Commission has been involved in all of these Conferences proving that its co-operation with the Constitutional Court is of the highest quality.

Indeed, since 2003 this Conference has been held under the auspices of the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy, which was established on the basis of a common declaration of the constitutional courts of Armenia, Belarus, Georgia, Kazakhstan, Moldova, Russia, Tajikistan and Ukraine. Armenia holds the Presidency of this Conference and the Venice Commission signed a co-operation agreement with the Conference.

The Conference of Young Democracy is also one of the regional groups of the World Conference on Constitutional Justice, the other regional groups being: the Conference of European Constitutional Courts, the Association of Constitutional Courts using the French Language, the Southern African Chief Justices' Forum, the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Bodies, the Union of Arab Constitutional Courts and Councils, the Ibero-American Conference of Constitutional Justice, the Conference of Constitutional Jurisdictions using the Portuguese Language and the Commonwealth courts; which clearly shows the scope of the Venice Commission's co-operation.

The Commission brought together the courts from all these regional groups at the very successful first World Conference on Constitutional Justice held in Cape Town in 2009 - at which 9 regional or linguistic groups and 93 courts participated and which decided to establish the World Conference as a permanent body, assisted by the Venice Commission, to promote co-operation within the groups as well as between them on a global scale. A second Congress of the World Conference will be held in Rio de Janeiro in January 2011 on the theme "Separation of Powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies".

The Venice Commission would like to thank the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy and especially the Constitutional Court of Armenia for its support of the draft Statute and the setting up of the World Conference as a permanent body. We hope that you will also support the draft at the 2nd Congress in January 2011.

Mr President, ladies and gentlemen,

I think it is time to turn to the subject of this Conference, "Safeguarding and protection of human constitutional rights in the practice of constitutional justice, taking into account the legal positions of the European Court of Human Rights".

The European Court of Human Rights celebrated its 50th anniversary last year - earlier this week we commemorated the 60th anniversary of the European Convention on Human Rights in Strasbourg. Today's topic will show the important role played by national courts, notably constitutional courts, which are the first to apply and interpret this Convention and therefore play a fundamental part in protecting human rights.

Over the past 60 years, we have experienced a major shift in the importance of constitutional protection of human rights in Europe and beyond. Respect for human rights is now considered to be an essential part of any democratic society. They have to be protected by all representatives of state power, as close as possible to the individual, by every policeman, every first instance judge, up to the highest court in each country. The European Court of Human Rights comes into play only subsidiarily, when these national instances would not protect the individual's rights.

Some countries such as Spain or Germany provide for a full individual complaint to the Constitutional Court against decisions of the ordinary courts, covering violations due to unconstitutional laws but also against violations of constitutional rights through the unconstitutional application of laws, which as such are in conformity with the Constitution. Article 101 of the Constitution of Armenia¹ has introduced an individual complaint but like a number of other countries only against unconstitutional laws, not against the unconstitutional application of constitutional laws.

The statistics of the European Court of Human Rights clearly show that countries, which have a full individual complaint, effectively satisfying valid requests for human rights protection on the national level, have a considerably lower case-load before the Strasbourg Court and suffer a lower numbers of condemnations there.

The Venice Commission is currently preparing a report on individual access to constitutional justice, which is an in-depth report that provides an overview of the existing mechanisms in the Venice Commission's member and observer states. Its intention is to contribute to a better understanding of the great variety of adopted solutions and it is also an analysis of the merits of the various systems. The draft report examines direct and indirect access and the various forms of individual complaints. I am grateful to you, Chairman Harutyunian that you have agreed to work as one of the rapporteurs for this report, which will hopefully be adopted by the Venice Commission in December.

While the purpose of individual complaints is clearly the securing of human rights on the national level, we also have to see the heavy case-load

¹ Article 101: In conformity with the procedure set forth in the Constitution and the law on the Constitutional Court the application to the Constitutional Court may be filed by: ... 6) every person in a specific case when the final judicial act has been adopted, when the possibilities of judicial protection have been exhausted and when the constitutionality of a law provision applied by the act in question is being challenged".

of the European Court of Human Rights, some 120 000 pending cases. From the viewpoint of the functioning of the Strasbourg system, the introduction of constitutional complaints to constitutional courts is a key factor. This is why the draft report devotes a chapter examining how such complaints have to be conceived in order to be seen as an effective remedy by the European Court under Article 35 of the Convention.

It is true that the introduction of full individual complaints carries the risk of overburdening the Constitutional Court. The Commission's draft report therefore examines a number of filters and organisational issues, which need to be addressed in order to establish a system that also can work in practice.

Mr Chairman, ladies and gentlemen,

I am sure that we will have ample occasion to refer to these and related issues during our discussions to which I look forward.

I would like to conclude by once again thanking the Constitutional Court of Armenia for the excellent organisation of this event and I wish us all a fruitful and successful Conference.

Thank you very much for your attention.

ДЖИАННИ БУКИККИО

Председатель Венецианской комиссии Совета Европы

Уважаемый господин Премьер-министр!

Уважаемый Председатель Конституционного Суда!

Многоуважаемые председатели и судьи!

Уважаемые гости!

Дамы и Господа!

Для меня большая честь представлять сегодня Венецианскую комиссию на такой важной Конференции, посвященной 15-летию Конституции Республики Армения. Хочу воспользоваться возможностью и выразить благодарность господину Арутюняну, Аппарату КС РА и всем лицам, участвовавшим в прекрасной организации этого важного мероприятия, за искреннее гостеприимство.

Это особенно целесообразно, так как сегодня здесь Венецианская комиссия представляет конституционные реформы, что является целью нашей деятельности. Многие из нас помнят, что сотрудничество Армении с Венецианской комиссией началось в 1995 году, когда эта страна молодой демократии стала действующим членом Комиссии. В 2001

году она стала полноправным членом Совета Европы, членом которой был и по сей день остается Председатель КС РА господин Арутюнян.

В те годы начался плодотворный диалог с руководящими органами, и Венецианская комиссия была вовлечена во все этапы реализации Конституции в Армении.

Сегодня мы празднуем 15-летие Конституции Республики Армения. Я с уверенностью могу сказать, что также благодаря сотрудничеству с Венецианской комиссией в Армении сложилась конституционная структура, позволяющая претворить в жизнь европейские конституционные стандарты. Мы тесно сотрудничали с властями Армении и другими заинтересованными сторонами, когда несколько лет назад Конституция пересматривалась на референдуме. Очень важно, что Конституция Республики Армения отражает волю своего народа жить в демократическом обществе, основанном на верховенстве закона и обеспечивающем защиту прав человека.

Но наше сотрудничество не ограничивается лишь сотрудничеством в связи с конституционными реформами. На протяжении многих лет Комиссия представляла свои мнения и относительно нескольких других законов, в частности заслуживают внимания Закон о выборах, Закон о Конституционном Суде, Закон о митингах и многие другие законы, перечисление которых займет слишком много времени. Для меня это свидетельство очень удачного сотрудничества.

Уважаемый Председатель, дамы и господа!

Сегодня стартует 15-ая Ереванская международная конференция, организованная Конституционным Судом Республики Армения. Венецианская комиссия участвовала во всех Конференциях, тем самым доказав, что ее сотрудничество с Конституционным Судом РА находится на высоком уровне.

Начиная с 2003 года, конференции организовывались при поддержке Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии, основанной соглашением между Конституционными Судами Армении, Беларуси, Грузии, Казахстана, Молдовы, России, Таджикистана и Украины. Армения председательствует в этой Комиссии, а Венецианская комиссия подписала договор о сотрудничестве с ней.

Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии является одной из региональных групп Всемирной конференции по конституционному правосудию. Другими региональными группами, определяющими круг сотрудничества Венецианской комиссии, являются Конференция европейских конституционных судов, Ассоциация конституционных судов, использующих французский язык, Форум верховных судей Южной Африки, Ассоциация азиатских конституционных судов и эквивалентных органов, Союз арабских консти-

туционных судов и советов, Иберо-Американская конференция по конституционному правосудию, Конференция конституционных судов португалоязычных стран и суды СНГ.

Венецианская комиссия успешно объединила суды всех этих региональных групп на прошедшей первой Всемирной конференции по конституционному правосудию, которая состоялась в 2009 году в Кейптауне. В ней участвовало 9 региональных или лингвистических групп и 93 суда. На Конференции было решено учредить Всемирную конференцию как постоянно действующий орган, содействовать которой будет Венецианская комиссия, стимулируя сотрудничество между группами.

Тема второй Всемирной конференции, которая пройдет в Рио-де-Жанейро в январе 2011 году, "Разделение властей и независимость конституционных судов и эквивалентных органов".

От имени Венецианской комиссии хочу выразить благодарность Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии и, в частности, Конституционному Суду Республики Армения за содействие в составлении проекта Устава и учреждении Всемирной конференции как постоянно действующего органа. Надеемся, что Вы окажете свою помощь и в составлении проекта Устава Второй Всемирной конференции 2011 года.



ТИГРАН САРКИСЯН

Премьер-министр Республики Армения

Уважаемые участники Международной конференции!

Многоуважаемые гости!

От имени Правительства Республики Армения хочу поприветствовать созыв в Ереване этой очень важной Международной конференции, посвященной 15-летию принятия Основного Закона нашей страны. Мероприятие это еще более значимо тем, что оно организовано усилиями Конституционного Суда Республики Армения, Европейского суда по правам человека, Венецианской комиссии Совета Европы, Международной ассоциации конституционного права и Ереванского офиса Германского общества по техническому сотрудничеству.

Тема Конференции созвучна 15-летней летописи Конституции Республики Армения, так как главной задачей нашего государства, важнейшей предпосылкой утверждения конституционной демократии в нашей стране является гарантирование, обеспечение и защита конституционных прав людей.

Проведение этой Конференции также включено в разработанную нашей государственной комиссией программу мероприятий. Мы преследовали цель, во-первых, посредством опубликования сборника комментариев к Конституции РА сделать Конституцию более доступной для народа, во-вторых, посредством глубокого изучения международного опыта раскрыть все те возможности, которые позволят сделать более надежным гарантирование верховенства права в нашей правовой системе. Первая задача получила удачное разрешение: усилиями авторского коллектива, состоящего почти из 70 человек, вышел в свет научно-практический сборник Комментариев к Конституции, не имеющий аналога в истории армянского права. Вторая задача, главным образом, обусловлена созывом настоящей Конференции, в которой участвуют известные правоведы из десятка стран и результаты которой сыграют большую роль в деле преодоления вызовов дальнейшего утверждения конституционной демократии в наших странах.

Хочу особо отметить многофакторное научное раскрытие особенностей гарантирования верховенства права в меняющихся общественных системах, характера и содержания так называемого переходного конституционализма, которое имеет также большое практическое значение.

Уверен, что по возможности быстро призвав к жизни основополагающие конституционные принципы, делая днем ранее Конституцию живой реальностью, мы констатируем большой успех во всех областях общественных отношений.

Необходимо также аргументировать, что после конституционной реформы 2005 года и после того, как граждане получили право обращения в Конституционный Суд в нашей стране произошли серьезные изменения. Каждый год Конституционным Судом на основании индивидуальных обращений граждан нормы десятков законов признаются антиконституционными. Люди становятся реальными участниками конституционного развития страны. Нашей задачей является укрепление этой возможности и в дальнейшем.

За последние годы Армения осуществила серьезные экономические реформы для преодоления последствий всеобщего кризиса. Разработанные государством комплексные социальные программы направлены особенно на защиту наиболее уязвимых слоев общества. В то же время эффективное использование нашего экономического потенциала требует уделить большое внимание человеческому фактору, реализации созидательного потенциала человека. А это возможно только при наличии действенных структур гарантирования, обеспечения и защиты их конституционных прав. Бесспорно, в этом вопросе весьма важную роль играют укрепление дееспособности судебной власти и наличие эффективной системы конституционного контроля.

Уважаемые участники!

От имени Правительства Республики Армения хочу выразить слова благодарности Председателю Венецианской комиссии Совета Европы господину Джианни Букиккио, присутствующим здесь судьям Европейского суда по правам человека, Председателю Международной ассоциации конституционного права господину Дидье Мосу, председателям конституционных судов и членам делегаций разных стран за созыв Ереванской конференции и участие в ней.

Уверен, что результаты обсуждений будут созвучны нашим ожиданиям. Желаю Вам плодотворной работы.

TIGRAN SARGSYAN

Prime Minister of the Republic of Armenia

Dear participants of the international conference,

Dear guests,

On behalf of the Government of the Republic of Armenia, I welcome this important international conference in Yerevan dedicated of the 15th anniversary of adoption of the Basic Law of our country. This event is significant, as it has been organized by the Constitutional Court of the

Republic of Armenia, European Court of Human Rights, the Venice Commission of the Council of Europe, International Association of Constitutional Law, and German Technical Corporation.

The thesis of the conference is in tune with the 15-year-old chronicle of the Constitution of the Republic of Armenia as the guarantee and protection of the constitutional rights of the people are essential prerequisites of the establishment of constitutional democracy in our country.

This conference has been also included in the agenda drafted by our state commission. Firstly, we were following the aim to make the Constitution more accessible to the nation by publishing the collection of the doctrinal commentaries on the RA Constitution, secondly with the help of a thorough research of the international experience show all possibilities, which ensure rule of law in our legal system. The first task was successfully fulfilled when with the help of the efforts of nearly 70 authors a collection of scientific practical commentaries was published, which does not have a precedent in the history of Armenian law. The second task is largely conditioned with the organization of this conference where the acknowledged lawyers of a dozen of countries are taking part, and, the results of which is of great importance for overcoming the challenges of the further establishment of the constitutional democracy in our countries.

I would also emphasize the peculiarities of ensuring rule of law in the transforming public systems, the essence and contents of the so-called transitional constitutionalism which is likewise of great practical importance.

I am sure that by bringing to life the constitutional fundamental principles as soon as possible and by making the Constitution as a living reality, we shall succeed in all spheres of the public relations.

It is also necessary to mention that after constitutional amendments of 2005 and when the citizens were empowered to apply to the Constitutional Court major changes occurred in our country. Every year, the Constitutional Court recognizes a dozen of norms of the laws as non-constitutional based on the individual complaints. Citizens become real participants to the constitutional developments. Our goal is to reinforce this possibility in the future.

Within last years, Armenia has implemented economical reforms to overcome serious consequences of the world crisis. Comprehensive social programs developed by the state are directed to the protection of the most vulnerable group of the society. At the same time, effective administration of our economic potential requires paying more attention to the human factor, realization of human creative potential. This is possible only in the case of availability of guarantee of their constitutional rights and effective mechanisms of their ensuring and protection. It is unquestionable that in this case availability of the establishment of the judicial competence and

availability of effective system of the constitutional review is of great importance.

Dear friends,

On the behalf of the state authorities, I would like to express my gratitude to Mr. Gianni Buquicchio, President of the Venice Commission of the Council of Europe, Justices of the European Court of Human Rights, Mr. Didier Maus, President of the International Association of Constitutional Law, presidents of the Constitutional Court of different countries and members of delegations for organizing this conference and for the participation. I am sure that the outcomes of the discussions will be constituent with our expectations.

I wish you productive work.



HANS-JOCHEN SCHMIDT

*Extraordinary and Plenipotentiary Ambassador
of the Federal Republic of Germany in Armenia*

Gerade ein Staat wie Deutschland, das unsägliches Leid und Elend über den europäischen Kontinent brachte, gerade ein Staat wie die frühere Sowjetunion, die ebenfalls mit den Gulags und der Zwangsarbeit Bürger strangulierte: gerade wir sollten uns dafür einsetzen, dass die Rechte der Bürger hinreichend be- und geachtet werden.

Grundrechte wie die Menschenwürde oder der Gleichheitssatz werden als überstaatlich (vorstaatlich) angesehen und verstehen sich hiernach unabhängig von staatlicher Anerkennung in Verfassung und Gesetz.

Politisch interessant und bemerkenswert, dass in Eriwan in dieser Woche nicht nur der 15. Jahrestag der Verabschiedung der armenischen Verfassung begangen wird, sondern auch die Europarat-Konferenz „Perspectives 2020: Democracy in Europe - Principles and Challenges“ stattfindet.

Deutschland schätzt sich glücklich mit ARM in der engen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Rechts. Der GTZ und ihren Kooperationspartnern gelang es, mehrere Rechtsinitiativen nicht nur auf den Weg zu bringen, sondern auch in die Tat umzusetzen, z. B. im Bereich des Verwaltungsrechts/ der Etablierung der Verwaltungsgerichte.

Ich hoffe, dass die enge Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Verfassungsgerichts sowie den Vertretern der anderen Rechtszweige erfolgreich fortgesetzt werden kann. Die Bundesrepublik Deutschland war und ist daran interessiert, die seit Beginn der 90-er Jahre initiierte Zusammenarbeit auf dem Rechtssektor zum Wohle des Aufbaus unabhängiger Judikative und zum Rechtsschutz des Bürgers fortzusetzen. Die GTZ sowie das Institut für rechtliche Zusammenarbeit sind die für die Rechtszusammenarbeit prädestinierten Kooperationspartner.

Ihnen, sehr geehrter Herr Präsident, weiterhin viel Erfolg bei der von Ihnen engagiert vorangetriebenen Verankerung der Verfassungsrechte in Rechtsbewußtsein der Exekutive, der Legislative, der Judikative und des Bürgers.

ХАНС-ЙОХЕН ШМИДТ

*Чрезвычайный и Полномочный Посол
Федеративной Республики Германия в Республике Армения*

Именно такие государства, как Германия, которая принесла огромные страдания и бедствия европейскому континенту, и бывший Советский Союз, который душил своих граждан ГУЛАГами и принудительным трудом, должны прилагать все усилия для соблюдения и уважения прав граждан надлежащим образом.

Основные права, такие как право на человеческое достоинство и равенство перед законом, считаются надгосударственными и по сему не зависят от конституционного или законодательного признания государством.

С политической точки зрения интересно и примечательно, что в Ереване на этой неделе не только отмечается 15-летие принятия Конституции Республики Армения, но и состоится Конференция Совета Европы "Перспективы 2020 года. Демократия в Европе: принципы и вызовы".

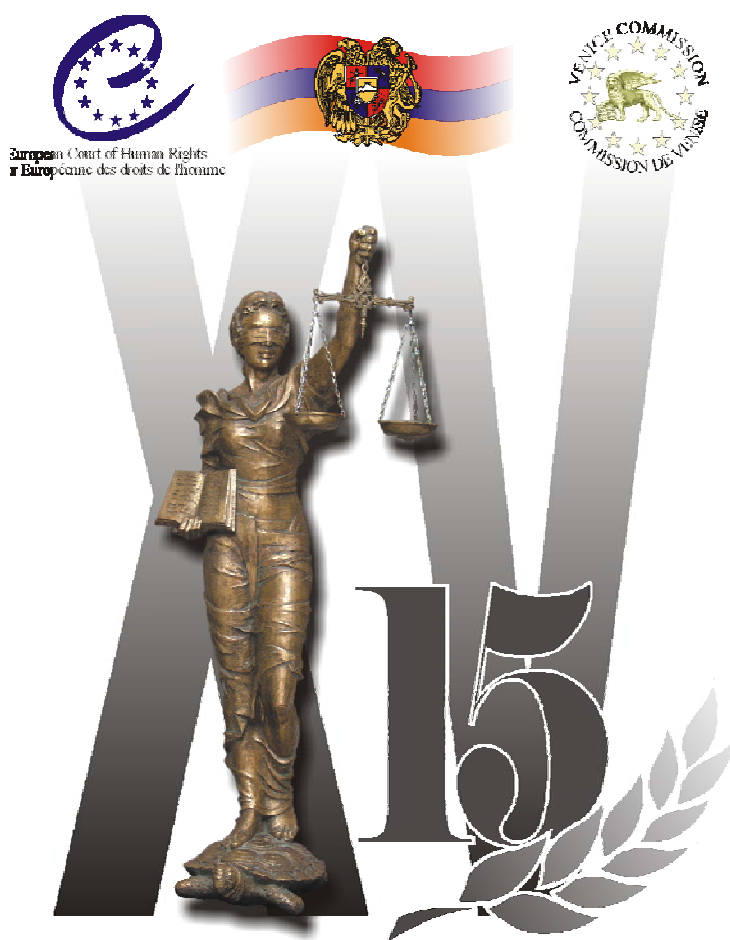
Германия довольно тесно сотрудничает с Арменией в правовой сфере. Германскому обществу по техническому сотрудничеству (GTZ) и его партнерам удалось не только начать, но и осуществить правовые инициативы, например, в сфере административного права или создания административных судов.

Надеюсь, что сотрудничество с Председателем Конституционного Суда, а также с представителями других правовых ветвей будет иметь успешное продолжение. Федеративная Республика Германия была и остается заинтересованной в продолжении сотрудничества в правовом секторе, которое было инициировано еще в начале 90-х годов во имя развития независимой судебной власти и защиты прав граждан. Германское общество по техническому сотрудничеству (GTZ), а также институт правового сотрудничества являются идеальными партнерами в рамках правового сотрудничества.

Желаю Вам, господин Председатель, дальнейших успехов в Вашей деятельности.



ДОКЛАДЫ¹ REPORTS¹ RAPPORTS¹



¹ Доклады публикуются в порядке их представления на Конференции.

¹ The reports are published in the order of presentation at the Conference.

¹ Les rapports sont publiés à l'ordre de la présentation à la conférence.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ И ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

ВАЛЕРИЙ ЗОРЬКИН

*Председатель Конституционного Суда
Российской Федерации*

1. История взаимоотношений Конституционного Суда РФ и Европейского суда по правам человека — это история позитивного сотрудничества, и Конституционный Суд видит свою роль в активном продвижении и имплементации стандартов Конвенции на национальном уровне. Выполняя эту миссию, мы исходим из того, что важнейшей задачей Конституционного Суда является защита прав личности на национальном уровне, т.е. задача, стоящая и перед Европейским судом уже на наднациональном уровне. В этом смысле согласованность наших действий крайне важна.

Россия в полной мере считает себя частью большой правовой Европы. В частности, всегда строго придерживалась юрисдикции ЕСПЧ. При этом есть важная особенность имплементации решений ЕСПЧ в России. Мы продвинулись значительно дальше, чем многие другие страны, так как не только исполняем решения ЕСПЧ, принятые по спорам против России, но и учитываем правовые позиции Европейского суда по другим странам и, разрешая непростой вопрос о юридическом статусе правовых позиций ЕСПЧ, в которых дается толкование Конвенции, говорим об обязательности их учета законодателем и правоприменительной практикой.

Как неоднократно говорилось ранее, Конституционный Суд РФ безусловно является органом конституционного контроля, но в то же время дает толкование любого конституционного положения, относящегося к защите прав человека, в свете общепризнанных принципов и норм международного права.

В России надежно обеспечен пересмотр судебных решений по результатам решений ЕСПЧ. Последний пробел в имплементации решений ЕСПЧ устранен Постановлением Конституционного Суда 2010 года по делу о проверке конституционности статьи 392 ГПК. При этом надо сразу обратить внимание на следующее.

Каждое решение ЕСПЧ, установившее нарушение прав человека, влечет два последствия: это, во-первых, финансовая санкция для государства; во-вторых, принятие решения внутригосударственными органа-

ми о восстановлении права, нарушение которого установлено ЕСПЧ. Постановление Конституционного Суда исходит из того, что в любом случае дело о пересмотре внутригосударственных судебных решений нужно принимать к рассмотрению, а уже суд в каждом конкретном случае определит, сделано ли все необходимое для того, чтобы право было восстановлено, то есть достаточной ли, например, является денежная компенсация по решению ЕСПЧ.

2. Для нас всегда было важно понимать, что взаимоотношения нашего Суда со страсбургским правосудием — это дорога с двусторонним движением. Отрадно было слышать подтверждение этого подхода на встрече судей Конституционного Суда РФ с Председателем Европейского суда Жаном-Полем Коста в Москве в мае 2007 года. Важно понимать, что деятельность Европейского суда и национальных конституционных юрисдикций — это не существование двух параллельных вселенных, это процесс непрерывного взаимодействия, взаимодействия на уровне правового диалога.

Более того, именно в лице Конституционного Суда европейское правосудие нашло в России наиболее последовательного и убежденного своего сторонника, в условиях, когда процесс имплементации европейских стандартов, в том числе выводимых Страсбургским судом, протекает далеко не всегда гладко и при наличии различных, подчас полярных точек зрения различных групп влияния в российских органах власти. Не секрет, что отдельные группы под любым предлогом стремятся снизить вес и значение страсбургской прецедентной практики в российской правовой системе, свести ее значение к формальному исполнению конкретных решений, да и то путем выплаты компенсаций, а не пересмотра уже вынесенных правоприменительных решений и принятия других значимых по своим последствиям мер. В такой ситуации любое решение, недостаточно взвешенное с точки зрения учета национальных особенностей и, в конечном счете, элементов национального публичного порядка, а порой и не в полной мере мотивированное с точки зрения международного права и европейских стандартов, может качнуть чашу весов в пользу регрессивного и даже деструктивного подхода. Кто выиграет от этого? Достаточно вспомнить, что длительный процесс ратификации Протокола № 14, который, в конечном счете, был необходим и Страсбургу, и России, с формальной точки зрения подчас обосновывался вынесением постановления по известному делу Илашку, которое дало основание некоторым элементам заявлять о предвзятости Европейского суда по отношению к России (напомним, в этом деле Россию обязали совершить фактические и юридические действия по освобождению заявителя на территории другого, суверенного государства).

3. В то же время нужно иметь в виду, что решения высших государственных и региональных судов являются сферой огромной содержа-

тельной сложности. Сочетание компетенций этих судов создает сложную систему, которая может со стороны казаться носящей противоречивый характер.

В этом смысле не раз и не два в истории сосуществования ЕСПЧ и высших органов конституционного правосудия стран случались ситуации, выражающие полемическую составляющую правовой деятельности на ее высшем уровне.

Правовые конфликты между национальными (конституционными) юрисдикциями и Страсбургским судом не являются чем-то новым. И, если Конституционный Суд РФ в первый раз столкнулся с ситуацией прямого несогласия Европейского суда с его решением в рассмотренном ЕСПЧ деле «Константин Маркин против России», то в истории взаимодействия Европейского суда и верховных (конституционных) судов других стран такие случаи возникали неоднократно. Те примеры, которые нам известны, также можно назвать «двусторонними», т.к. были случаи критики Европейским судом постановлений органов конституционного контроля, но были и случаи реагирования конституционными судами или их аналогами на решения Европейского суда, не соотносящиеся, по мнению этих органов, с основами публичного порядка данных государств. Можно вспомнить решение Конституционного Суда Австрии 1987 г., в котором правовая позиция Европейского суда была отвергнута со ссылкой на конституционный порядок Австрии как налагающая на государство-участника обязательства, которые они на себя на возлагали и возлагать не собирались; к аналогичному результату пришла в 2004 г. Федеральная Кассационная комиссия по трудовым спорам Швейцарии; в этом ряду можно упомянуть также известное дело *Zielinski & Pradal v. France* 1999 года; дело Гёрюлю, рассмотренное Конституционным Судом ФРГ; и, конечно, недавнее дело *Lausti v. Italy*, окончательного Постановления Большой Палаты по которому, затаив дыхание, ожидает весь европейский мир.

Вместе с тем, конечно, обе стороны этого диалога — и Европейский суд, и национальные верховные (или конституционные) суды таких конфликтов стараются избежать, поскольку они, в конечном счете, противоречат основной цели, на достижение которой направлены действия и национальных, и наднациональных институтов — то есть обеспечению прав и свобод на макроуровне.

Многие решения, принимаемые ЕСПЧ и высшими органами конституционного правосудия стран, вызывают повышенный общественный резонанс как в силу влияния на правовую систему Европы и конкретных стран, так и с точки зрения того, что затрагивают предельно болезненные точки в общественном сознании. Не даром предметом рассмотрения ЕСПЧ является, например, вопрос о запрете выдачи родственникам тел убитых террористов, упомянутое дело о распятиях в школах, наверняка, предметом рассмотрения станет и запрос о зап-

рете паранджи в ряде европейских стран. Одно это свидетельствует о том, насколько острые и болезненные для общественного сознания вопросы часто оказываются на перекрестье компетенции ЕСПЧ и высших органов конституционного правосудия стран.

В этом смысле решение по делу Маркина не может быть поставлено по формальному восприятию в один ряд с такими делами, но поскольку там затрагивается вопрос о пределах регулирования прав с точки зрения обременений, налагаемых в конституционно значимых целях, вопрос о соотношении преимуществ, привилегий или гарантий, связанных с публичной службой, с обязанностями, которые она налагает, то на самом деле этот вопрос относится к одним из ключевых вопросов существования правовой системы каждой конкретной страны. И в выступлении вопрос о деле Маркина поднят не потому, что Россия хочет считать себя непогрешимой в регулировании данных вопросов, а именно потому, что только от конструктивного диалога по такого рода конституционно значимым вопросам зависит нормальное существование правовой системы и каждой конкретной страны и Европы в целом.

4. Таким образом, есть определенные болевые точки во взаимоотношениях национальных конституционных судов и ЕСПЧ. И именно для совместного продвижения по пути реализации прав человека в единой Европе мы не можем их замалчивать. Только диалог позволит выработать вектор конституционного развития, позволяющий находить баланс различных конституционных ценностей при безусловном приоритете прав и свобод человека. ЕСПЧ всегда был и остается в нашем восприятии судом, направленным на такой диалог. Но при этом и ему во взаимоотношениях с внутригосударственными правовыми системами нужно учитывать, что он имеет дело с правовыми государствами, уважающими права человека. Эти правовые государства по договору передают ЕСПЧ полномочия, в том числе направленные на защиту прав и свобод.

Не углубляясь в теорию международного права, хотелось бы только подчеркнуть, что, в отличие от Европейского союза, Совет Европы строится не на основе делегирования суверенитета национальных государств наднациональному образованию для осуществления им значительной части государственных функций, а, скорее, на основе объединения суверенитетов для совместного — через своих представителей, в том числе в Европейском суде, — осуществления контроля за соблюдением совместно же принятых на себя стандартов в области защиты прав и свобод. Отсюда возникает и принцип субсидиарности, многократно подчеркнутый в различное время руководителями Страсбургского суда, и выражающийся в особой роли Суда: не подменяющей органы национального правосудия, а дополняющей их компетенцию. В силу принципа субсидиарности на Суд возложена миссия защиты прав и свобод, гарантированных Конвенцией, не ВМЕСТО на-

циональных органов правосудия, а ВМЕСТЕ с ними, во многом цель его деятельности заключается в содействии созданию условий для такой защиты именно внутри государств.

Однако реализация этой цели и выполнение этой миссии предполагают четкое осознание дифференциации в механизмах защиты прав и свобод, которая оправдана и национальными особенностями, и правовыми традициями, и, в некоторых случаях, требованиями публичного порядка — с другой.

Именно поэтому взаимодействие Европейского суда и национальных юрисдикций (в лице высших судебных органов) строится не как вертикаль — здесь нет субординации, а как горизонталь; очевидно, что это не отношения подчинения, а, в первую очередь, отношения сотрудничества.

В этом, кстати, заключается существенное отличие места и роли Страсбургского суда от другого европейского наднационального судебного органа — Суда Справедливости в Люксембурге. Отношения Люксембургского суда и национальных юрисдикций значительно более «вертикальны» — именно в силу совершенно другого принципа делегирования полномочий этому наднациональному органу, как и другим органам Европейского союза, в силу иного объема передаваемого государствами-членами этого образования национального суверенитета. Именно поэтому Люксембургский суд прямо наделен полномочием нормоконтроля (соответствия национального законодательства стран-членов ЕС положениям европейского права), которое и составляет основу его компетенции.

Следует учитывать и особую роль конституционных судов в подавляющем большинстве стран Европы (за исключением тех немногих стран, где допускается подача индивидуальной конституционной жалобы на правоприменительные решения).

И если Европейский суд является полновластным толкователем положений Конвенции, то национальные конституционные суды также обладают монополией на истолкование положений национальных Конституций; вопрос же заключается в том, может ли быть преодолено толкование Конституции, данное высшим судебным органом государства, путем толкования Конвенции, юридическая сила которой все-таки юридическую силу Конституции не превосходит.

Как известно, различные страны по-разному определяют место Конвенции в иерархии национальных правовых актов. В России это место определено Конституцией, ее статьей 15, устанавливающей приоритет международного договора над положениями федерального законодательства в случае их противоречия. Таким образом, по смыслу данного положения, статус Конвенции приравнивается к статусу федерального конституционного закона.

Может ли возникнуть вопрос о противоречии положений Конвенции положениям российской Конституции? По счастью, мы с такой ситуацией пока не сталкивались и, надеюсь, вряд ли столкнемся в будущем, поскольку Конвенция и российская Конституция закрепляют во многом совпадающий каталог основных прав и свобод, и текстуальное противоречие между ними вряд ли возможно. Однако возможна другая ситуация: несовпадение толкования норм Конвенции (или даже просто разрешения конкретного дела на основе такого толкования) и толкования конституционных норм, данных Конституционным Судом. Как отметил Ж.-П. Коста, тот факт, что наш Суд и национальные конституционные суды защищают в своей основе одни и те же права, конечно, не исключает различий и даже противоречий. И если Европейский суд в ряде дел без колебаний признает приоритет конвенционных норм над положениями национального конституционного права, то для национальных юрисдикций этот вопрос далеко не столь однозначен.

Входит ли подобное полномочие Европейского суда в ту часть объединенного суверенитета, который передается наднациональным судебным органам, и можно ли допускать такого рода конфликт конвенционных и национальных конституционных норм, заведомо приводящий к патовой ситуации и снижающий, тем самым, авторитет практики Европейского суда в целом? Ведь этот авторитет основан именно на глубоком понимании всех сложнейших взаимосвязей, образующих ткань европейского правового поля не на пустом месте, но из совокупности правовых систем европейских государств. При утрате этого понимания и чувства баланса под угрозу ставится и авторитет самого Страсбургского суда.

5. Безусловно, элементы нормоконтроля неизбежно присутствуют в деятельности Европейского суда: он оценивает итог правовой и фактической ситуации, в которой оказался заявитель, и с очевидностью эта ситуация может быть порождена как правоприменительным решением, так и непосредственным действием какой-либо нормы; в этом случае вопрос об оценке результата ее действия с точки зрения его совместимости с Конвенцией неизбежен. Однако при этом, как правило, Европейский суд крайне осторожен в генерализации своих выводов, специального придания им значения, выходящих за рамки конкретного дела. Как известно, такими полномочиями статья 46 Конвенции Суд не наделяет, и пока механизм такого «нормативного» предписания используется лишь при вынесении пилотных решений, возможность принятия которых была легализована Протоколом № 14. Однако пилотные решения появляются лишь в случае проблемы системного характера, проблемы, проявившейся во многих делах. Особенно неоднозначной становится ситуация, когда Суд в конкретном деле не просто оценивает нормы закона как противоречащие Конвенции, но и дает предписание законодателю об их изменении, при том,

что вопрос о конституционности данных норм ранее был предметом рассмотрения Конституционного Суда.

Хотелось бы коснуться еще одного важного момента: в постановлении по делу Маркина Европейский суд, не ограничившись присуждением заявителю справедливой компенсации, рекомендовал государству-ответчику принять меры для внесения изменений в законодательство, то есть для исправления ситуации с целью недопущения в будущем подобных нарушений. Между тем, исходя из статьи 46 Конвенции, может ли Европейский суд в решении по конкретному делу рекомендовать (а фактически, указать) государству-ответчику внести необходимые изменения в их национальное законодательство — при том, что Суд неоднократно подчеркивал в своих же решениях, что выбор необходимых мер для исправления нарушения относится на усмотрение государства-ответчика? Не является ли такое прямое указание Суда прямым вторжением в сферу национального суверенитета, явно выходящим за рамки предусмотренных Конвенцией прав и полномочий, и с этой точки зрения — явно выходящим за рамки компетенции, установленной Конвенцией? И если прийти к такому выводу, насколько такое решение подлежит исполнению, в особенности с учетом того, что вопрос о наличии проблемы конституционности данной нормы, не устроившей Европейский суд, рассматривался Конституционным Судом и в рамках конституционного судопроизводства? Насколько такое указание вписывается в рамки «дороги с двусторонним движением» и рамки горизонтали в отношениях, которая упоминалась выше?

В такой ситуации особенно важно избежать конфликта юрисдикций, поскольку вопрос о том, что является для государства приоритетом с правовой точки зрения, далеко не однозначен.

6. Конституция России (ч. 3 ст. 55) устанавливает основания для правомерного ограничения прав и свобод человека и гражданина, которые только и могут оправдать такое ограничение: в соответствии с данной нормой, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Очевидно, что эти факторы во многом и образуют основы внутреннего публичного порядка, а оценка их наличия или отсутствия — остается прерогативой национального органа конституционного контроля. И, возможно, это как раз та граница баланса, равновесия наднациональной и национальной юрисдикций, вторжение за которую приводит к тем самым острым, подчас болезненным конфликтным ситуациям, которые мы, к сожалению, время от времени наблюдаем во взаимоотношениях Европейского суда и национальных государств.

Мы могли видеть, как порой основанные на внутреннем и бесприст-

растном понимании Страсбургским судом европейских стандартов защиты прав и свобод, на толковании Европейской конвенции, но при этом не учитывающие очень тонкие и важные взаимосвязи рассматриваемого вопроса с другими факторами — в том числе с духовным самоощущением, самоидентификацией нации, приводят к настоящей волне протеста и сопротивления таким решениям Европейского суда. Не следует забывать, что решение ЕСПЧ по делу *Lautsi v. Italy*, признавшее наличие распятий в классах итальянских школ нарушением права на свободу вероисповедания, не содержало предписания изъять распятия из школьных классов — поскольку это выходило бы за рамки полномочий Суда, он ограничился взысканием с государства ответчика 5000 евро в качестве справедливой компенсации. И, несмотря на это, данное Постановление вызвало крайне бурные отклики не только в Италии: резкую негативную реакцию правительства Италии официально поддержали правительства 20 стран, образовав таким образом самую обширную оппозицию постановлению Европейского суда за всю историю его деятельности.

7. Поэтому ни в коем случае не надо допускать радикализма в реакции, с одной стороны, стран на ЕСПЧ и его решения, а, с другой стороны, ЕСПЧ на то регулирование, которое существует в странах. При этом в России призывы выйти из ЕСПЧ, «выйти из Европы» если и раздаются, то на самом маргинальном политическом уровне, поскольку невозможно выйти из самого себя, а Россия — это Европа. Но и явное растворение суверенитета в суверенитете европейском, введение сетевого управления, в том числе в сфере судебной власти, тоже на данном этапе невозможно. Только баланс подходов и правовых позиций, с одной стороны, ЕСПЧ, с другой стороны, внутригосударственных органов конституционного правосудия, но в любом случае на фоне признания общечеловеческих ценностей будет способствовать нормальному развитию и Европы, и каждой европейской страны.

Тем более недопустимо принимать такие решения, в которых можно увидеть посягательство на тот миропорядок, который сложился после Второй мировой войны и является гарантией устойчивого мира. А в свою очередь, реализация прав человека возможна только в условиях мирного существования.

Поскольку из каждого негатива нужно выжимать максимум позитива, можно добавить, что непосредственное соприкосновение наших юрисдикций имеет место именно в спорных случаях, и именно спорные случаи несут в себе наибольший потенциал для сотрудничества, который необходимо использовать. Очевидно, что конструктивный диалог, предполагающий, что решение Европейского суда не превращается в фикцию, наталкиваясь на явное или скрытое сопротивление при их исполнении, возможен только при открытой позиции обеих сторон и взаимной готовности к сотрудничеству.

При этом не имеется в виду, конечно, диалог — согласование с государствами, а диалог — взаимопонимание, умение понимать причины возникновения тех или иных нормативных решений в праве страны, исходя из презумпции, что все подсудные ЕСПЧ страны — нормальные, правовые, демократические государства.

SUMMARY

The history of the relations of the RF Constitutional Court and the European Court of Human Rights is the story of a positive cooperation, and, the role of Constitutional Court is actively promote and it implements standards of the Convention at the national level. While fulfilling this task, protection of human rights on the national level is the most important task. In this sense, the coordination of the actions is extremely important.

The RF Constitutional Court is an organ of constitutional review but at the same time provides with interpretation of any constitutional provision concerning protection of human rights from the perspective of the acknowledged principles and norms of international law.

Each decision of the Europeans Court of Human Rights follows two goals: financial sanction for the state and adoption of the decision by national state bodies on rehabilitation of the rights, prescribed by the European Court of Human Rights.

In this sense, not just once or twice in the history of coexistence between the ECHR and the supreme bodies of constitutional justice, such situations occur which highlight polemical components of the legal work at its highest level.

Legal conflicts between national (constitutional) jurisdiction and the Strasbourg Court are not something new. If for the first time, the Constitutional Court of Russia confronted with a situation of direct disagreement with the European Court decision of the case "Konstantin Markin v. Russia" considered in the ECHR the history of interaction between the Court and the Supreme (Constitutional) Courts of other countries have occurred more than once. Those can also be called "bilateral" because there were cases of criticism of rulings of constitutional review made by the European Court, but there were also cases of precedents of response of constitutional courts or their counterparts, concerning the decisions of the European Court, which, according to these officials, are not correlated with the basics of public order of the states.

Thus, there are some sore points in relations between national constitutional courts and the ECHR. Moreover, for the joint promotion of the realiza-

tion of human rights in the united Europe these issues cannot be glossed over. Only dialogue will help to develop a vector of constitutional development, allowing finding the balance of the different constitutional values with absolute priority of human rights and freedoms. ECHR has always been the court which directed to such a dialogue. However, at the same time, likewise in its relations with domestic legal systems it should be taken into account what it has to deal with rule of law, which respects human rights. On the basis of the agreement, legal states transfer the powers to the ECHR, including those which are aimed at protecting the rights and freedoms.

Elements of the normative control are inevitably present in the European Court: it assesses the outcome of the legal and factual situation the applicant occurred in, and, obviously, this situation can be generated both as a law enforcement decision and direct action of any norm. In this case, the issue of assessing of the result of its actions in the terms of its compatibility with the Convention is inevitable. However, as a rule, the Court is extremely careful in generalizing its findings. It is known that Article 46 of the Convention does not empower with such authorities and while the mechanism of these "regulatory" requirements is only used when making pilot decisions, the possibility of the adoption of which was legalized by the Protocol № 14. However, pilot solutions appear only in the case of systemic issues, problems, manifested in many cases.



THE DOMESTIC COURTS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

*Judge, European Court of Human Rights
Professor, Reykjavik University School of Law*

I

The European Convention on Human Rights reflects collective understanding of universal legal and moral norms applicable to all people of Europe. By becoming a contracting party to the Convention the respective countries, to use the wording of Article 1, undertake the obligation to secure everyone within their jurisdiction the rights provided for in the substantive provisions. In this respect the European Convention on Human Rights does not differ much from other international human rights treaties. However, it has specific features which distinguish it from other international human rights treaties, namely the establishment of the European Court of Human Rights, individual petition and the binding nature of the judgments under Article 46 of the Convention, whereby the contracting states undertake to abide by the final judgment of the Court in any case which they are parties. These specific features call for co-operation and mutual understanding between the national Courts (including Constitutional Courts) and the ECtHR, but at the same time it is a source of disagreement, even confrontation.

II

In the history of the Court there are many examples where judgments of the ECtHR have been received with great reservations in the respective countries. Almost all the contracting States have experienced this in one form or another. One recent example is the reaction in Germany to the judgment in the Hannover case where the Court “overruled” the Constitutional Court of Germany (Bunverfassungsgericht) as regards the latter’s balancing of Article 8 and Article 10 rights¹. Another example is the *Görgülü* – case². The rulings of the ECtHR in these cases were not well received in German legal circles to say the least. Even former judges at the highest Courts protested³.

¹ *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, 28 July 2005

² *Görgülü v. Germany*, no. 74969/01, 26 February 2004.

³ See for example Paulus, Andreas: Germany. In *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement*. (Ed. Sloss, David). A Comparative Study. Cambridge University Press 2009, p. 230 – 235.

III

It is understandable that the decisions of the Strasbourg Court at times meet resistance and criticism. The highest Courts in all the Contracting States have had their conclusions as regards protection of human rights “rejected” by the ECtHR, and sometimes in cases of great legal and political importance in the respective country. This has at times given rise to negative sentiments towards the Strasbourg Court. National judges, law professors and others accuse the court of having misunderstood national law, failing to understand the national situation properly and not being aware of the historical, social and political context in which the case is rooted, and so on and so forth. Some would question the ability of the judges to fully understand the situation in a far away country. Thus, for example, I am sure that some would claim that a judge from Iceland, an island far away up in stormy North Atlantic, will have difficulties in fully understanding in detail the historical, economical and legal situation in country like Armenia. This is of course true, just as a judge from Armenia will have difficulties with understanding the situation in Iceland. But notwithstanding all our differences we have agreed among ourselves to abide by the Convention in an attempt to find a common standard for the protection of fundamental human rights applicable in Reykjavik as well as Yerevan, and all the places there between. It is the role of the Court to identify and to consolidate a universal common standard for all the Contracting Parties. This will of course never be done to everyone’s liking.

IV

But the misgivings by which the judgments of the Strasbourg are sometimes received will not be fully explained by the factors mentioned above. They also have their roots in different constitutional and political traditions and approaches, especially when it comes to the appreciation and acceptance of the Convention and the case law of the Court in the national system. On the one hand we have *pro-international* (pro-globalisation) way of thinking, and on the other hand we have an emphasis on *self-determination and sovereignty* of states. Those approaching the issue from the point of view of international institutions like the Court tend to adhere to the former approach. Those who approach it from the point of view of the domestic law and the domestic court are inclined to emphasis the latter⁴.

The *pro-internationalists* (*pro-globalists*) advocate a constitutional system and political theory aiming at advancing an ethical position where supremacy of international human rights law is at the centre. International law is seen as best serving certain moral principles and justice, aiming, first and foremost, at respect for human rights and welfare of individuals. As such these theories postulate the existence of general legal principles based on moral principles and ideas of natural law and natural rights of individuals to a protection of their fundamental human rights⁵.

⁴ FELDMAN (David), «Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy». *Australian Yearbook of International Law* Vol 20 (1999), (p 105-126).

⁵ One of the best known advocate of this position is Lauterpacht, Hersch in is well known work *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons Ltd. London 1950.

It is argued that on these points it is important that individuals not only have rights based on international rules, but also that states have duty to fulfil them. It is submitted that only binding rules of international law will achieve this aim and that too much emphasis on a international system based on independent sovereign states where each state sets its own standards stands in the way of reaching universal standard for all people.

A common element in pro-internationalist approach is also a certain dislike for the state as an abstraction and an “aversion to state omnipotence”. An aversion developed during the twentieth Century to contest the idea that within the framework of sovereignty, states could do what they wanted *vis-à-vis* individuals within their jurisdiction, without any repercussions on behalf of other states based on international law⁶.

Sovereignty or state omnipotence has in this way been blamed for the horrors of wars and large scale human rights violations in course of the century, in particular during times of war. This has allegedly led to a certain distrust of the state as a vehicle for upholding and respecting fundamental human rights, and given support to theories which ideologically sever the law from the state by referring to some higher law which states must follow *vis-à-vis* individuals. Due to the link between emphasis on sovereignty in the lawmaking process and the dualist approach to international law these anti-sovereignty doctrines were inclined at the same to be *anti-dualist* and to replace dualism by the so called *monist* approach, by emphasising the homogeneity of international law and national law. Those who work in an international environment are inclined to look at things from this point of view.

V

On the other side we have the national judges who are prone to advocate idea of *self-determination* and sovereignty of states, together with the rule of law within the boundary of the state, ideas of separation of powers, in particular the separation between legislative and executive powers, as well as ideas of democratic process and development⁷.

It is argued that national law should not be automatically subject to changes in events on the international level over which the national legislature has no control, for example in light of a case law from an international court like the ECtHR. By viewing national law and international law as distinct legal orders, one protects sovereignty and national self-determination, as well as the internal democratic political processes, against direct legislation by a treaty or direct application of the courts thereof.

Another constitutional element here, which is often associated with dualism, is the separation of powers between the different branches of government, where the head of state, holding highest executive power is responsible for negotiating and finalising (ratifying) international treaties and the legislator makes new law. Since in many of dual-

⁶ Nussbaum, Arthur, *The Concise History of Law of Nations*. Macmillian Company. New York 1950, p 282 ff.

⁷ See for example: Spierman, Ole, *Moderne folkeret*. 2. ed. Copenhagen 2004), pp130-131; and Feldman, David, «Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy». *Australian Yearbook of International Law* Vol 20 (1999), pp. 106-107.

ist countries, *i.a.* the Nordic countries, ratification of treaties is a matter for the executive (with some exceptions) it must be assumed that a further involvement of the legislature is needed before an international norm contained in a treaty becomes a part of the internal order.

Further consideration in favour of this approach derives from the idea of rule of law and legal certainty where the minimum demand is that it should be possible to say with reasonable certainty whether or not a specific norm forms a part of the municipal system. This argument is specifically directed at certain pro international approaches who allegedly offer unclear criteria as to whether a given norm is a part of the national legal order or not.

Reference to *self-determination* and *sovereignty* of states dose not only relate to the very nature of law from a philosophical point of view as positivist, but also becomes a constitutional theory and is seen as being consistent with, and at the same time to protect, fundamental constitutional values of democracy, sovereignty and self-determination. This of course is easily translated into a political theory where as the protection of these values becomes a central issue, at equal footing with the protection of fundamental human rights.

VI

Favouring one approach or the other clearly dictates the acceptance or, as the case may be, the non-acceptances of international law by the domestic courts, including judgments of international tribunals like the ECtHR. Thus on the one hand we have those who hold that reluctance to accepting international law without clear approval of the legislature is more consistent with the idea of democracy, the democratic process behind legislation and democratic accountability, as the responsibility of the legislature for a given norm is clearer. These considerations emerge on the purely political level as views which are more leaned to politics sceptical of globalisation as a threat to sovereignty and independence of the nation State. On the other hand we have those promoting progressive internationalism and openness to international norms as more consistent with effective protection of fundamental rights in line with common standards and natural law and natural rights of individuals.

VII

I submit that the reasons for the sometimes somewhat heated tensions between national courts and the ECtHR is at least partly a result of the clash between progressive internationalism as the best way to protect fundamental rights and the emphasis on sovereign states and the democratic process within states as the best forum for the same.

The judges of the court are aware of this different approaches and seek to find a middle way. Of course they must be truthful to their mission to define a common standard for the protection of human rights in Europe in line with the Convention obligations and thus often rule against the national courts. At the same time accept, that the nation-

al authorities and courts are, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions⁸. It is precisely for these reasons that the court has developed some key concepts that serve to facilitate co-operation between the national Courts and the ECtHR and to alleviate tensions.

First one should mention, the principle of *judicial restraint*, under which the Court would sometimes avoid a progressive approach which aims at extending the protection under the provisions of the Convention beyond traditional or common understanding of the role of an international judicial body, and thus leave it rather to the contracting parties themselves, the states, to define the legal status within the framework of the democratic process in each individual country. Many critics argue that the Court has not always succeeded in this regard and it has at times been far too progressive. However, the Court is conscious of the balance that must be struck in this regard.

Another concept is *the margin of a appreciation* which relates to the discretion of the national authorities and the national courts. In the case law of the ECtHR at least three different versions of the concept can be identified.

Firstly, it relates to the means chosen by the states to effectively protect the rights under the Convention. It reflects the acknowledgement of the fact that states may use different means to achieve the same goal.

Secondly, it relates to the balancing exercise between the protection of individual rights and collective goals. It is accepted that states have a certain margin to limit rights to achieve certain common goals or goods relating to the welfare of society as a whole.

Thirdly, the concept of margin of appreciation relates to the intensity of the scrutiny as to whether rights have been violated. It reflects a certain willingness to accept the domestic courts assessment thereof if it is based on the relevant criteria established by the court in its earlier case law.

The margin of appreciation has been welcomed on the national level although many would advocate for a wider margin. However, not surprisingly, the pro-internationalists are not all happy. There are scholars who argue that under a certain understanding of the moral character of human rights and of the role of judicial review, the use of the concept of margin of appreciation cannot be morally justified⁹. Accepting a margin of appreciations may sometimes encroach upon the core of the respective convention right.

In summary, one may say that the Court is in the difficult situation where it must find a compromise between promoting to the utmost the moral ideas in which the convention rights are rooted and the actual international obligations undertaken by a Contracting party vis a vis other Contracting parties.

⁸ See for example *Chapman v. The United Kingdom*, no. 27238/95, 18 January 2001.

⁹ See for example Letsas, George: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press 2007, pp 81 ff.

РЕЗЮМЕ

Согласно статье 1 Конвенции страна, подписавшая Конвенцию, берёт на себя обязательство в рамках своей компетенции предоставить и обеспечить своим гражданам права и свободы, закрепленные в Конвенции. Если мы будем рассматривать вопрос с этой точки зрения, то Европейская конвенция по правам человека почти ничем не отличается от других международных правовых конвенций. Однако Европейская конвенция всё же имеет свои особенности, благодаря которым она отличается и превалирует над другими международными правовыми конвенциями. Из таких особенностей мы можем выделить, к примеру, учреждение Европейского суда по правам человека, институт индивидуальной жалобы и обязательный характер решений ЕСПЧ, который предусмотрен Конвенцией. Одновременно страны, подписавшие Конвенцию, должны обязательно считаться с решениями ЕСПЧ. Благодаря этому создаётся своеобразная связь и сотрудничество между национальными судами и ЕСПЧ. Одновременно очень часто между этими судами возникают столкновения. Очевидно, что не все решения ЕСПЧ могут положительно приниматься национальными судами, однако, благодаря двухстороннему пониманию и сотрудничеству, гарантируются и обеспечиваются права и свободы человека, что и является главной целью этого сотрудничества.



QUELQUES REMARQUES SUR L'INFLUENCE DE LA CEDH SUR LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN GRÈCE

VASSILIS ANDROULAKIS

Maître des requêtes au Conseil d'Etat de la Grèce

Je voudrais d'abord remercier la Cour Constitutionnelle d'Arménie et son Président pour avoir invité le Conseil d'Etat hellénique à participer à cette conférence.

Sans qu'il soit besoin de s'engager dans le débat concernant l'autorité d'un point de vue strictement juridique des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, force est de constater qu'ils ont une influence considérable sur les systèmes juridiques nationaux. Comme la doctrine le fait remarquer, la jurisprudence de la Cour provoque soit une normalisation des législations nationales, soit un ajustement de la jurisprudence afin de se rallier à la Cour de Strasbourg.

Mon intention dans cet exposé est de vous présenter quelques conséquences de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur l'organisation et le fonctionnement de la justice administrative en Grèce et surtout du Conseil d'Etat.

A ce point je dois signaler que le système grec ne connaît pas de Cour Constitutionnelle. Le contrôle de constitutionnalité, que les tribunaux du pays pratiquent depuis 1871, est un contrôle diffus et à posteriori, calqué sur le modèle des Etats Unis. Mais étant donné que les lois qui donnent le plus souvent lieu à controverse du point de vue de leur constitutionnalité sont des lois «administratives», le Conseil d'Etat, Cour suprême de l'ordre administratif, est la Cour qui traite par excellence des questions de constitutionnalité. C'est pour cette raison que quelques auteurs, parmi lesquels l'actuel Président de la Cour de Justice, considèrent qu'en Grèce le Conseil d'Etat joue le rôle d'une quasi Cour Constitutionnelle. D'autre part un traité international, comme c'est le cas de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), a du moment de sa ratification une valeur supralégislative (art. 28 de la Constitution) et s'impose donc aux lois ordinaires.

Le premier point dont je voudrais traiter concerne la célérité de la procédure, le deuxième l'exécution des arrêts, le troisième se réfère à l'indépendance et l'impartialité du Conseil d'Etat et, enfin, le quatrième a trait à l'étendue des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir. Il est vrai que les thèmes que j'aborderai,

très brièvement bien entendu, ont un caractère quelque peu technique, mais il ne faut pas perdre de vue que le respect effectif des grands principes que nous honorons tous dans cette salle, tels que la liberté, la non-discrimination et tant d'autres, est garanti par les tribunaux. Par conséquent leur organisation et leur fonctionnement conforme aux exigences de la CEDH est un élément essentiel de la garantie des droits et principes conventionnels.

I - Comme le note avec insistance la Cour, la justice doit être rendue dans un délai raisonnable. Ce délai raisonnable constitue une composante du droit à un procès équitable, consacré par l'art. 6 de la Convention.

La Grèce a été condamnée plusieurs fois pour avoir enfreint à cette obligation qui découle de l'article 6; il paraît que le pays se trouve au troisième rang des pays condamnés pour dépassement du délai raisonnable.

Le problème de la lenteur de la procédure est un problème aigu notamment pour la justice administrative et ceci même au niveau européen; c'est pour cette raison que le dernier colloque de l' Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, qui s'est tenu au mois de juin au Luxembourg, a précisément eu comme sujet la prévention des arriérés dans la justice administrative. En décembre 2008 on comptait un arriéré d'environ 30.000 affaires uniquement au Conseil d'Etat. Conscient de ce problème, le législateur a introduit, depuis quelques années, sous l'impulsion de la jurisprudence européenne et des condamnations successives du pays, certaines mesures telles que:

- a) Le transfert de compétences du Conseil d'Etat aux tribunaux administratifs de première instance ainsi qu'aux cours administratives d'appel. L'appel est exclu pour certaines catégories d'affaires, celles qui sont jugées moins importantes.
- b) L'instauration de mesures de filtrage. La loi relative au Conseil d'Etat prévoit un filtrage des recours contentieux qui est effectué par une formation de cinq juges de la section compétente: Si le recours est manifestement irrecevable ou infondé, s'il a été exercé sans que la caution judiciaire ait été versée ou si une autre juridiction administrative est compétente pour son jugement, il est introduit devant cette formation qui peut, sans audience, par arrêt pris en conseil, le rejeter ou, le cas échéant, le renvoyer au tribunal administratif compétent. La même procédure existe pour les affaires portées devant les juridictions du fond.
- c) En ce qui concerne le pourvoi en cassation, celui-ci est déclaré irrecevable si le montant de l'affaire ne dépasse pas une certaine somme, qui s'élève aujourd'hui à 40.000 euros. S'il s'agit d'une affaire qui concerne le contentieux des contrats, le pourvoi est irrecevable du moment où le montant du litige est

inférieur à 200.000 euros. La Cour a jugé que ces dispositions, dans la mesure où elles concernaient les recours en cassation pendant la publication de la loi, n'étaient pas contraires à l'art. 6 de la Convention (arrêt Velli- Makri c. Grèce, du 4-9-2003). De son côté le Conseil d'État a jugé que ces dispositions relatives au recours en cassation ne violaient ni la Constitution (et plus précisément les dispositions relatives à la séparation des pouvoirs et au droit à la protection légale) ni la Convention Européenne des droits de l'Homme.

d) En 2008 a été introduit le «procès – modèle», qui devrait permettre au Commissaire général auprès des tribunaux administratifs de demander qu'une affaire soulevant des questions juridiques nouvelles soit jugée par les tribunaux du fond en priorité. Pourtant cette mesure, qui visait à ce que les questions de droit posées par une nouvelle réglementation soient vite réglées, n'a pas eu de succès. Pour cette raison un projet de loi, qui sera prochainement déposée à l'Assemblée, proposera d'introduire deux mesures ayant comme finalité la solution rapide des questions de droit importantes: a) Un conseil formé du Président du Conseil d'Etat et de deux vices présidents pourra, sous demande d'une des parties, décider qu'un recours déposé devant une juridiction inférieure soit jugé directement par le Conseil d'Etat, sous condition que l'affaire pose une question qui présente un intérêt particulier et qui a des répercussions sur un nombre important de litiges; b) De même, lorsqu'un tribunal administratif traite une affaire qui soulève une question qui a les caractéristiques susmentionnées, pourra adresser au Conseil d'Etat une question préjudicielle et lui demander de la résoudre. Il s'agit d'une procédure inspirée du droit français (avis du Conseil d'Etat).

e) La généralisation de la compétence du juge unique pour certains litiges portant sur des montants de faible importance, relevant des tribunaux administratifs du fond.

Malheureusement, les mesures qui ont été adoptées dans le but d'accélérer le rendement de la justice administrative, celles qui viennent d'être mentionnées ainsi que plusieurs autres, n'ont pas eu les résultats escomptés étant donné leur caractère épars et faute de planification d'ensemble. Il faut avouer que le délai de jugement devant les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat demeure excessif.

II - Depuis l'arrêt *Hornsby c. Grèce* (19-3-1997) nous connaissons que le droit à un tribunal «*serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat ... permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie ... L'exécution d'un arrêt doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6*».

Cet arrêt a eu des incidences sur le droit grec qui ont commencées par la

Constitution elle-même. Jusqu' à la révision de 2001 le texte constitutionnel prévoyait que «L'administration est tenue de se conformer aux arrêts d'annulation du Conseil d'Etat ...». Depuis 2001 ce texte a subi une modification qui lui donne une ampleur importante: «L'administration est tenue de se conformer aux décisions juridictionnelles ...», c.à d. pas uniquement aux décisions du Conseil d'Etat et pas uniquement aux décisions d'annulation. La Cour mit l'accent sur ce dernier point dans son arrêt Iera Moni Profitou Iliou Thiras c. Grèce (22-12-2005) quand elle jugea que la CEDH *«ne fait aucune distinction entre les arrêts qui accueillent et ceux qui rejettent un recours»*.

Le législateur est intervenu en 2002 en votant une loi sur l'exécution des arrêts de justice par l'administration. Celle-ci prévoit la création de conseils de trois membres au sein des juridictions suprêmes – et donc du Conseil d'Etat- qui sont chargés de contrôler, après recours d'une des parties, la bonne exécution des décisions de justice. Dans un premier temps le conseil constate la non-exécution de l'arrêt et accorde un délai de trois mois au maximum pour que la décision soit exécutée. Si l'administration n'exécute pas dans ce délai, des pénalités lui sont imposées, qui peuvent être renouvelées si elle ne s'y conforme pas.

Ce système, qui constitue quand même un progrès par rapport à la situation antérieure, n'est pas totalement satisfaisant. Comme la Cour l'a constaté dans son arrêt Pantaleon c. Grèce (10-5-2007), le recours devant le conseil de juges *«n'est pas de nature à entraîner avec certitude l'exécution d'un arrêt de justice suite au refus de l'administration de s'y conformer; en effet, après la saisine par l'intéressé du comité compétent ... celui-ci ne peut que constater le refus de l'administration de se conformer à un arrêt et lui imposer, le cas échéant, le versement d'une indemnité à l'intéressé pour cette cause»*.

III - Une des caractéristiques du tribunal au sens de la Convention est qu'il doit être impartial et indépendant.

a) En ce qui concerne l'indépendance des juges en Grèce, elle n'a jamais été sérieusement mise en cause. L'unique question qui puisse donner lieu à controverse concerne le mode de désignation des présidents et vice-présidents des juridictions suprêmes ainsi que du Procureur général près la Cour de cassation, qui s'effectue, selon la constitution, par décret présidentiel sur proposition du conseil des ministres. Ce mode de désignation est vivement critiqué par la doctrine car il pourrait donner aux justiciables l'impression de dépendance vis-à-vis du pouvoir politique, notamment si l'on adhère à la *«théorie des apparences»*. Toutefois, la Cour des Droits de l'Homme, dans l'arrêt Sacilor-Lormines c. France (9-11-2006), a jugé que *«la seule nomination de magistrats par l'exécutif ne crée pas pour autant une dépendance à leur égard si une fois nommés, ces magistrats ne reçoivent ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles»*.

Récemment le Parlement a adopté une loi qui vise à tempérer quelque peu le pouvoir du conseil des ministres en ralliant l'Assemblée au choix: Les candidats aux postes de président et de vice-président (désignés par le gouvernement) doivent se présenter devant les députés qui forment le bureau de l'Assemblée, qui à son tour émet un avis sur les candidatures. Le choix final appartient toujours au conseil des ministres. Ce mode de désignation a été appliquée jusqu'à ce jour une fois pour la désignation de vice-présidents au Conseil d'Etat, mais il faut noter qu'il présente des problèmes de conformité avec la Constitution et il est possible qu'il ne soit par maintenu.

b) En ce qui concerne l'impartialité, il faut, en premier lieu, soulever la question de l'exercice par les magistrats de fonctions administratives et le cumul des fonctions consultatives et contentieuses au sein du Conseil d'Etat.

Quant à la première question il suffit de mentionner que la révision constitutionnelle de 2001 a pris acte des critiques contre la possibilité pour les juges d'exercer des fonctions administratives et les risques que cette pratique encourait aux yeux de la CEDH. Ainsi, selon la disposition constitutionnelle actuelle «il est interdit de confier des tâches administratives aux magistrats». Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que, en ce qui concerne notamment la justice administrative, l'exercice de fonctions administratives est un élément de richesse pour le juge, car il lui permet de mieux connaître l'administration qu'il est appelé à contrôler.

Quant à la fonction administrative du Conseil d'Etat, elle est prévue par la Constitution et elle consiste à un avis qu'il rend sur la légalité de tout décret présidentiel de caractère réglementaire. Cet avis ne le lie pas quand il juge un recours pour excès de pouvoir contre ledit décret. Afin d'éviter une condamnation de type Procola (affaire Procola c. Luxembourg, 28-9-1995) une pratique s'est développée selon laquelle les conseillers ayant participé à la formation consultative ne participent pas à la formation contentieuse.

D'autre part, le rapporteur d'une affaire devant le Conseil d'Etat rend public trois jours avant l'audience un rapport où il donne son avis sur tous les points de droit et de fait que soulève l'affaire. Récemment le Conseil d'Etat a proposé au gouvernement de faire adopter une loi en vue de modifier la loi organique sur le Conseil d'Etat afin que le rapporteur se limite à l'exposition des faits et des questions que pose l'affaire. Cette proposition est faite pour éviter une éventuelle condamnation dans la suite de l'arrêt Kress c. France (7-6-2001), car on pourrait imaginer que le rapporteur après avoir exprimé son opinion et se retirant après l'audience avec les autres juges de la formation pour participer au délibéré, il donne l'impression aux parties qu'il manque d'impartialité et qu'il a la possibilité d'influencer dans un sens déterminé la décision à prendre.

IV – Depuis l'arrêt *Benthem c. Pays Bas* (23-10-1985) nous sommes averti qu'un tribunal (au sens de la CEDH) doit pouvoir «trancher» un litige et c'est pour cette raison, nous indique l'arrêt *Le Compte et autres c. Belgique* (22-6-1981), qu'il doit jouir «de la plénitude de juridiction», il doit pouvoir procéder à un contrôle entier de l'affaire. Le tribunal digne de ce nom, nous dit la Cour de Strasbourg, et je pense ne pas trahir sa jurisprudence, doit pouvoir examiner tous les points de droit comme de fait soulevés par l'affaire, ainsi que de contrôler la proportionnalité de la mesure examinée. Cet examen des faits concerne non seulement leur établissement mais aussi leur qualification juridique. Dans certains cas, notamment quand il s'agit de litiges qui ont trait à une accusation en matière pénale, le tribunal, nous dit Strasbourg, doit avoir la possibilité de reformer lui-même l'acte attaqué. Or la Constitution grecque consacre une distinction majeure en contentieux administratif: Celle entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction; elle reconnaît que le Conseil d'Etat est le juge par excellence du recours pour excès de pouvoir. De son côté le Conseil d'Etat est très attaché à cette compétence et considère même que le recours pour excès de pouvoir est un élément essentiel de la garantie de l'état de droit, car par ce moyen l'ensemble de l'action administrative est contrôlée et la suprématie de la loi, des traités internationaux (tel que la CEDH) et de la Constitution est garantie. Le droit grec reconnaît que, quand nous nous trouvons dans le domaine du recours du recours pour excès de pouvoir le juge peut contrôler la légalité de l'acte administratif attaqué et, s'il est constaté que son émission est contraire à la légalité, il a le pouvoir de l'annuler. Dans le cadre du contrôle de pleine juridiction, le justiciable peut demander la condamnation de l'administration au versement d'une somme, à une prestation ou la reconnaissance d'un droit subjectif lésé; de son côté le juge a le pouvoir d'aménager le contenu du droit subjectif en cause. Alors devant ces données on peut s'interroger : est-ce que la jurisprudence de Strasbourg sur la pleine juridiction comme attribut essentiel du «tribunal» signifie que le Conseil d'Etat quand il juge un recours pour excès de pouvoir n'en est pas un et que ce type de recours est condamnable? Il s'agit d'une question très importante pour l'organisation de la justice administrative grecque car, comme il a été dit, la distinction du contentieux a des assises constitutionnelles.

Le législateur a réagi par une vague de transformation du contentieux d'annulation en contentieux de pleine juridiction, ceci à des matières les plus diverses mais surtout en ce qui concerne les sanctions et amendes administratives, contentieux qui par excellence se prête à un recours de pleine juridiction et relève dans sa majorité de la matière pénale.

Le Conseil d'Etat de son côté a été amené à aborder le sujet dans le cadre du contrôle de décisions de l'ordre des avocats infligeant une sanction disciplinaire à ses membres (arrêt 189/2007 Ass.). Il a examiné le conseil de l'Ordre du point

de vue de la CEDH et, en exposant en détail les prévisions législatives concernant son organisation et son fonctionnement, il a abouti à la conclusion que, du point de vue de la CEDH, les instances disciplinaires de l'ordre des avocats sont des «tribunaux», car les audiences sont publiques, leurs décisions motivées et publiées (selon une procédure prévue par le Code des avocats). Par conséquent l'ordre est un «tribunal» vu par Strasbourg et un organe administratif du point de vue constitutionnel. Récemment, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt relatif à une amende infligée par l'Autorité de sauvegarde du secret des télécommunications (arrêt 3319/2010 Ass.). La démarche est similaire, bien qu'il s'agisse d'un cas quelque peu différent car cette autorité est une autorité indépendante prévue par la Constitution, qui intervient dans un secteur sensible et hautement technique. Le Conseil l'a donc caractérisée comme «tribunal» au sens de la CEDH et a exigé que ses décisions soient prises après une procédure publique.

Ce qui ressort de ces décisions, me semble-t-il, est que quand nous nous trouvons devant une instance, un organe administratif du point de vue du droit interne, mais qui peut être qualifié de tribunal au sens de la Convention et que ses décisions sont contrôlées par le moyen du recours pour excès de pouvoir, lequel ne se limite pas au contrôle strict de légalité, mais qu'il s'étend aussi au contrôle des faits et de leur existence matérielle, ainsi qu'au contrôle de proportionnalité des faits à la sanction, alors, dans ce cas, la CEDH et les exigences de son article 6 sont respectées. Il s'agit d'une jurisprudence en pleine évolution mais, surtout, nous n'avons pas encore le point de vue de Strasbourg sur elle. En tout cas, le débat qui s'est ouvert sur l'étendue des pouvoirs du juge (au sens interne) est très important quant à la sauvegarde des droits des justiciables et de leur garantie et a des répercussions importantes sur le contentieux administratif classique.

Comme nous pouvons constater après cette présentation succincte, la jurisprudence de Strasbourg exerce une pression évidente sur l'organisation et le fonctionnement de la justice administrative et la pousse à se transformer, à évoluer et, pourquoi pas, à se moderniser. Bien que l'on puisse être critique quelques fois envers cette jurisprudence, il faut avouer qu'elle a des effets globalement positifs dans le sens de la garantie des droits de l'homme au sein des états membres du Conseil de l'Europe.

Je vous remercie.

РЕЗЮМЕ

Нет необходимости участвовать в дискуссии о весомости решений Европейского суда по правам человека. Со строго юридической точки зрения ясно, что они имеют значительное влияние на национальные правовые системы. В Греции нет Конституционного Суда. Конституционный контроль, который осуществляют суды страны с 1871 года, похож на конституционный контроль Соединенных Штатов. Государственный Совет Греции рассматривает преимущественно вопросы конституционности, поэтому некоторые авторы считают, что греческий Государственный Совет действует как квазиконституционный суд. С другой стороны, такой международный документ, как Европейская конвенция по правам человека, с момента ратификации имеет преимущественную силу и, следовательно, превалирует над обычными законами.



ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И НАЦИОНАЛЬНЫХ СИСТЕМ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЮСТИЦИИ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ И ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

АЛЬВИНА ГЮЛУМЯН

Судья Европейского суда по правам человека

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, 60-летие которой на днях мы отметили в Страсбурге с участием Генерального Секретаря ООН, не только провозгласила основополагающие права человека, которые до этого уже почти полностью были провозглашены в Декларации Прав Человека, но и создала особый, наднациональный орган – Европейский суд по правам человека. Основное предназначение Европейского суда – следить за правильностью применения установленных Конвенцией прав государствами-участниками, т.е. определить, вступает ли определенное действие, бездействие или решение национальных властей в противоречие с Конвенцией.

Как принято говорить, Суд стал заложником собственного успеха. Сегодня в Суде насчитывается более 130000 неразрешенных дел. Согласитесь, трудно, даже невозможно справиться с ними 47 судьям и 600 юристам. Это не претензии, Европейский суд делает все от него зависящее для повышения эффективности своей работы. Вступивший в силу в июне этого года 14-й Протокол к Конвенции дает Суду возможность ускорить процесс рассмотрения жалоб. После вступления в силу этого Протокола по состоянию на 5 октября единоличным судьей было вынесено 7 524 постановления о неприемлемости жалоб, вопрос, который до этого рассматривался Комитетом в составе 3 судей. Конечно же, 14-й Протокол полностью не разрешит проблему перегруженности Суда. Перед Судом стоит огромное количество повторяющихся дел, почти 1/6 часть всех дел, касающаяся ненадлежащих условий содержания заключенных в местах лишения свободы, неисполнения вступивших в законную силу решений национальных судов и дел, связанных с неоправданной продолжительностью производства по делам в национальных судах. Раньше Суд рассматривал каждое дело по существу и присуждал компенсацию в случае необходимости. В ущерб этим делам в начале этого года Суд утвердил новую систему рассмотрения дел, следствием чего стало то, что дела теперь рассматриваются

на основании их важности, что означает, что дела становятся более сложными и статистические показатели могут быть и ниже чем раньше, когда можно было легко штамповать «клоновые» дела.

Старания Европейского суда избавиться от большего количества дел бесполезны и добиться большей эффективности защиты прав человека невозможно, если несовершенны национальные системы защиты прав человека. Как правильно указал Секретарь-Канцлер суда Э. Фриберг, «... речь идет о балансе между национальной системой прав человека и международной системой защиты прав человека: оба компонента должны функционировать эффективно, если мы хотим, чтобы правозащитный механизм работал. В последние годы этот баланс был нарушен в ущерб международному компоненту. В Страсбург поступает слишком много таких дел, которые должны были быть, я бы сказал, и могли бы быть разрешены в соответствии с принципом субсидиарности национальными властями».

Пример этому — две группы дел против Армении:

- дела, связанные с административным арестом;
- дела, связанные с экспроприацией собственности.

Эти дела могли бы не поступить в Европейский суд, если бы Конституционному Суду Армении был бы присущ институт «ампаро». Конституционный Суд, осуществляя абстрактный контроль в связи с указанными делами, выразил правовую позицию в полном соответствии с юриспруденцией Европейского суда. Конституционный Суд своим решением от 16 апреля 2003 г. об оспаривании результатов выборов заключил, что практика применения административного ареста за участие в несанкционированных митингах противоречит европейским стандартам правового государства. Однако это решение никаких последствий для наших заявителей не имело, и Суд во всех случаях нашел нарушение статей 6 и 11 Конвенции.

То же самое и по делам об экспроприации собственности. В этом случае толкование Конституционным Судом нормы Конституции о допустимости принудительного отчуждения собственности только на основании закона, данное в постановлении от 27 февраля 1998 г. по делу «Об определении вопроса соответствия частей второй, третьей, четвертой и пятой статьи 22 Закона Республики Армения «О недвижимом имуществе», принятого Национальным Собранием 27 декабря 1995 г., статье 8 и части второй статьи 28 Конституции Республики Армения», помогло Европейскому суду определить, было ли вмешательство в право собственности заявителей предусмотрено законом. Европейский суд взял за основание определение закона, данное Конституционным Судом и нашел нарушение статьи 1 Протокола № 1 в деле *Минасян и Семерджян* против Армении от 23 сентября 2009 года Европейский суд в этом постановлении в параграфе 71 отметил, что «... слово «закон» в

определении Конституционного Суда обозначает не любой правовой акт, а акт, принятый Парламентом, таким образом сохраняя право принятия решения об экспроприации в общественных интересах за законодателем».

При рассмотрении дел против стран-участников Конвенции, в которых существует институт индивидуальной жалобы по защите прав, закрепленных в Конституциях этих стран, Европейский суд в стадии рассмотрения вопроса о приемлемости жалобы обязательно выясняет, было ли исчерпано данное внутригосударственное средство защиты прав и свобод. Нередко дела против Испании и Германии объявляются неприемлемыми именно из-за неисчерпания такого средства, как обращение в Конституционный Суд.

Но не всегда индивидуальное обращение в Конституционный Суд является эффективным средством защиты прав, и в таких случаях заявители не обязаны исчерпать его.

В деле *Csikos v. Hungary* Суд обсудил вопрос эффективности конституционной жалобы и пришел к выводу, что ее по отношению к Конвенции нельзя считать эффективным средством правовой защиты, т.к. отмена неконституционного акта не приводит к пересмотру дела и не устраняет последствия нарушения.

В достаточно интересном с точки зрения конституционного права деле *Yumak and Sadak v. Turkey* Большая Палата Суда особо отметила важную роль Конституционного Суда Турции в обсуждаемом вопросе. В этом деле заявители утверждали, что введение десятипроцентного заградительного барьера на парламентских выборах является вмешательством в свободное волеизъявление народа при выборе законодательной власти. До этого в латвийском деле партий «Новые демократы» и «Наша земля» Суд пришел к выводу, что пятипроцентный барьер на парламентских выборах нельзя признать не соответствующим требованиям статьи 3 Протокола № 1 к Конвенции, так как он поощряет идеи, пользующиеся достаточно широкой поддержкой в обществе, и позволил избежать излишней фрагментарности парламента.

В турецком деле, полагая, что десятипроцентный заградительный барьер представляется чрезмерно высоким и вынуждает политические партии прибегать к уловкам и хитростям, которые не способствуют прозрачности избирательного процесса, Суд не нашел нарушения, учитывая, что предусмотрены иные гарантии. Европейский суд особо отметил, что Конституционный Суд Турции бдительно предупреждает любые вредные последствия обжалуемого заградительного барьера и ищет точку равновесия между принципами справедливого представительства и стабильности власти, а значит, гарантирует, что этот барьер не ущемляет саму суть права, закрепленного в статье 3 Протокола № 1 к Конвенции.

Суд обычно находит нарушения в случаях, когда имело место:

- ненадлежащее применение законодательства;
- бездействие (позитивное обязательство);
- отсутствие закона;
- закон не соответствует требованиям Конвенции.

Из сказанного следует, что как бы Европейский суд не избегал оценки национального законодательства, во всех этих случаях он обсуждает его вопросы. Нередко он находит, что нарушение прав является следствием пробелов в национальном законодательстве. Часто это имеет место в случаях, когда ограничения прав предусмотрены законом или возможны на основании закона.

По делу *Класса* Суд установил, что возможны ситуации, когда и закон сам по себе может нарушать права частного лица, если он напрямую затрагивает это лицо в отсутствие какой-либо конкретной меры, принятой в его отношении, т.е. возможность оценивать, нарушает ли национальное законодательство Конвенцию, никогда Европейским судом не отрицалась. Более того, возможна общая оценка национального законодательства в рамках рассмотрения межгосударственных дел.

В деле сорокалетней давности *Ирландия против Соединенного Королевства* Суд указал: «Суть проблемы, поднятой в настоящем деле, заключается в том, вправе ли Договаривающаяся Сторона оспаривать соответствие Конвенции закону *in abstracto* ... поскольку для того, чтобы жалоба была принята «любое физическое лицо» ...должно быть «жертвой нарушения ... прав, признанных каждой договаривающейся стороной». Такое нарушение возникает в силу самого факта существования закона, посредством которого принимаются или оправдываются меры, несовместимые с правами и свободами.

Обычно Суд, в отличие от Конституционного Суда, лишь в мотивировочной части указывал на дефекты национального законодательства и иногда давал предложения по его изменению. Но в деле *Л. против Литвы* Суд пошел дальше и в резулятивной части решения, в которой установил нарушение статьи 8 Конвенции (ввиду отсутствия установленного порядка перерегистрации транссексуала), обязал государство-ответчика в течение 3 месяцев принять соответствующее законодательство.

Приведенные примеры могут быть использованы для подтверждения концепции конституционального характера Европейского суда по правам человека. К сказанному можно добавить, что мы защищаем те же права человека, т.к. права, защищаемые Конвенцией, включены также в национальные конституции, а методы контроля за соблюдением этих прав и Европейским судом, и конституционными судами часто совпадают.

И Европейский, и конституционные суды — суды права, а не факта, однако обоим приходится не только оценивать факты, но иногда и собирать их. По моему мнению, этот аспект интересен и может быть темой следующей конференции, ставшей традиционной.

SUMMARY

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is not a mere legal document that has proclaimed fundamental human rights and freedoms. It has also created a unique supranational institution, the European Court of Human Rights. The main task of this supranational institution is to define if any action, inactivity or decision of the national authorities contradicts to the provisions of the European Convention. Each party of the agreement while making decisions on different issues shall take into consideration the judgments and the legal positions of the ECHR.

Simultaneously, the ECHR also has some difficulties, as there are more than 130000 unsettled cases. The ECHR is overloaded with cases and 47 judges and 600 jurists are not able to solve the existing problems. In 2010 the ECHR adopted new strategy of examination of the cases and now the cases are being considered based on of their significance. Simultaneously the efforts of the ECHR are not enough to provide effective protection of human rights and fundamental freedoms, if the national judicial systems of the protection of human rights are imperfect. Both components of this difficult mechanism should function effectively if any result is expected to be achieved in the field of the protection of human rights. It is also very important to guarantee balance between the competences of the national system of the protection of human rights and the international system of the protection of human rights.

The ECHR also discusses and examines the national legislations of the parties of the European Convention. In many occasions it has stated that violations of human rights on the national level are the results of the legislative gaps.



ОБЕСПЕЧЕНИЕ ЗАЩИТЫ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ В КОНСТИТУЦИОННОЙ ПРАКТИКЕ РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА С УЧЕТОМ ЕВРОПЕЙСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ В ОБЛАСТИ ПРАВ И ОСНОВНЫХ СВОБОД ЧЕЛОВЕКА

ДУМИТРУ ПУЛБЕРЕ

*Председатель Конституционного Суда Республики Молдова,
старший преподаватель УЛИМ*

Сравнительный анализ международных и внутренних норм в области прав и основных свобод человека выделяет некоторые специфические аспекты. В частности, считается, что серьезные проблемы могут возникнуть в случае конфликта между национальными критериями защиты основных прав и критериями западно-европейского сообщества, а именно, когда национальные критерии идут дальше, чем это предусмотрено в коммунитарном праве. В этих ситуациях существует давление, обусловленное желанием наилучшей защиты основных прав гражданина и желанием достичь единообразия коммунитарного права. Эта проблема уже поднималась, в частности, в контексте итальянского и немецкого конституционного права.

Считается, что современное международное право исходит из концепции прямого и гармоничного соотношения между правами и свободами человека и обществом, частью которого он является. Это соотношение оказывает определенное влияние на содержание, способы и условия осуществления прав и свобод человека.

Исходя из конституционных положений, Конвенция по защите прав и основных свобод человека¹, подписанная в Риме 4 ноября 1950 г. и ратифицированная Республикой Молдова Постановлением Парламента №1298-ХІІІ от 24 июля 1997 года² и вступившая в силу 12 сентября 1997 г., является основным источником права в правовой системе Республики Молдова, имеющее приоритетное и прямое применение во внутреннем законодательстве в случаях нормативного конфликта.

Ратифицируя Конвенцию, Молдова признала для любой личности,

¹ Международные договоры, е.1, с.3

² Официальный Монитор, №54-55/502 от 21.08.1997

подпадающей под ее юрисдикцию, права и свободы, установленные этим документом, допуская в то же время право личности на обращение в Европейский суд по правам человека, тем самым присоединившись к системе международного контроля и взяв на себя обязанности, исходящие из Конвенции.

Следует отметить, что права человека и основные свободы, провозглашенные Конституцией Республики Молдова в разделе II, идентичны тем, которые предусмотрены Европейской конвенцией по защите прав и основных свобод человека, но содержащие, в этом плане, более широкие положения. В этой связи можно сделать вывод, что, являясь частью системы внутреннего права, Конвенция имеет конституционную силу.

В соответствии со ст. 32 Конвенции по защите прав и основных свобод человека, Европейский суд по правам человека вправе решать «все вопросы, касающиеся толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней». Но в процессе применения Конвенции, Европейский суд по правам человека интерпретирует ее положения, создавая правовые нормы, которые также имеют прямое действие во внутреннем праве. Исходя из цели и объекта регулирования, судебная практика ЕСПЧ играет руководящую роль в применении Конвенции государствами-членами.

Это относится в равной степени и к национальной юрисдикции, когда решаются вопросы из областей, регулируемых Конвенцией.

Тенденции судебной практики Страсбургского Суда в настоящее время концентрируются на интересе и использовании контрольного механизма, исходя из национальной перспективы, стимулируя национального судью, чтобы он применял принцип субсидиарности, который бы обязал его, в первую очередь, в процессе разрешения конкретных дел, обеспечить соблюдение прав и свобод, предусмотренных Конвенцией.

Такая трактовка принципа субсидиарности согласуется с положениями ст. 35 Конвенции, согласно которым «суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все соответствующие общепризнанным нормам международного права, внутренние средства защиты». Этот принцип предусмотрен и ст. 13 Конвенции. Государство «должно иметь прежде всего шанс выправить ситуацию собственными средствами и в рамках национальной правовой системы»³. «Исчерпание внутренних средств правовой защиты создает ситуацию, когда государства не могут быть привлечены к ответственности международным органом прежде, чем будет наведен порядок в собственной правовой системе»⁴. «Как неоднократно отмечал

³ ЕСПЧ, 18.06.1971г. *De Wild, Ooms și Versup - Belgia* (Seria A-12), §59

⁴ ЕСПЧ, 15.11.1996г. *Ahmet Sadikj – Grecia* (Raparte, 1996, 1368), §30

Суд, ст. 13 Конвенции гарантирует возможность обжалования на национальном уровне, чтобы обеспечить реализацию прав и свобод, гарантируемых Конвенцией, в любой форме, предусмотренной национальным законодательством. Ст. 13 предполагает требование предусмотреть пути обжалования на национальном уровне для решения должным образом вопроса «обоснованной жалобы» в соответствии с Конвенцией»⁵.

Европейский суд подтверждает четкую тенденцию к осторожности и стабильности своей юриспруденции, которая не может заменить внутреннее право. Одной из важных ее функций является дополнение и устранение пробелов в национальном праве. Таким образом, Суд признал в пользу государств определенную долю самостоятельности, подтверждая очевидную сдержанность в осуществлении контроля за тем, каким образом национальные юрисдикции толкуют и применяют свое внутреннее право⁶. Другими словами, Конвенция доверяет, в первую очередь, каждому государству, подписавшему ее, задачу обеспечения соблюдения закрепленных прав, а судебные органы имеют задачу контролировать применение всех ее положений. Таким образом, защиту основных прав и свобод, декларируемых Конвенцией, необходимо обеспечить, в первую очередь, на национальном уровне. ЕСПЧ вмешивается только тогда, когда национальная судебная система не может обеспечить соблюдение или устранение нарушений прав и свобод, предусмотренных Конвенцией и ее дополнительными Протоколами. ЕСПЧ играет корректирующую, субсидиарную роль.

Среди институтов, призванных защищать на национальном уровне основные права и свободы человека, важная роль отводится конституционной юстиции. Единственным органом конституционной юрисдикции в Республике Молдова является Конституционный Суд⁷, который реализует защиту прав и свобод человека, провозглашенных в Конституции, путем исполнения юрисдикции на основании общепризнанных принципов и норм международного права и в соответствии с Конституцией. То есть, при разрешении споров касающихся прав человека, должны применяться в равной степени как положения Конституции, так и положения Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 10 декабря 1948г., и Европейской конвенции о защите основных прав и свобод человека, таким же образом, как они были применены и истолкованы в постановлениях Европейского суда по правам человека. Роль ЕСПЧ при этом в том, чтобы удостовериться, что последствия такого толкования совместимы с положениями Конвенции.

⁵ ЕСПЧ, 26.10.2000г. *Kedla – Polonia* (cerere nr.30210/96), §157

⁶ Vincent Berger „Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului”. București, 1996 (Institutul Roman pentru Drepturile Omului), XII

⁷ Codul jurisdicției constituționale, art.2(1), M.O., nr.53-54/597 din 28.09.1995

Деятельность Конституционного Суда Республики Молдова показывает, что в процессе рассмотрения конкретных обращений он «контролирует» соблюдение основных прав и свобод человека при проверке конституционности законов и других нормативных актов, при даче толкования конституционных норм, или подготовке заключений по инициативе пересмотра Конституции Республики Молдова, а также при осуществлении других полномочий, предусмотренных ст. 135 Конституции.

Признавая закон или другой нормативный акт либо некоторые их положения конституционными или неконституционными, Конституционный Суд часто констатирует их соответствие или несоответствие общепризнанным принципам и нормам международного права, Всеобщей декларации прав человека, Европейской конвенции о защите основных прав и свобод человека, Пактам и другим договорам, частью которых является Молдова.

В этом контексте все больше вырисовывается тенденция связывания позиции Конституционного Суда с судебной практикой ЕСПЧ. Исходя из анализа национальной конституционной практики, ссылки на положения Европейской конвенции по защите основных прав и свобод человека и на судебную практику ЕСПЧ в некоторых случаях являются подтверждением тех толкований, текстуального смысла решений Страсбургского Суда, которые предусматривают более эффективную защиту прав и свобод личности.

С другой стороны, признавая конституционность или неконституционность некоторых норм, приводя в качестве дополнительного аргумента положения Конвенции и судебную практику ЕСПЧ, Конституционный Суд ориентирует нормативный процесс и судебную практику в направлении современного толкования прав и свобод, закрепленных в Конвенции и дополнительных протоколах к ней.

Возвращаясь к вопросу обеспечения защиты прав человека, можно сделать следующие выводы:

- конституционная юрисдикция представляет собой конституционно-правовой институт, необходимый любому правовому, демократическому и современному государству, который ставит перед собой приоритетную задачу равнения на европейские нормы и требования с целью интеграции в европейское сообщество.
- поддерживая индивидуальные права и свободы, конституционная юрисдикция Республики Молдова развивается через соотношение оспоренных норм в рамках аргументации вынесенных постановлений с положениями Конвенции и параллельно с Конституцией.
- национальная конституционная практика свидетельствует, что методологии толкования национального конституционного права находятся под влиянием судебной практики ЕСПЧ.

· учитывая тот факт, что гарантии Конвенции аналогичны провозглашенным в Конституции Республики Молдова, они нуждаются в единообразном толковании, но в таком случае речь идет о правилах, которые должны быть сформулированы в довольно общих понятиях, касающихся как содержания установленных прав и свобод, так и их ограничений, при применении положений Конвенции. Соответствующие общие понятия должны быть воспроизведены в четкие правила и принципы, способные предложить решение для каждого конкретного случая.

В разделе II Конституция Республики Молдова устанавливает основные права, свободы и обязанности. Статья 4 оговаривает, что конституционные положения о правах и свободах человека толкуются и применяются в соответствии со Всеобщей декларацией прав человека, с пактами и другими договорами, частью которых является Республика Молдова. А в преамбуле Конституции делаются ссылки на Декларацию о суверенитете и Декларацию о независимости от соответственно 23 июня 1990 года и 27 августа 1991 года. Мы считаем, что данные источники могут быть дополнены и судебной практикой Конституционного Суда.

За время работы Конституционный Суд рядом вынесенных постановлений, получивших особый резонанс, основанных на принципах равенства граждан перед законом и органами государственной власти (ст. 16 Конституции), а также свободах, провозглашенных Конституцией (ст. 15), внес важный вклад в защиту прав и свобод гражданина.

Конституционную юстицию можно считать парадигмой этого века. Данный институт и феномен возникли и развивались при стечении и под давлением нескольких объективных и субъективных факторов. Среди них выделяются прямо или косвенно: получение лицом и гражданином качества кардинального аксиологического ориентира политического и гражданского общества; перенос прав и свобод человека из области философских, иногда романтических или нравоучительных спекуляций, в область социальной действительности.

Если в эволюции европейского конституционализма предыдущий век был веком победы парламента, как национального представительства воли народа, а также парламентарного строя, то вторая половина этого века характеризуется утверждением конституционности законов в рамках новой концепции правового государства.

Создание конституционной юстиции является, безусловно, одной из наиболее важных особенностей процесса демократизации в странах Центральной и Восточной Европы, включая и Республику Молдова, которая в недалеком прошлом избавилась от тоталитарного режима.

Контроль конституционности законов является в любом правовом государстве необходимой гарантией претворения в жизнь конституци-

онных принципов и норм, их практического применения, защиты гражданских прав и свобод. Этот контроль имеет своей целью в то же время гарантирование разделения властей, равновесия между ветвями власти, соблюдение компетенций, которыми наделены различные органы государства. Поэтому вполне естественно, чтобы в этом контексте соответствие законов Конституции, обеспечение соответствия всех норм законов положениям Основного Закона являлись самым важным условием для реализации задач правового государства, для гарантирования соответствия нормативного порядка в целом идеям и основополагающим нормам, закрепленным в Конституции, в качестве наиважнейшего закона государства.

Демократизация общественной жизни, построение правового государства являются целями, которые могут быть достигнуты обществом, осознающим свои ценности и которое действительно хочет их защиты.

Конституция Республики Молдова устанавливает в своих положениях, что Республика Молдова является правовым демократическим государством, в котором достоинство человека, его права и свободы, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм являются наивысшими гарантированными ценностями. Но для обеспечения и защиты высших ценностей необходимо принимать законы, которые не будут противоречить Конституции, соблюдая тем самым принципы конституционности.

Идея «Конституционного Суда» создала изначальную ситуацию, заложившую основы нового правового института, очень важного в жизни правового государства, в целях обеспечения контроля законов, который придает конституционным нормам исключительную ценность в соотношении с другими законами, поскольку в правовом государстве самое важное требование — уважение Конституции.

Конституционный Суд призван играть ведущую роль в осуществлении реформ, стабилизации и утверждении новых правовых и политических структур, целью которых является обеспечение верховенства закона. Конституционное правосудие тесно связано с верховенством закона и защитой основных прав и свобод человека, поэтому его быстрое развитие и динамизм являются очень важной инновацией в современной судебной практике.

Тем более что в целом доктрина правового государства выделяет как возможную опасность чрезмерный парламентский суверенитет, вплоть до нарушения им конституционных законов.

Конституционный Суд добился выдающихся результатов только благодаря тому, что руководствовался исключительно духом и буквой Конституции и законодательством, которое регламентирует деятельность Суда. Следует отметить, что были и периоды, когда некоторые постановления Суда подвергались критике, иногда достаточно суровой как

со стороны специалистов в области права, так и со стороны некоторых парламентариев и журналистов⁸. Невозможно не реагировать на критику, но недопустимо — для суда вообще и для каждого судьи, в частности, — подчиняться этой критике, стать ее рабом, особенно критицизма со стороны дилетантов в области права.

Тогда ты теряешь или рискуешь потерять и нарушить не только основную обязанность судьи Конституционного Суда — выполнять свои обязанности с беспристрастием и уважением к Конституции, но и нарушить самое святое — присягу. Высшим судьей вынесенных Конституционным Судом постановлений, определений и заключений может быть только время, история.

Развитие конституционной юрисдикции является наиболее знаменательным событием конституционного права второй половины XX века.

В правовом государстве средства управления и осуществления политики необходимо подвергать постоянному контролю, в первую очередь, контролю конституционности и законности. Правовое государство, включая в себя принцип верховенства Конституции, предполагает существование судьи, который будет обеспечивать соблюдение Основного Закона.

Задачи суда, неважно какого характера они — консультативные, по контролю конституционности актов, изданных органами государственной власти, или толкование Конституции — имеют своей целью надзор за соблюдением основных прав и свобод.

Думаем, что заслуживает особого внимания и окончательный характер актов Конституционного Суда: они не могут быть подвергнуты никакому пути обжалования, вступают в силу с даты принятия и публикуются в «Официальном Мониторе» Республики Молдова. Законы и другие нормативные акты или их части, признанные Конституционным Судом неконституционными, становятся недействительными с момента принятия по ним постановления.

Чрезвычайно сложные вопросы, связанные с защитой основных прав и свобод человека, могут и должны быть решены внутри страны усилиями и вкладом всех граждан и государственных органов.

Реальная гарантия конституционных прав и свобод человека, которая соответствует принципам правового государства, установлена ст. 20 ч. (1) Конституции. Согласно этой статье «любое лицо имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными судами в случае нарушения его прав, свобод и законных интересов». Таким образом, любой человек имеет право обратиться в судебную инстанцию для защиты своих конституционных прав и свобод. Свободный доступ к юстиции включает и свободный доступ к конституционному пра-

⁸ Buletinul Asociației tinerilor juriști, Chișinău, 1997, nr.1, p.47

восудию. Возможность обращения в Конституционный Суд, применения специальных процедур по рассмотрению конституционных споров значительно повышает уровень защиты основных прав и свобод. Но доступ к конституционному правосудию обусловлен, он возможен только через предусмотренных законом субъектов, имеющих право на прямое обращение в Суд, и в этом смысле ограничен⁹.

Согласно ст. 20 ч. (2) Конституции, «ни один закон не может ограничить доступ к правосудию». Однако данное положение имеет объективное ограничение, поскольку статья применима только к национальным судебным органам согласно территориальному принципу конституционного закона и не может быть распространена на международные инстанции.

В международной практике свободный доступ к конституционному правосудию осуществляется в 2-х формах: прямое обращение и косвенное.

Прямое обращение лицами в Конституционный суд практикуется в Австрии, Албании, Андорре, Кыргызстане, Бельгии, Хорватии, Германии, Грузии, России, Испании, Словении, Венгрии и др.¹⁰.

Следует отметить, что иностранные граждане, лица без гражданства также имеют право обращения в суд для защиты своих основных прав и свобод. В некоторых странах при этом допускаются так называемые народные обращения (жалобы), инициируемые группами граждан, посредством которых просят о защите общих прав или групп граждан.

В большинстве европейских государств-членов Совета Европы, прежде чем обратиться в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), граждане, считающие себя жертвами нарушения конституционных прав и свобод, могут обратиться в Конституционный Суд.

На региональном уровне Республика Молдова в рамках Совета Европы пользуется европейской системой защиты прав человека. Эта система была инициирована Советом Европы – межправительственной региональной организацией, которая была создана 5 мая 1949 года группой государств Западной Европы и была призвана защищать индивидуальные свободы и демократию. Первыми членами этой организации были Бельгия, Дания, Франция, Ирландия, Италия, Люксембург, Великобритания, Норвегия, Нидерланды и Швеция.

Имея первостепенной задачей содействие демократической безопасности в Европе, Совет Европы объединяет народы этих стран вокруг демократических ценностей, уважение которых составляет наиважнейшую гарантию стабильности и мира.

⁹ Justiția Constituțională, Chișinău, 2005, nr.3, p.15

¹⁰ Justiția Constituțională, Chișinău, 2005, nr.3, p.14

Цели Совета Европы в настоящее время также актуальны и важны, как и полвека назад, когда была создана организация. С 1949 года по настоящее время Европа стала свидетелем многих бурных перемен, в частности тех, которые произошли в конце 80-х годов в ее центральной и восточной части, в этом плане следует отметить многостороннее положительное влияние этой организации на развитие нашего региона¹¹.

На протяжении полувека Совет Европы следит с особым интересом за продвижением демократии и прав человека, развитием общеевропейского сотрудничества в различных областях, особенно в культуре и образовании. В настоящее время Совет Европы выступает как политическая структура, которая позволяет государствам безотлагательно вступать в процесс поиска своего места в Европе, а также в качестве инструмента их стабильности¹².

Целью Совета Европы в том виде, в каком она определена Уставом, является достижение «еще большего сплочения между его членами в целях отстаивания и реализации идеалов и принципов, являющихся их общим достоянием, и создание благоприятных условий для их экономического и социального прогресса».

Эту цель следует осуществлять путем обсуждения вопросов, представляющих общий интерес, заключения соглашений, принятия совместных действий в экономической, социальной, культурной, научной, правовой и административной областях, а также дальнейшей защитой и соблюдением основных прав и свобод человека.

Участие государств-членов в работе Совета Европы не затрагивает их деятельность в рамках ООН и других организациях или международных объединениях, частью которых они являются.

Каждый член обязуется сотрудничать добросовестно и эффективно для осуществления вышеназванной цели Совета Европы. Членство в Совете Европы может получить любое государство, которое способно соблюдать положения статьи 3 Устава и которое имеет желание осуществлять их на практике.

Система прав человека Совета Европы имеет два правовых источника: Европейская конвенция по правам человека и Европейская социальная хартия. Конвенция гарантирует основные гражданские и политические права, а Хартия устанавливает экономические и социальные права. Каждый из этих договоров устанавливает свои собственные институциональные рамки для контроля за соблюдением обязательств по договору.

Благородные идеи, содержащиеся в Уставе Совета Европы, которыми руководствуется эта престижная организация с момента своего осно-

¹¹ Buletinul Centrului de Informare și documentare al Consiliului Europei în Moldova, nr.1, 1998, p.3

¹² Thomas Buergenthal și Renate Weber „Dreptul internațional al drepturilor omului”, București, 1996, p.73

вания, нашли свое выражение и воплощение в Европейской конвенции о защите прав человека, подписанной в Риме 14 ноября 1950 г., которая создает международную защиту прав человека в европейском пространстве.

Европейская конвенция стала первым международным документом в области прав человека, направленным на защиту широкого спектра гражданских и политических прав, которая, с одной стороны, принимает форму договора с обязательствами для Высоких Подписывающих Сторон, с другой стороны, устанавливает систему контроля за соблюдением прав на внутреннем уровне.

4 ноября 1950 года представители 13 правительств подписали Конвенцию о защите прав человека, которая вступила в силу 13 сентября 1953 года. Будучи измененной и дополненной на сегодняшний день одиннадцатью (11) дополнительными Протоколами, она объединяет 40 государств-членов Совета Европы.

Несмотря на то, что только государства-члены Совета Европы могут стать участниками всеобщей Конвенции, основополагающий документ Совета Европы не требует от своих членов ратификации Конвенции. И все-таки поскольку все члены Совета уже ратифицировали Конвенцию в момент завершения «холодной войны», а некоторые страны Центральной и Восточной Европы обратились с просьбой о принятии их в Совет Европы, было постановлено, что все последующие вступления в Совет осуществляются при условии ратификации Конвенции.

Постановлением Парламента Республики Молдова №1298-XIII от 24 июля 1997г. были ратифицированы Европейская конвенция о защите прав человека, Протоколы за номерами 1-8 и 11, вступившие в силу для Республики Молдова с 12 сентября 1997 года (за исключением Протокола №6, который вступил в силу с 1 октября 1997 года и Протокола №7, который вступил в силу с 1 ноября 1998 г.).

Ратифицируя Конвенцию, Республика Молдова признала за каждым человеком, находящимся под ее юрисдикцией, права и свободы, провозглашенные этим документом, и одновременно признала право на подачу индивидуальной жалобы в Европейский суд по правам человека, тем самым присоединилась к международной системе контроля.

Она признала, таким образом, обязанности и порядок, исходящие из Конвенции. Многие решения Европейского суда определили или привели к ускорению законодательных реформ, изменили или адаптировали национальное правосудие. Молдова признала также другие меры, которые стимулировали интерес нашего общества к соблюдению и гарантированию основных прав и свобод.

В первоначально принятой форме Европейская конвенция гарантировала:

- право на жизнь;
- право не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство личности обращению и наказанию;
- право не содержаться в рабстве;
- право на свободу;
- право на неприкосновенность личности, на правильный и справедливый процесс;
- наказание исключительно на основании закона;
- право на уважение частной и семейной жизни;
- свободу мысли, совести и религии;
- свободу выражения мнения и мирных собраний;
- право на вступление в брак и создание семьи.

Конвенция также содержит клаузулу о недискриминации, которая распространяется только на «осуществление прав и свобод», провозглашенных ею, и положение, которое обязывает государства обеспечить «эффективные средства правовой защиты в национальных судах» каждой личности, права которой были нарушены. Пользователем прав и свобод, закрепленных в Конвенции, является «любая личность», находящаяся «под юрисдикцией» государств, признавших Конвенцию, а значит гражданство личности не имеет никакого значения.

Список прав, гарантированных Конвенцией, был расширен дополнительными протоколами к ней. Протокол №1, принятый в Париже 20 марта 1952 года, добавил право на собственность, право на учреждение и обязательство государств-членов обеспечить свободные и тайные выборы в разумные сроки. Протокол №4, принятый в Страсбурге 17 сентября 1963 года, расширил список дальше, включив запрет на лишение свободы за несоблюдение договорных обязательств и гарантию права на свободное передвижение. Протокол запрещает также принудительную высылку своих граждан, а также коллективное выдворение иностранцев. Протокол №7, принятый в Страсбурге 22 ноября 1984 г., требует от государств обеспечить иностранцев различными процессуальными гарантиями перед тем, как выслать их из страны пребывания. Этот документ предусматривает также право на апелляцию по уголовным делам, возмещение ущерба в случае судебной ошибки, право не быть дважды судимым за одно и то же деяние, а также равные права и ответственность в браке. Другие Протоколы касаются институциональных изменений, которые произошли в Конвенции. Конвенция носит вторичный характер по отношению к внутреннему праву и не претендует на его замещение, и только в случае необходимости дополняет это право или сглаживает его слабые стороны.

Европейская юриспруденция стала в полной мере выполнять Конвенцию. Телеологическая и эволютивная интерпретация Конвенции через органы Конвенции является, бесспорно, одним из самых оригинальных способов этой юриспруденции. Среди средств толкования, предусмотренных ст. 31 Венской конвенции от 23 мая 1969 г. о праве международных договоров, Суд в срочном порядке уделил приоритетное внимание объекту и цели договора. Конвенция является «нормативным договором» и призвана «найти наилучший способ толкования для достижения цели и выполнения объекта этого договора, а не то, которое ограничило бы обязательства сторон»¹³.

Эта интерпретация руководствуется также прогрессивной волей: речь идет об обеспечении не только защиты, но и развития прав человека. С точки зрения Суда, Конвенция является «живым инструментом», который «нужно толковать в свете современных условий». Суд старается максимально приблизить Конвенцию к эволюции нравов и менталитета, чтобы защитить от любого анахронизма (право незаконно рожденных детей; статус гомосексуалистов и т.д.). Для этого Суд широко использует эволюцию внутреннего права большинства подписавшихся государств для того, чтобы зафиксировать эту эволюцию в европейском праве прав человека.

Тем не менее, динамизм его юриспруденции не лишен реализма. Осуществляется поиск состояния равновесия между солидарностью и суверенитетом: эффективность системы защиты примиряется с subsidiarностью.

Возможно, слово европейского судьи является самым новаторским и вносит наилучшее в динамику соблюдения прав человека. Доминирующим интересом, в духе Европейского суда, является обеспечение подлинной, настоящей действенности системы защиты гарантированных прав, речь идет не о защите «иллюзорных и теоретических прав, а о конкретных и эффективных».

Поиск эффективности провозглашенного права заставляет, таким образом, Конвенцию раскрывать обязательные и неотъемлемые элементы права: право на доступ к Суду является неотъемлемым элементом права на справедливое судебное разбирательство, закрепленное ст. 6».

Предполагается, что государство, ратифицируя Европейскую конвенцию, подчиняется компетенции Европейского суда по правам человека.

Начиная с 1 ноября 1998 года, даты вступления в силу Протокола №1, согласно которому состоялось объединение Комиссии и Суда в единый Европейский суд по правам человека, все обращения как межгосударственного характера, так и частного будут обращены к нему. Новый Европейский суд по правам человека, в отличие от предыдущего,

¹³ V.Popa, C.Popeți, I.Adamescu, op.cit., p.83

постоянен и включает в себя количество судей, равное количеству Высоких Сторон.

Судья должен обладать самыми высокими моральными качествами и соответствовать условиям, необходимым для исполнения высокой судебной должности, или быть юристом с признанной компетенцией. Мандат осуществляется в индивидуальном порядке.

В настоящее время все желающие имеют свободный доступ в Европейский суд. Индивидуальные заявления, которые не имеют никаких шансов на успех, после фильтрации единогласным голосованием Комитета объявляются недопустимыми или же исключаются на ранней стадии рассмотрения, когда нет необходимости в дополнительном исследовании. Решение является окончательным.

Как было отмечено выше, Европейский суд по правам человека рассматривает все обращения как межгосударственного, так и личного характера.

Право государств на действие предусмотрено ст. 33 ЕСПЧ, которая позволяет любому подписавшемуся государству обратиться в Суд по любому нарушению положений Конвенции и дополнительных Протоколов к ней, другим государством-участником. Европейская конвенция отступает здесь от базовых принципов классического международного права.

Межгосударственные дела не подвергаются тем же требованиям, что предусмотрены для индивидуальных заявлений, для которых обязательно исчерпание всех внутренних средств правовой защиты.

Любая личность, которая может пострадать от законодательства, несовместимого с Конвенцией, может считать себя жертвой нарушений при отсутствии эффективного правоприменения.

Допустимость индивидуальных заявлений регулируется положениями ст. 35 Конвенции, которая гласит: «Суд может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все соответствующие общепризнанным нормам международного права внутренние средства защиты, и рассматривает дело в течение 6 месяцев с даты принятия окончательного решения национальными властями».

В соответствии со ст. 47 Конвенции Суд обладает юрисдикцией выносить консультативные заключения по правовым вопросам, касающимся толкования Конвенции и дополнительных Протоколов к ней. Конвенция предоставляет исключительное право Совету Министров запрашивать консультативное заключение. При каждом обращении Суд решает, подпадает ли заявление, предоставленное Советом Министров, под его компетенцию.

Европейский суд по правам человека стал, практически, Конституци-

онным Судом Европы по гражданским и политическим правам. С момента своего основания он высказал мнение по многим вопросам и имел возможность сформулировать толкование по большинству прав, закрепленных Конвенцией.

SUMMARY

The European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was signed on 4 November 1950 in Rome and was ratified by the Parliament of the Republic of Moldova on 24 July 1997. The Convention is the basic source of law in the legal system of the Republic of Moldova. Many provisions of the Convention are also included in the Constitution of the Republic of Moldova. The Republic of Moldova has taken responsibility to protect human rights and fundamental freedoms, which are stipulated by the European Convention. Simultaneously, citizens of the Republic have right to apply to the European Court of Human Rights, which is supranational institution and has an aim to protect and restore violated human rights and fundamental freedoms. According to Article 32 of the Convention "the jurisdiction of the Court shall extend to all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the protocols thereto which are referred to it as provided in Articles 33, 34 and 47". During its activity, the European Court of Human Rights has created many new legal norms, which have direct effect.

Simultaneously, the Constitutional Court of the Republic of Moldova has played significant role in the development of the constitutional justice in the state. The Constitutional Court of Moldova determines the conformity of legal acts with the provisions of the Constitution of the Republic and its decisions are final and are in force from the date of publication.



THE CONSTITUTIONAL COURT OF LUXEMBOURG AND THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

GEORGES RAVARANI

*Vice-président de la Cour constitutionnelle
du Grand-Duché de Luxembourg*

Introduction:

Un des paradoxes du système institutionnel luxembourgeois est l'absence, jusqu'à très récemment, d'une Cour constitutionnelle, mais l'existence d'un contrôle de longue tradition, par les juridictions de droit commun, de la conformité des lois aux conventions internationales.

La création de la Cour constitutionnelle par une loi constitutionnelle du 12 juillet 1996 portant introduction de l'article 95^{ter} de la Constitution, qui a institué un contrôle de la constitutionnalité des lois, a certes comblé une lacune grave et constitue un progrès indéniable dans la protection des droits des justiciables.

Il n'en demeure pas moins qu'étant donné que les deux contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ont été juxtaposés sans être consolidés, des problèmes de cohérence du système se posent. Ceci est particulièrement visible au niveau de la protection des droits fondamentaux des individus, étant donné que la Constitution luxembourgeoise comprend un chapitre – le Chapitre II, “*Des libertés publiques et des droits fondamentaux*”, articles 9 à 31 de la Constitution – qui consacre *grosso modo* les mêmes droits que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, approuvée au Luxembourg par une loi du 29 août 1953 (ci-après «la CEDH»).

Si, en principe et *a priori*, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité s'ignorent (I.), on constate cependant certaines interférences de ces deux contrôles dans la mesure où ils portent sur des droits identiques sinon semblables (II.).

I. Constitutionnalité et conventionnalité – des contrôles qui s'ignorent *a priori*

La coexistence des deux contrôles de constitutionnalité (A) n'est pas toujours harmonieuse (B).

A. Deux contrôles distincts

Historiquement, le contrôle de la conventionnalité des lois (1.) précède celui de leur constitutionnalité (2.).

1. Le contrôle de la conventionnalité des lois

La question du contrôle de la conformité d'une loi à un traité international reçoit traditionnellement une réponse dépourvue de toute ambiguïté de la part des juridictions luxembourgeoises: une jurisprudence constante admet ce contrôle.

La jurisprudence reconnaissant aux tribunaux le pouvoir d'écarter l'application d'une loi, même postérieure, contraire à un traité international, a été inaugurée par un **arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1950**¹. Selon la jurisprudence antérieure, il fallait présumer dans tous les cas que le législateur national avait entendu respecter les engagements internationaux existants, ce qui revenait à interpréter le droit national toujours de manière à le mettre en harmonie avec les obligations contractuelles internationales².

Le 28 juillet 1951, le Conseil d'Etat emboîta le pas en décidant à son tour qu'en cas de conflit entre les dispositions d'une convention internationale ayant force de loi dans le pays et celles du droit interne, les premières priment et mettent en échec l'application des dispositions dérogatoires internes, mêmes postérieures³.

Depuis lors, ce principe est fermement établi en jurisprudence et il est régulièrement réaffirmé⁴.

Une jurisprudence très abondante des juridictions judiciaires et administratives a, en toutes matières, scruté la **conformité des lois aux dispositions de la CEDH** et n'hésite pas à en écarter l'application en cas de contrariété.

¹ Pasicrisie luxembourgeoise, tome 15, p. 41

² v. P. PESCATORE, La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxembourgeoise, *Journal des Tribunaux (belge)* 1953, p. 645

³ Pasicrisie luxembourgeoise, tome 15, p. 263

⁴ Cass. 14 juillet 1954, Pasicrisie luxembourgeoise tome 16, p. 151 et J.T. 1954, 695, note P. PESCATORE; C.E. 7 décembre 1978, Pas. lux., tome 24, p. 186; Cass. 17 janvier 1985, *ENGEL / ENGEL*; Cour d'appel 21 octobre 1987, *SPELLER / WIESNER*; Cass. 14 avril 1994, Pas. lux., tome 29, p. 331; trib. adm. 25 juin 1997, nos. 9799 et 9800 du rôle, confirmé par Cour adm. 11 décembre 1997, nos. 9805C et 10191C du rôle; trib. adm. 15 juillet 1997, n° 9436 du rôle; 7 octobre 1997, n° 9585 du rôle

2. *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*

De manière bien étonnante, les tribunaux furent beaucoup plus réticents à se reconnaître le droit de contrôler la conformité des lois à la Constitution.

En effet, toutes les objections de principe avancées à l'encontre d'un contrôle de la constitutionnalité des lois pourraient à leur tour être invoquées contre un contrôle de leur conventionnalité. Dans ce contexte, il a été rappelé, non sans raison semble-t-il, que si on admet qu'un traité international prime les dispositions d'une loi nationale contraire, il serait illogique de refuser à la Constitution cette suprématie sur la loi, le pouvoir pour le Grand-Duc de conclure des traités et celui de la Chambre des députés de les ratifier découlant de la Constitution (article 37)⁵.

La question du contrôle de la constitutionnalité des lois était un sujet d'actualité politique constant (l'institution d'un tel contrôle fit régulièrement l'objet de la déclaration de révision de la Constitution prévue par l'article 114 de la Constitution), mais il ne trouva pendant longtemps pas de majorité parlementaire qualifiée pour inscrire le contrôle en question à la Constitution. C'est notamment un des grands partis politiques qui était traditionnellement réticent à l'institution d'un tel contrôle par voie juridictionnelle, redoutant l'institution d'un gouvernement des juges.

Si, comme il vient d'être mentionné, les tribunaux se refusaient traditionnellement à un contrôle de la constitutionnalité des lois, certaines juridictions ouvrirent, dès les années 1950, une nouvelle voie, ou du moins, firent preuve d'un certain embarras pour refuser de se livrer au contrôle de la conformité d'une loi à la Constitution, et dès les années 1980, certaines juridictions inférieures voire, d'une manière moins nette, la Cour d'appel de Luxembourg procédaient ouvertement à un tel contrôle, allant jusqu'à déclarer des dispositions législatives contraires à la Constitution.

Sous peine de se voir soumettre à un contrôle par les tribunaux de droit commun moyennant l'exception d'inconstitutionnalité, le législateur se devait de réagir.

Ce fut chose faite avec **la loi constitutionnelle du 12 juillet 1996** portant introduction de l'article 95ter de la Constitution, qui a institué un contrôle de la constitutionnalité des lois, une **loi du 27 juillet 1997** ayant organisé ce contrôle.

En vertu de l'article 95ter, alinéa 2, de la Constitution, la Cour constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception des lois portant approbation des traités, l'article 6 de la loi précitée du 27 juillet 1997 disposant que lorsqu'une partie soulève une question relative à

⁵ Trib. d'arr. de Luxembourg 11 juillet 1984, Pas. lux., tome 27, p. 65

la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue, sous réserve de certaines exceptions, de saisir la Cour constitutionnelle **par voie préjudicielle**. Il s'ensuit logiquement que les autres juridictions ne sont pas en droit de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

Le système s'inspire étroitement du système de saisine, par voie préjudicielle, de la Cour de justice de l'Union européenne.

La saisine de la Cour constitutionnelle ne peut intervenir que par voie de question préjudicielle posée par une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif devant laquelle se pose la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative applicable au litige concret dont est saisie cette juridiction de renvoi. Elle est partant chargée du **contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois applicables à la situation juridique concrète** au moment du litige particulier.

Une loi déclarée contraire à la Constitution ne cesse pas pour autant d'exister. Elle n'est pas annulée, mais la juridiction de renvoi va refuser de lui donner application, ce qui la prive, en fait, d'effet.

Dans le système luxembourgeois, les lois ne font pas l'objet d'un contrôle *a posteriori* abstrait, que ce soit à l'initiative de personnes qualifiées (parlementaires) ou de justiciables ordinaires.

La Cour constitutionnelle a une compétence d'attribution étroite. En effet, **la Constitution excepte de son contrôle les lois qui portent approbation de traités**. Elle ne peut donc pas statuer sur la conformité d'un traité international à la Constitution.

Par ailleurs, comme la Constitution est le seul corps de règles auquel la Cour constitutionnelle peut se référer pour contrôler une loi, elle n'a **pas compétence pour contrôler la conformité des lois aux conventions internationales** régulièrement approuvées, et, notamment, n'est-elle partant pas appelée à en contrôler la conformité à la CEDH.

Un tel contrôle revient aux juridictions ordinaires.

Si une telle répartition des compétences ne pose pas de problème a priori, elle peut devenir problématique au cas où le contenu matériel d'une disposition se retrouve, de manière similaire, voire à l'identique, à la fois dans la Constitution et dans la CEDH.

B. Une coexistence non toujours harmonieuse

La Constitution n'établit **pas de hiérarchie entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité**. Il en découle, logiquement, que si une juridiction se trouve confrontée à une loi à propos de laquelle elle se pose la question de savoir si elle viole un droit fondamental, et si ce droit fondamental est énoncé à la fois par la Constitution et la CEDH, elle dispose d'un choix discrétionnaire, soit de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, soit de répondre elle-même à la question.

Le danger est patent: **la même question peut recevoir des réponses différentes** selon que la réponse émane de la Cour constitutionnelle ou d'autres juridictions. Même si on peut admettre que les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction, à savoir la Cour de cassation en matière judiciaire et la Cour administrative en matière administrative, fournissent en définitive une réponse unique et définitive, aucun mécanisme n'est prévu au cas où ces juridictions adopteraient des positions divergentes de celles de la Cour constitutionnelle.

Le problème est loin d'être théorique.

C'est ainsi que par son *arrêt 2/98 du 13 novembre 1998*, la Cour constitutionnelle avait dit que l'article 367 du Code civil, qui limite le droit à l'adoption plénière aux couples mariés, empêchant ainsi, notamment, l'adoption plénière d'un enfant par un célibataire, n'est contraire, ni à la disposition constitutionnelle qui garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille, étant donné que l'adoption prend son fondement dans le droit positif et non dans le droit naturel et qu'il appartient partant au législateur d'y apporter toutes les conditions et limites nécessaires au bon fonctionnement et répondant à l'intérêt de la société et de la famille adoptive, ni à la règle de l'égalité devant la loi, la différenciation entre les couples mariés et les autres personnes étant légitime comme s'appuyant sur une distinction réelle découlant de l'état civil des personnes, sur une garantie accrue au profit de l'adopté par la pluralité des détenteurs de l'autorité parentale dans le chef de gens mariés et sur une proportionnalité raisonnable du fait que l'adoption simple reste ouverte au célibataire dans le respect des exigences de forme et de fond prévues par la loi.

Saisie de demandes d'adoptions plénières prononcées en faveur de personnes célibataires, la Cour d'appel de Luxembourg, dans plusieurs arrêts du 16 décembre 2009⁶, tout en évitant de s'opposer directement à la Cour constitutionnelle (la Cour d'appel prend en effet le soin de relever que *“compte tenu de la façon dont la question préjudicielle avait été formulée, sans référence à la situation juridique de l'enfant adopté et au droit de la filiation, la Cour*

⁶ nos. 35194 à 35197 du rôle

Constitutionnelle ne pouvait répondre que comme elle l'a fait. Si la question, au lieu de viser d'une façon générale et abstraite les droits de la personne célibataire à l'adoption, se fût rapportée aux droits de filiation de l'adoptée (...), la Cour Constitutionnelle eût été en mesure de toiser la question sous un angle plus approprié et de répondre différemment") a cependant opté pour la solution inverse. Se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁷, elle dit que l'article 367 du Code civil était à écarter "en l'espèce" en ce qu'il interdit l'adoption plénière par un célibataire.

En réalité, le tableau n'est pas aussi sombre qu'il n'apparaît à première vue. En effet, nombre de juridictions ont d'ores et déjà saisi la Cour constitutionnelle de questions préjudicielles en matière de libertés publiques et de droits fondamentaux et une jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à ces droits est en train de se construire.

II. Constitutionnalité et conventionnalité – des contrôles aux larges plages d'interférence

La Cour constitutionnelle, au visa des dispositions constitutionnelles relatives aux libertés publiques et aux droits fondamentaux, a rendu un certain nombre d'arrêts à propos de droits garantis par la CEDH (A.), et il lui est même déjà arrivé de se référer expressément à ladite convention (B.).

A. Contrôle, par la Cour constitutionnelle, du respect des droits fondamentaux garantis par la CEDH

Malgré la courte durée de son existence, la Cour constitutionnelle a d'ores et déjà rendu un certain nombre d'arrêts en matière de droits fondamentaux.

Deux techniques lui ont permis de préciser ces droits. Dans un certain nombre d'arrêts, elle s'est référée à une liberté publique ou un droit fondamental qui trouve son pendant dans la CEDH (1.). Dans d'autres arrêts, elle a vérifié le respect, par la loi, de la règle de l'égalité devant la loi pour ainsi constater, en quelque sorte de manière indirecte, la violation ou non d'un droit fondamental (2.).

⁷ notamment un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 28 juin 2007 dans une affaire A et J. M. W. L. c. Luxembourg ayant condamné l'État du Grand-Duché de Luxembourg pour violation des articles 6, 8 et 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, pour avoir refusé l'exequatur d'un jugement d'adoption plénière sur le seul motif que la loi luxembourgeoise, applicable aux conditions pour adopter, ne permet l'adoption plénière qu'à un couple marié et non à une personne célibataire

1. La référence directe à un droit fondamental

Le **Chapitre II de la Constitution** luxembourgeoise énumère un certain nombre de **libertés publiques et de droits fondamentaux qui se recoupent pour partie avec les droits garantis par la CEDH**, sans que les deux instruments consacrent exactement les mêmes droits, ni, s'il s'agit des mêmes droits, ne les protègent de la même manière.

Si l'établissement d'un tableau comparatif des droits garantis respectivement par la Constitution luxembourgeoise et la CEDH et ses Protocoles sort du cadre de la présente étude, il n'est pas inutile de mentionner que l'une et l'autre garantissent le droit à la liberté et à la sûreté (respectivement art. 12 et 5), la légalité des peines (respectivement art. 14 et 7), l'interdiction de la peine de mort (respectivement 18 et Protocole n° 6, art. 1er) au respect de la vie privée et familiale (respectivement art. 11, par. 1er et 3, et art. 8), la liberté de pensée, de conscience et de religion (respectivement art. 19 et 9), la liberté d'expression (respectivement art. 24 et 10), la liberté de réunion et d'association (respectivement art. 25 et 26, et 11), la protection de la propriété et l'interdiction de l'expropriation autrement que pour cause d'utilité publique (respectivement art. 16 et Protocole additionnel, art. 1er) et le droit à l'instruction (respectivement art. 23 et Protocole additionnel, art. 5).

Le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la CEDH, ne se trouve pas garanti par la Constitution luxembourgeoise. En revanche, celle-ci garantit notamment, en plus de la CEDH, l'égalité devant la loi (art. 10bis, par. 1er), la protection de l'environnement naturel et humain (art. 11bis), le droit au travail et les libertés syndicales (art. 11, par. 4) et la liberté du commerce et de l'industrie (article 11, par. 5).

La Constitution garantit, de plus, les **“droits naturels”** de la personne (art. 11, par. 1er). Il s'agit d'une notion aux contours *a priori* très flous, pouvant conférer un très large pouvoir de contrôle à la Cour constitutionnelle en cas d'interprétation extensive de la notion. La Cour constitutionnelle a cependant manifesté, jusqu'ici, une conception restrictive de celle-ci. Dans *l'arrêt 20/04 du 28 mai 2004*, elle a estimé que *“le droit naturel se restreint aux questions essentielles de l'être humain, au respect de sa dignité et de sa liberté”*. Dans *l'arrêt 2/98 du 13 novembre 1998*, elle déclara qu'en matière familiale, seuls constituent des droits naturels le droit à la procréation et à la communauté de vie (refusant à l'adoption la qualité de droit naturel). Aucune disposition légale n'a, jusqu'ici, été déclarée inconstitutionnelle au visa de la violation des droits naturels de la personne humaine.

Plusieurs **exemples d'application de droits fondamentaux** par la Cour constitutionnelle méritent d'être cités.

C'est à propos de différentes catégories socioprofessionnelles soumises à un **droit disciplinaire** que la Cour constitutionnelle a eu l'occasion d'affirmer que

les sanctions disciplinaires doivent respecter le principe de **la légalité des peines** (cf. art. 7, par. 1er CEDH). Dans l'*arrêt 12/02 du 22 mars 2002* elle a établi ce principe pour les médecins, dans les *arrêts 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004* pour les avocats et dans les *arrêts 41/07 à 43/07 du 14 décembre 2007* pour les fonctionnaires des Postes et Télécommunications.

La Cour a déduit du libellé de l'article 14 de la Constitution ("*Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*") que pour être prononcée, une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité, et au jour de la commission du fait et à celui de la décision qui l'inflige. Elle en a conclu que le principe de la légalité des peines implique celui de la rétroactivité de la peine la plus douce.

La Cour a encore considéré que le principe de la **spécification de l'infraction** est le corollaire de celui de la légalité de la peine et entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables.

Elle a cependant admis une certaine marge d'indétermination dans la formulation des comportements illicites comme n'affectant pas le principe de la spécification de l'incrimination, à condition que leur concrétisation puisse raisonnablement se faire grâce à des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle qui permettent de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l'infraction.

Dans son *arrêt 19/04 du 30 janvier 2004*, la Cour a retenu que l'exclusion, même à temps, de la participation ultérieure aux marchés publics, ne constitue pas un mode de réparation du préjudice subi par l'inobservation des conditions du cahier des charges mais une peine qui doit être établie par la loi et non pas le cahier des charges d'un marché.

L'étendue de la **liberté religieuse** (art. 9 CEDH) ne saurait être telle que son exercice provoque des difficultés susceptibles de perturber la programmation des cours scolaires et donc le système éducatif (*arrêt 3/98 du 20 novembre 1998*). L'arrêt a été rendu à propos de la demande de dispense d'assister aux cours scolaires le samedi pour des raisons religieuses.

Plusieurs arrêts ont eu l'occasion de se prononcer sur la **protection de la propriété** et la prohibition de **l'expropriation** autrement que **pour cause d'utilité publique**, prévues par l'article 16 de la Constitution ("*Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité*") (cf. le Protocole additionnel CEDH, art. 1er).

Dans son *arrêt 10/00 du 8 décembre 2000*, la Cour a retenu qu'une disposition

fiscale aboutissant à prélever une cote d'impôt sur le revenu absorbant l'intégralité de la plus-value dégagée de la vente d'un bien en tenant compte de la dévaluation monétaire et affectant la substance de la fortune du contribuable constitue un impôt, c'est-à-dire une contribution individuelle aux charges communes de la collectivité dont les fixation et perception ne constituent pas une atteinte à la propriété au sens de l'article 16 de la Constitution qui ne vise que la privation de la propriété d'un bien déterminé moyennant juste et préalable indemnité et non pas l'incidence de la dette fiscale sur un patrimoine.

Elle a estimé, dans son *arrêt 11/01 du 28 septembre 2001*, que la technique du **remembrement**, qui consiste dans l'attribution à celui des propriétaires qui se trouve privé d'une parcelle de sa propriété mise dans le périmètre du remembrement, d'une parcelle d'une valeur équivalente à celle dont il est dépossédé – la valeur des terres échangées étant estimée sur base de critères de productivité objectifs – et d'une soulte éventuelle ayant un caractère exceptionnel et subsidiaire, n'est pas contraire à l'article 16 de la Constitution.

Dans différents arrêts (*arrêts 16/03 du 7 février 2003; 34/06 et 35/06 du 12 mai 2006*), elle a en revanche déclaré contraires à la Constitution les dispositions des lois du 15 mars 1979 sur **l'expropriation pour cause d'utilité publique** et du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, au motif que la Constitution exige, en la matière, non seulement une juste, mais également une préalable indemnité, alors que ces lois ne prévoient que la consignation d'une indemnité provisionnelle sommairement évaluée, l'indemnisation effective n'intervenant qu'après l'envoi en possession de l'expropriant⁸.

En matière **de droit au travail**, l'exigence légale d'un permis de travail pour un étranger a été déclarée non contraire à la garantie constitutionnelle du droit au travail et aux droits naturels et de la famille (art. 11, par. 1er et 3 de la Constitution) puisque l'article 111 permet à la loi d'établir des exceptions en la matière (*arrêt 14/02 du 6 décembre 2002*).

Dans ses *arrêts 55/10 et 56/10 du 26 mars 2010*, la Cour a dit que la **liberté du commerce et de l'industrie** n'est pas absolue, mais soumise à un régime d'équilibre. En particulier, la protection légale contre le licenciement des délégués du personnel, même en cas de cessation d'une branche d'activité de l'entreprise, n'est pas contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, énoncée par l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution.

⁸ Dans la suite ce ne sont pas les lois en question, mais la Constitution qui a été modifiée, l'exigence de l'indemnisation préalable ayant été supprimée

2. Le respect de l'égalité devant la loi

L'égalité devant la loi est un droit fondamental garanti par l'**article 10bis, paragraphe 1er, de la Constitution**. Elle n'est pas garantie en tant que telle par la CEDH, si ce n'est par l'interdiction de la discrimination qui, dans le système de la Convention, ne constitue pas un droit autonome, son article 14 ne garantissant que l'égale jouissance, sans distinction aucune, des droits reconnus par ailleurs par la Convention. Par ailleurs, l'article 5 du Protocole n° 7 postule directement l'égalité des époux entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants.

Or, en constatant, dans certains arrêts, la violation de l'égalité devant la loi, la Cour constitutionnelle ne s'est pas arrêtée à mi-chemin. Loin de se borner à constater cette seule violation – ce qui aurait eu pour résultat logique que chacune des deux lois comparées aurait pu continuer à exister, seule leur coexistence ou leur combinaison aboutissant à une violation de la règle d'égalité –, la Cour a alors littéralement opté pour celle des deux lois opérant une violation de l'égalité. Elle a donc donné la préférence à l'une des deux lois, estimant que cette loi constitue le **droit commun** et que l'autre l'exception portant violation de la règle de l'égalité.

Pour opérer ce choix, elle s'est alors référée, de manière implicite, aux droits fondamentaux tels que garantis par la CEDH.

C'est à propos d'un **droit processuel** que cette démarche peut être décelée de la manière la plus évidente.

Selon l'article 66, paragraphes 2 et 3, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, en matière de discipline, le fonctionnaire qui fait l'objet d'une décision défavorable de la part du conseil de discipline des fonctionnaires communaux, dispose d'un recours devant le tribunal administratif, tandis que l'autorité communale n'en dispose pas en cas de décision du conseil de discipline qui ne trouve pas son accord⁹.

Saisi d'un recours contre une décision du conseil de discipline par l'autorité communale à laquelle le fonctionnaire opposa en faisant valoir que la décision du conseil de discipline ne pouvait être réformée *in peius*, le tribunal saisit la Cour constitutionnelle de la question du respect de l'égalité devant la loi en ce que le fonctionnaire dispose d'un droit de recours en cas de décision défavorable et l'autorité communale n'en dispose pas. Le tribunal administratif ajouta une deuxième question, tirée de ce qu'en matière de discipline des fonctionnaires étatiques, l'article 59, alinéa 2, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, le gouvernement dispose d'un

⁹ Plus précisément, elle peut exercer un recours, mais celui-ci est parfaitement inutile puisque le tribunal ne peut pas aggraver le sort du fonctionnaire condamné disciplinairement

droit de recours en cas de décision du conseil de discipline des fonctionnaires de l'Etat qui lui est défavorable, tandis que l'autorité communale ne dispose pas d'un tel recours.

Dans son *arrêt 49/09 du 22 mai 2009*, la Cour constitutionnelle constata d'abord que dans les deux cas – différence de traitement entre le fonctionnaire communal et l'autorité communale, différence de traitement entre l'autorité communale et l'autorité étatique – il y avait une différence de traitement non rationnellement justifiée et qu'il y avait partant violation de l'égalité devant la loi. – Elle aurait pu se limiter à ce constat et elle serait restée dans son rôle. En effet, prise isolément, aucune de ces dispositions ne contrevenait à une quelconque disposition constitutionnelle, et ce n'était que leur combinaison qui aboutissait à une violation de l'égalité devant la loi. Une telle attitude n'aurait certainement pas été très utile pour la juridiction de renvoi qui n'aurait pas su laquelle des dispositions légales écarter et qui aurait été dans l'ignorance quant à la question de savoir s'il fallait reconnaître le droit de recours à tous ou s'il fallait le refuser à tous. De cette manière, la balle aurait été dans le camp du législateur qui aurait dû réorganiser le droit de recours en matière de discipline de manière à assurer un traitement égal des parties en cause.

Mais la Cour constitutionnelle est allée plus loin. Elle a opéré un choix et elle a clairement indiqué laquelle des deux dispositions était à maintenir et laquelle était à écarter. Pour ce faire, elle a indiqué que la loi relative à la discipline des fonctionnaires communaux aboutissait à "*priver d'efficacité, contrairement au droit commun*", le recours de l'autorité communale. Elle a ainsi consacré comme constituant le droit commun le **droit de recours effectif** contre une décision administrative en matière de discipline des fonctionnaires. Or, on ne trouve le droit à un recours effectif dans aucune disposition de la Constitution luxembourgeoise. En revanche, l'article 13 de la CEDH consacre un tel droit. Il est vrai que ce droit n'est reconnu que pour faire sanctionner les droits et libertés reconnus par la Convention, mais il est indéniable que pour opérer son choix, la Cour constitutionnelle s'est laissée guider par la disposition en question.

C'est en matière de **respect de la vie privée et familiale** (art. 8 de la Convention) que la Cour constitutionnelle a eu d'autres occasions d'appliquer des droits fondamentaux au visa de l'égalité devant la loi.

C'est ainsi que, dans son *arrêt 44/08 du 6 juin 2008*, elle a retenu que l'article 334-2, alinéa 2, première phrase, ancienne version, du Code civil, aux termes duquel l'enfant naturel acquérait le nom du père si la filiation était établie simultanément à l'égard des deux parents, était contraire à la règle de l'égalité devant la loi en tant qu'elle donnait la préférence au père par rapport à la mère.

Dans son *arrêt 7/98 du 26 mars 1998*, la Cour constitutionnelle a constaté que le principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par la mère naturelle,

prévu par l'article 380, alinéa 1er, du code civil, devant la toile de fond qu'en matière de filiation légitime, l'autorité parentale est exercée simultanément par les père et mère et qu'en matière de filiation naturelle, le juge des tutelles peut, dans l'intérêt de l'enfant, modifier l'attribution de l'autorité parentale, créée dès l'abord une inégalité entre le père naturel par rapport à la mère naturelle et au père légitime et par là même un clivage entre la situation des enfants selon qu'ils sont nés ou non dans le mariage. Elle a estimé que le législateur avait ainsi opéré une différenciation contraire à l'égalité devant la loi.

Les deux arrêts sont en phase avec l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme qui postule l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil, entre autres dans leurs relations avec leurs enfants.

Dans son *arrêt 25/05 du 7 janvier 2005*, la Cour constitutionnelle a considéré comme contraire à l'égalité devant la loi la prohibition légale, sauf deux exceptions, de deux adoptions successives, étant donné qu'ainsi, malgré l'assimilation légale de l'adoption à la filiation légitime, l'enfant faisant l'objet d'une adoption plénière ne peut plus faire l'objet, ultérieurement, d'une adoption simple, alors que cette possibilité existe dans le chef de l'enfant légitime.

La prohibition de l'adoption plénière par un majeur ne contrevient pas à l'exigence d'égalité devant la loi par rapport la possibilité d'adoption simple d'un majeur (*arrêt 53/10 du 5 mars 2010*), pas plus que la différence de régime des secours alimentaires en cas de divorce pour causes déterminées et de divorce par consentement mutuel, le premier régime étant judiciaire et contentieux et le second de nature consensuelle (*arrêt 13/02 du 17 mai 2002*).

En revanche, a été considérée comme violant la règle d'égalité la disposition légale enfermant l'exercice de l'action en contestation de paternité légitime dans un délai plus court qu'en matière de contestation de filiation naturelle (*arrêt 50/09 du 15 mai 2009*).

En **matière patrimoniale**, la Cour a, dans son *arrêt 20/04 du 28 mai 2004*, déclaré contraire à l'égalité devant la loi l'interdiction faite, même aux ayants-droit de la victime d'un accident du travail n'ayant droit à aucune prestation au regard de la législation sur les accidents du travail, de rechercher la responsabilité civile de droit commun de l'auteur d'un accident du travail. On aurait pu, le cas échéant, considérer la disposition en question contraire à l'article 1er du Protocole additionnel de la CEDH.

B. Référence directe de la Cour constitutionnelle à la CEDH

Dans un *arrêt 47/08 du 12 décembre 2008*, la Cour constitutionnelle a estimé que l'attribution de **l'autorité parentale après divorce** à celui des parents qui a obtenu la garde de l'enfant opère une distinction qui n'est pas rationnellement

justifiée – en effet, selon la Cour, il est dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité parentale soit exercée conjointement par leurs parents et non pas exclusivement par leur père ou leur mère – et comme telle contraire à l'égalité devant la loi.

Pour justifier la solution adoptée, la Cour s'est référée à des conventions internationales ayant consacré l'égalité des parents dans leurs relations avec leurs enfants. Elle s'est ainsi référée, d'une part, à la Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 qui, en son article 18, première phrase, dispose que les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement, en ajoutant que cette convention ne distingue pas suivant que les parents sont mariés ou divorcée, vivent en union libre ou sont séparés, et, d'autre part, au **Protocole n° 7 à la CEDH**, précité, qui dispose en son **article 5**, première phrase, que les époux jouissent de l'égalité de droits et responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

РЕЗЮМЕ

Одним из парадоксов институциональной системы Люксембурга является отсутствие до недавнего времени Конституционного Суда, но существует давняя традиция контроля за судами общей юрисдикции и за соответствием внутреннего законодательства международным договорам.

Создание Конституционного Суда Конституционным законом от 12 июля 1996 года и дополнение Конституции статьей 95, которая устанавливает контроль за конституционностью законов, безусловно, заполнили серьезный пробел и являются значительным прогрессом в области защиты прав подсудимых в судебном процессе.



ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ЦЕННОСТИ ОБЩЕСТВА В ПРАКТИКЕ БОЛГАРСКОГО КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА

СТЕФКА СТОЕВА

Судья Конституционного Суда Республики Болгария

Позвольте поздравить Вас с пятнадцатой годовщиной принятия Конституции Республики Армения — 5 июля 1995 г. Благодарим Вас за приглашение принять участие в организованной по этому поводу научной конференции, посвященной защите конституционных прав граждан.

В первичном и вторичном законодательстве Европейского союза принято множество положений, связанных с правами и свободами, в виде международных стандартов, характер которых может быть определен в рамках концепции «гибкого права». Развернутая самостоятельная региональная система защиты прав человека в Европейском союзе основывается на Конвенции о защите прав человека и основных свобод, принятой в 1950 г., дополненной 11 протоколами, установившей международные стандарты гражданских и политических прав, и на принятой в Ницце 7 декабря 2000 г. Хартии основных прав Европейского союза. Содержание Хартии значительно более обширно, нежели традиционный Каталог основных прав. В него входят не только «классические» субъективные права, но и производные социальные права и обычные потребительские права. Считается, что Хартия основных прав могла бы привести к внутренней перестановке приоритетов между индивидуальным и коллективным началами. Значительным успехом в утверждении единого европейского понимания основных прав стал и Лиссабонский договор.

В зависимости от места конституционного суда в рамках воспринятой конституционной модели и от предоставленных ему в соответствии с основным законом полномочий определяются вид и охват защищаемых основных прав. Конституционное правосудие в Республике Болгарии относится к тем моделям (действующим во Франции, Италии, Португалии и др.), которые не предусматривают наличия института индивидуальной конституционной жалобы. Гражданам не предоставлена возможность обращаться непосредственно в Конституционный Суд в случаях, когда ущемлены их права, как это предусмотрено в абзаце 6 статьи 101 Конституции Республики Ар-

мении. Нарушенные права граждан могут быть защищены обращением в Конституционный Суд от имени публичных субъектов — не менее одной пятой части общего количества депутатов Парламента, Президента, Совета Министров, пленумов Верховного Кассационного Суда и Верховного Административного Суда, Генерального прокурора. Конституцией предусмотрены еще две возможности обращения в Конституционный Суд, полностью и единственно ориентированные на защиту прав граждан, урегулированные в абзацах 2 и 3 статьи 150. В рамках первой гипотезы составы Верховного Кассационного Суда и Верховного Административного Суда, устанавливающие несоответствие между законом и Конституцией, приостанавливают производство по делу и передают вопрос на рассмотрение в Конституционный Суд. Обращение с требованием об установлении несоответствия Конституции может быть единственно по поводу примененного в конкретном юридическом споре закона. Изменением Конституции в 2004 г. омбудсмену Республики Болгарии были предоставлены правомочия обращаться в Конституционный Суд с требованием об установлении несоответствия Конституции закона, которым нарушаются права и свободы граждан. Конституционный Суд Болгарии содействует соблюдению прав граждан путем выполнения своих полномочий и, прежде всего, путем нормоконтроля законов и обязывающего толкования основных прав, зафиксированных в Конституции.

Известно, что основные права допустимо ограничивать способом, позволяющим привести их в соответствие с общественным интересом, который выступает в качестве причины ограничения. Ограничение может быть введено в отношении большей их части, учитывая цели закона и соблюдая принцип пропорциональности (соразмерности). Этот принцип широко распространен и служит для четкого введения масштаба контроля над действиями публичной власти. Наряду с ним в качестве ведущего принципа воспринят и принцип защиты сущностного содержания основного права.

В Конституции Республики Болгарии принцип пропорциональности не оговорен особо, и это приводит к его развитию в зоне конституционного правосудия. В Основном Законе содержится абзац 2 статьи 57 с общей оговоркой о недопустимости отправления правосудия, если это приводит к ущемлению прав или законных интересов других. Конституция принимает во внимание тот факт, что отдельный гражданин не существует изолированно и что его права вступают в конкуренцию с правами других граждан, а все права осуществляются в рамках общего публичного порядка. В связи с этим ставится вопрос о пределах осуществления одного основного права и о границах допустимого его ограничения, а также о том, какое право пользуется приоритетом — основное право гражданина или общественный интерес?

Конституция исключает возможность ограничения некоторых основных прав. В отношении остальных Конституцией допускается временное ограничение на основании принятия закона их использования при наличии определенных условий, например введения военного или иного чрезвычайного положения. Общие и специальные допустимые ограничения основных прав чаще всего направлены на защиту общественного интереса. А этот интерес может быть связан с национальной безопасностью, с защитой суверенитета, территориальной целостности, единства нации, общественного порядка, морали, народного здоровья и пр. Общая ценность, во имя защиты которой Конституция допускает ограничение почти всех основных прав, состоит в правах и свободах остальных граждан.

Конституционный Суд многократно подчеркивал, что случаи ограничения основных прав в текстах различных законов должны основываться на достаточно серьезных и основательных причинах. При толковании положений Основного Закона в своей практике Суд принимает, что ограничение основных прав допустимо в целях охраны других, также конституционно защищаемых прав и интересов. Не допускается их ограничение законом на других основаниях, помимо предусмотренных в Конституции.

С момента создания Конституционного Суда в октябре 1991 г. до сегодняшнего дня оспорен ряд положений законов, связанных с основными правами. Как развивается практика болгарского Суда по делам о защите основных прав?

В начале 2001 г. в Законе об иностранцах в Республике Болгарии содержался запрет на обжалование приказов, на основании которых вводятся принудительные административные меры, непосредственно связанные с безопасностью страны. Требование об объявлении несоответствия Конвенции о защите прав человека и основных свобод отвергнуто, так как не получено большинства голосов. Согласно мнению одной группы судей национальная безопасность провозглашена основной ценностью и вряд ли существует другой случай, при котором было бы оправдано ограничение возможности судебного обжалования административных актов в большей степени, чем наличие непосредственной угрозы национальной безопасности, защита которой должна быть обеспечена в приоритетном порядке. В случае налицо конфликт интересов между личными защищенными Конституцией правами иностранцев и заботой о также защищенной Конституцией ценности — национальной безопасности, а Конвенция ставит общественные интересы выше личных прав. Другая группа судей разделяет понимание, что ведущим является принцип соразмерности введенных ограничений, требующий, чтобы применяемое средство защиты соответствующей ценности в общественном интересе в минимальной степени ограничивало право на защиту. Ограничение должно быть ра-

зумным и не превышающим размер, необходимый для достижения соответствующей легитимной цели. Примерно через два месяца после вынесения постановления Конституционного Суда оспариваемое положение отменено законодателем и вводимые в отношении иностранцев административные меры принудительного характера и в настоящий момент подлежат обжалованию в судебном порядке в административных судах.

Интересный пример связан с ограничением прав обвиняемого. В одном из последних своих постановлений Конституционный Суд отклонил запрос с требованием об установлении несоответствия Конституции и международным договорам, по которым Болгария является стороной, положения Закона об изменениях и дополнениях в Уголовно-процессуальный кодекс, согласно которым вводится институт «резервного защитника». Резервного защитника обвиняемого назначает прокурор или суд при соблюдении Закона о правовой помощи независимо от предоставления соответствующих полномочий основному защитнику в случаях, когда дело заведено по поводу совершения тяжкого преступления и назначение имеет исключительное значение для проведения уголовного производства в разумный срок. Суд принимает, что обвиняемый (подсудимый), несмотря на то, что он является и субъектом основных конституционных прав, ввиду целей уголовной репрессии вынужден претерпевать некоторые ограничения с применением метода баланса прав. Сделан вывод, что по своему замыслу новый институт обеспечивает развитие судебного производства в разумный срок и удовлетворяет единственно легитимные интересы общества, обвиняемого и потерпевшего. Принято, что право защиты не является абсолютным и при соблюдении принципа пропорциональности может в той или иной степени подвергаться ограничениям, если это необходимо для отправления правосудия. Современное отправление правосудия отвечает и общественному интересу, так как во многих случаях запоздалое правосудие может превратиться в фактический отказ от правосудия, и государство должно принять все меры по преодолению неоправданного замедления процесса.

В практике Конституционного Суда Болгарии последнего времени заслуживают внимание мотивы, приложенные к постановлению об отклонении требования установления несоответствия Конституции положений Закона об энергетике. В соответствии с ними потребители в поэтажной собственности, отсоединяющие отопительные приборы от системы центрального отопления в объектах своей недвижимости, продолжают оставаться потребителями тепловой энергии, поступающей в систему отопления здания и в отопительные приборы, установленные в частях общего пользования здания. Суд принимает, что потребители должны соблюдать условия, установленные

для всех в условиях действующего права, и это требование, выдвигаемое правовым государством. После того, как несколько собственников и носителей имущественного права самостоятельно ограничивают свои права потребителей, данные действия не должны препятствовать большинству совладельцев пользоваться всеобщее предлагаемой услугой теплоснабжения в своей недвижимости и целом здании.

В своей новейшей практике Конституционный суд обосновал соразмерное ограничение активного избирательного права. На проведенных по пропорциональной избирательной системе парламентских выборах суд объявил незаконным выбор трех депутатов. Суд принял, что не соответствуют закону состоявшиеся выборы в 23 избирательных участках в Республике Турции, в которых подано 18 350 действительных голосов, которые, однако, должны быть исключены из количества общей базы распределения голосов, на основе которой определяют результаты выборов. Исключение действительных голосов не является результатом опороченного вотума из-за невозможности установления характера выраженной избирателем воли в рамках законно проведенного голосования, а в связи с тем, что избирательные списки дополнительно записанных в день выборов лиц не подписан председателем и секретарем и не обладает доказательственной в отношении факта проведения голосования на избирательном участке этими лицами.

В заключении следует отметить, что в своей практике Конституционный суд отстаивает точку зрения, что введение законодателем определенных ограничений в случаях, когда этим не нарушается Конституция, является вопросом целесообразности и эффективной защиты общественного интереса.

SUMMARY

The European system of the protection of human rights and fundamental freedoms in the European Union is based on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms adopted in 1950 and amended by 11 Protocols, which have determined international standards for civil and political rights. Another significant legal document on which is based the European system of protection of human rights is the European Charter on Fundamental Rights of the European Union which was adopted on 7 December 2000. This charter provides not only classical subjective rights, but as well as secondary social rights. The Lisbon Treaty has also played a significant role in this difficult process.

Each sovereign state has its own unique constitutional system and each national constitution determines the mechanisms and remedies for protection of human rights and fundamental freedoms. The constitution and constitutional system of the Republic of Bulgaria, like the systems and constitution of France, Italy and Portugal, do not allow the citizens, in the case of violation of their fundamental rights and freedoms, to apply directly to the constitutional court, what is why there is no institute of individual constitutional complaint in the state.



СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ ГАРАНТИРОВАНИЯ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА НА КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ

ГАГИК АРУТЮНЯН

*Председатель Конституционного Суда
Республики Армения, доктор юридических наук, профессор*

Уважаемые участники Международной конференции!

Многоуважаемые гости!

Обсуждение института индивидуальной конституционной жалобы и современных европейских тенденций его развития имеет особую важность в нескольких аспектах:

во-первых, существующие в Европе подходы к этому вопросу значительно отличаются. Их условно можно разделить на три группы: а) наличие **полноценной** системы (Германия, Испания, Чехия, Словакия и др.); б) наличие **ограниченной** системы, включающей только рамки оценки конституционности нормы закона (Российская Федерация, Польша, Армения и др.); г) **полное отсутствие** этого института (Литва, Молдова и др.). Подобная ситуация диктует необходимость повестки раскрытия и оценки основных тенденций европейского развития в этой сфере и соответствие европейским правовым критериям принимаемых системных решений;

во-вторых, во многих европейских странах главным направлением дальнейшего повышения эффективности национальных систем правосудия является гарантирование верховенства права, внедрение действенных механизмов гарантирования, обеспечения и защиты прав человека. А это невозможно без надежного и полноценного обеспечения **права человека на конституционное правосудие**;

в-третьих, эффективность деятельности надгосударственных институтов защиты прав человека также во многом обусловлена дееспособностью национальных систем. Это в первую очередь касается Европейского суда по правам человека. Наличие эффективного института индивидуальной жалобы придает национальной системе конституционного правосудия существенно новое качество и во многом может способствовать уменьшению загруженности Европейского суда по правам человека, что в настоящее время становится сложнейшей и почти непреодолимой задачей.

Немаловажно также то обстоятельство, что посредством индивидуаль-

ной жалобы не только защищаются права конкретного лица, но и **человек становится действенным участником процессов конституционализации общественных отношений**, в определенном аспекте осуществляя свое право на непосредственное народовластие. Любая индивидуальная жалоба представляет также определенный общественный интерес.

Хотя институт индивидуальной конституционной жалобы имеет исключительное значение с точки зрения защиты прав и свобод человека, однако его роль в этой области может считаться действенной, а деятельность - эффективной исключительно в том случае, когда он полноценно внедрен и действует в рамках необходимых и достаточных функциональных, институциональных и процессуальных решений, способствующих эффективности этого института.

В этой связи уместно упомянуть некоторые оценки относительно полноценной конституционной жалобы.

По свидетельству судьи Конституционного Суда Испании Родригеса-Запаты Переса, каждый желающий обратиться в Страсбургский суд должен обратиться в Конституционный Суд Испании, предоставляющий такую правовую защиту, которая предотвращает вероятность продолжения спора в Страсбурге. Конституционный Суд, который следит за судебной практикой Страсбурга, отменяет внутрисударственные судебные решения, противоречащие этой практике, и предотвращает продолжение спора в Страсбурге.

Бывший Председатель Федерального Конституционного Суда Германии Ханс-Юрген Папиер во время своего официального визита в Армению следующим образом оценил важность учрежденного в Германии института индивидуальной жалобы с точки зрения содействия механизму защиты прав человека в Европейском суде. После решения Конституционного Суда по делу Горгулу в Германии стало возможным оспаривание на основании индивидуальной жалобы также нарушения конвенционного права... Результатом этой новой практики, по мере возможности, станет то, что Федеральный Конституционный Суд в будущем чаще будет сталкиваться с вопросами, касающимися Конвенции и решений Европейского суда. В результате всего этого существенно выросло влияние Конвенции в сравнении с предыдущей практикой.

Заслуживает внимания также мнение судьи Европейского Суда по правам человека Зубанчича, согласно которому "...имеющее Конституционный Суд государство, хорошо знакомое с прецедентным правом Европейского суда, менее уязвимо в плане оказаться в роли государства-правонарушителя, особенно если Конституция предусматривает институт индивидуальной конституционной жалобы. Институты индивидуальной конституционной жалобы, каковыми являются применяемые в Испании и Германии институты, предоставляют конституционным судам возможность рассматривать жалобы относительно прав человека до тех пор, пока они не дошли до Европейского суда. Одновре-

менно подобные конституционные развития постоянно гармонизируются с практикой Европейского суда. Иными словами, существование конституционной жалобы в правовой системе государства ... является наилучшим средством взаимодействия, взаимовлияния внутригосударственного конституционного права и права Европейского суда"¹.

Без колебания можем обобщить, что государства, в которых действует полноценный институт конституционной жалобы, имеют особое преимущество в вопросе гарантирования верховенства права, так как рассмотрение подобных жалоб позволяет контролировать на практике все аспекты системы гарантирования, обеспечения и защиты прав человека. Так обеспечивается и гарантируется прямое действие конституционных прав.

В чем заключаются основные вызовы функционирования полноценной и целостной системы индивидуальной конституционной жалобы? По нашему мнению, они касаются как конституционных, так и законодательных решений и относятся к:

- 1) гарантированию права человека на конституционное правосудие посредством института конституционной жалобы;
- 2) гарантированию конституционного контроля всей правовой системы посредством этого института;
- 3) повышению эффективности процедур конституционного судопроизводства по индивидуальным жалобам;
- 4) гарантированию полноценного и целостного исполнения решений конституционных судов на основании обращений граждан.

Первый императив предполагает, что в условиях полного отсутствия или неполноценности института конституционной жалобы возникает противоречие между конституционной функцией и полномочиями Конституционного Суда. Конституционные суды призваны обеспечивать верховенство и прямое действие Конституции. Закрепленные Конституцией основные права и свободы человека признаются непосредственно действующим правом. Без гарантирования прямого действия этих прав невозможно гарантировать верховенство Конституции. Именно исходя из этой необходимости все больше стран пытаются внедрить институт индивидуальной конституционной жалобы, и последний серьезный шаг, как известно, был сделан во Франции.

Наилучшим свидетельством сказанного может быть также опыт нашей страны. До внедрения института индивидуальной конституционной жалобы, до 2006 года, Конституционный Суд РА за 10 лет рассмотрел всего 8 дел по вопросам конституционности нормы закона. В течение 2006 года и после этого Суд почти каждые два месяца рассматривает такое же количество дел подобного характера. Причем только после 2008 года по 30 делам положения законов были признаны противоре-

¹ Judge zupancic /missions/ Relationship between constitutional law and the law of ECHR Bostjan M. Zupancic. Constitutional law and the jurisprudence of the European court of human rights.doc

чащими Конституции и недействительными. Фактически сложилась качественно новая ситуация.

Мы глубоко уверены, что становление правового государства невозможно без полноценного гарантирования права человека на конституционное правосудие, без активного участия человека и гражданина в конституционализации общественных отношений. В этом плане укоренение полноценного института индивидуальной конституционной жалобы не имеет альтернативы, и без него система судебного конституционного контроля неполноценна, так как она не может в полной мере реализовать свою основную функцию обеспечения верховенства Конституции.

Второй императив касается того, что правовой акт, принятый любым конституционным институтом, любое действие или бездействие, попирающее права человека, на основании индивидуальной конституционной жалобы должно стать объектом конституционного контроля. В основном именно этим отличаются модели Германии и Испании, а также ряда других стран, которые представляются как полноценные системы.

В первую очередь необходимо закрепить целостный подход к тем правовым актам, относительно конституционности которых граждане могут обращаться в Конституционный Суд. Конституционное правосудие не может быть полноценным, если индивидуальные обращения ограничиваются только рамками конституционности положения закона. В частности, европейские развития последних десятилетий и опыт Федерального Конституционного Суда Германии свидетельствуют, что гарантирование прямого действия конституционных прав невозможно, если все правовые акты не становятся объектом судебного конституционного контроля. Именно Конституционные Суды Германии, Испании и ряда других стран в рамках конституционного правосудия успешно сопоставили лежащую в основе американской модели идею защиты основных прав и свобод человека и гражданина и кельзенскую модель конституционного правосудия.

Заслуживает внимания и то, что в Федеральный Конституционный Суд Германии можно представить индивидуальную жалобу также против решений суда, что является важным залогом эффективности упомянутой системы. В том случае, когда жалоба против решения подтверждается, Федеральный Конституционный Суд признает недействительным решение соответствующего суда и при исчерпании всех средств правовой защиты возвращает дело в компетентный суд².

² В связи с этим отметим, что решения судов являются объектом конституционного контроля также в ряде других стран. В частности, согласно части 5 статьи 130 Конституции Азербайджанской Республики в установленном законом порядке каждый может обжаловать в Конституционный Суд Азербайджанской Республики нормативные акты органов законодательной и исполнительной власти, органов местного самоуправления, **судебные акты**, нарушающие его права и свободы. А в соответствии с частью 1 статьи 89 Конституции Грузии Конституционный Суд Грузии на основании заявлений граждан решает вопросы в связи с конституционностью **нормативных актов** (которые могут выступать также в виде решений судов), регулирующих вопросы, предусмотренные второй главой Конституции Грузии.

Кроме того, по нашему мнению, одной из важных гарантий эффективности деятельности Федерального Конституционного Суда Германии также является регулирование, закрепленное статьей 90(1) Закона о Федеральном Конституционном Суде Германии, согласно которому каждый, кто утверждает, что одно из его основных прав или **одно из прав, закрепленных статьями 20(4), 33, 38, 101, 103 и 104, было нарушено государственной властью, может подать конституционную жалобу**. Следовательно, если лицо находит, что государственная власть нарушила одно из его основных прав, оно может обратиться в Конституционный Суд в связи с **любым действием** государственной власти. Отсутствие подобного решения могло стать серьезным препятствием для осуществления того основополагающего положения статьи один Основного Закона, согласно которому закрепленные в нем основные права являются непосредственно действующими правами. Конституции ряда других стран также закрепили этот принцип, акцентируя, что власть ограничена этими правами как непосредственно действующим правом. Конституционный Суд, как было указано, не может гарантировать верховенство Конституции, если не гарантирует непосредственное действие прав. А осуществить это только путем оценки конституционности правовых актов невозможно. Параллельно конституционализации общественных отношений более важными становятся также вопросы конституционности действий или бездействия всех властных институтов.

Считаем необходимым также добавить, что в Германии посредством конституционной жалобы проверяется конституционность законов не только в том случае, когда жалоба представлена против конкретного закона, но и в том случае, когда жалоба представляется против какого-либо **административного или судебного решения**, в котором, по мнению заявителя, применен не соответствующий Конституции закон. В этом аспекте статья 95(3) Закона о Федеральном Конституционном Суде Германии предусматривает, что в том случае, когда в основе признанного недействительным решения лежит не соответствующий Конституции закон, он признается утратившим силу³.

Учитывая представленные обстоятельства, считаем, что конституционное правосудие может действовать более целостно и с точки зрения защиты прав человека более эффективно в том случае, когда его объектом являются также как **решения судов, так и действия и бездействие конституционных институтов**.

³ Кроме этого, считаем необходимым упомянуть положение Закона о Федеральном Конституционном Суде Германии, согласно которому в соответствии с положениями Уголовно-процессуального кодекса новое судопроизводство надо начинать в связи с окончательным обвинительным приговором, который основан на толковании закона, признанного не соответствующим Основному Закону и недействительным, либо закона, признанного не соответствующим Основному Закону. В иных случаях окончательные решения, основанные на признанном недействительном законе, остаются без изменений. Такие решения не могут быть осуществлены.

Отдельного внимания заслуживают **императивы третьей группы**. В разных странах повышение эффективности процедур конституционного судопроизводства предполагает различные решения. Это касается как внедрения эффективной системы фильтров при приеме индивидуальных заявлений, процесса подготовки дела к судебному разбирательству, рассмотрения дела по письменной или устной процедуре, так и процесса судебного разбирательства и требований, предъявляемых законом принимаемому Конституционным Судом решению.

Здесь главный вопрос заключается в том, насколько решение Конституционного Суда направлено на будущее (относится к объективному праву) и насколько оно гарантирует восстановление нарушенного конституционного права (решает вопросы субъективного права).

Опыт Конституционного Суда РА свидетельствует, что заслуживают внимания и имеют весьма важное значение также такие вопросы, как четкое законодательное регламентирование отсрочки постановлений Конституционного Суда, и вопросы, связанные с их обратным действием. В этом аспекте, в частности, заслуживают внимания правовые регулирования статьи 68 Закона РА "О Конституционном Суде".

Мы глубоко убеждены также, что когда вопрос конституционности нормативного акта становится предметом рассмотрения в рамках конкретного контроля и норма признается антиконституционной, то лишь вновь открывшиеся обстоятельства не могут гарантировать полноценную защиту прав. Конституционный Суд должен быть наделен компетенцией решения вопроса о материальной компенсации за нарушение права. Этот вопрос должен решаться по той логике, по которой решаются вопросы, касающиеся обращений в Страсбургский суд в случае нарушения конвенционных прав.

Решения Конституционного Суда должны занимать такое место в системе правовых актов, которое даст им возможность более эффективно осуществлять защиту конституционного строя и прав человека. В частности, они не должны иметь юридическую силу ниже юридической силы законов. Например, решения Федерального Конституционного Суда Германии (те, которые касаются конституционности правовых актов, в частности, также в тех случаях, когда в результате индивидуальной жалобы закон признан соответствующим или не соответствующим Основному Закону либо недействительным) имеют силу закона⁴. В то же время согласно статье 35 того же Закона Федеральный Конституционный Суд в своем решении может указать, кем оно должно быть исполнено, а в отдельных случаях может также указать методы осуществления.

В аспекте вышеизложенного считаем необходимым также упомянуть о регулировании, касающемся юридической силы постановле-

⁴ Ст. 31(2) Закона о Федеральном Конституционном Суде Германии

ний Конституционного Суда РА. Согласно части 2 статьи 9 Закона Республики Армения "О правовых актах" законы должны соответствовать Конституции и не должны противоречить постановлениям Конституционного Суда РА. Такие положения предусмотрены также в связи с иными правовыми актами, что означает, что по законодательству РА постановления Конституционного Суда имеют более высокую юридическую силу, чем законы. Однако при наличии подобной нормы не преодолено противоречие между правовыми последствиями постановления Конституционного Суда и правовыми последствиями принятого закона относительно признания положения закона утратившим силу. В практике конституционного правосудия РА имеются случаи, когда Конституционный Суд признал норму закона противоречащей Конституции и недействительной, а через год Национальное Собрание изменением закона приняло положение об утрате силы той же нормы. Создается впечатление, что недействительная норма оставалась в силе. Подобная законодательная путаница имеет аналогичные последствия в правоприменительной практике, что не соответствует основополагающим принципам правового государства.

В некоторых странах законодательством регулируются также особенности исполнения решений Конституционного Суда. Например, статья 80 Закона РФ "О Конституционном Суде" закрепляет обязанности государственных органов и должностных лиц по приведению в соответствие с Конституцией РФ законов и иных нормативных правовых актов, в связи с которыми вынесены решения Конституционного Суда РФ. В частности, регулируя также сроки принятия или представления проектов соответствующих правовых актов, органы, исполняющие эту обязанность, и иные особенности вышеуказанного вопроса. Считаем, что с точки зрения эффективности конституционного правосудия целесообразно более детально закрепить законодательное регулирование в связи с особенностями исполнения решений Конституционного Суда. Примером этого может служить также вышеуказанное регулирование в Законе РФ "О Конституционном Суде".

Считаем целесообразным обратить внимание на такую ситуацию, когда в рамках нормативной конституционной жалобы Конституционный Суд не имеет возможности обратиться к конституционности индивидуального акта, принятого на основании этой нормы. Указанная проблема приобретает более важное значение, когда нарушение конституционного права заявителя обусловлено конституционностью не оспариваемого нормативного акта, а принятого на его основании индивидуального акта.

Заслуживает внимания то обстоятельство, что когда Конституционный Суд признает оспариваемую норму соответствующей Конституции в конкретном толковании, это способствует соблюдению данного нор-

мативного акта, однако это неэффективно, если суды общей юрисдикции и административные суды не следуют этому толкованию.

Считаем, что целесообразно законодательно предусмотреть определенные правовые меры, которые позволят обеспечить эффективность применения указанной концепции. В частности, решению этой задачи может способствовать закрепление на законодательном уровне требования о том, что суды общей юрисдикции должны руководствоваться правовыми позициями Конституционного Суда.

С точки зрения защиты и восстановления прав конкретного заявителя возникает также вопрос необходимости пересмотра на основании решения Конституционного Суда судебного акта, вынесенного в отношении данного заявителя, с применением вышеупомянутого подхода. Как правило, решение Конституционного Суда является основанием пересмотра вынесенного в отношении заявителя судебного акта в случае, когда данная норма была признана противоречащей Конституции. Следовательно, эффективность вышеупомянутого подхода с точки зрения защиты прав конкретного заявителя может быть обеспечена тогда, когда вынесенный в отношении данного заявителя судебный акт будет пересмотрен также в том случае, когда норма хоть и была признана соответствующей Конституции, тем не менее была применена в отношении заявителя не в том толковании, в рамках которого Конституционный Суд признал данную норму соответствующей Конституции. В настоящее время конституционные суды ряда стран, например, Германии, Латвии, Армении и др. сформировали также такую практику, когда норма правового акта признается конституционной в рамках правовых позиций, выраженных Конституционным Судом в данном решении. *То есть, если Конституционный Суд признает норму конституционной в рамках правовых позиций, выраженных им в данном решении, то это решение должно стать основанием для новых обстоятельств и предоставить возможность пересмотра дела в рамках этих позиций.*

Для повышения эффективности института новых обстоятельств многое необходимо сделать, особенно в странах молодой демократии. Решение Конституционного Суда приобретает значение для конкретного заявителя лишь постольку, поскольку появляется новое обстоятельство для пересмотра его дела. На практике констатируются курьезные ситуации, когда в результате такого пересмотра, как правило, судебный акт переизлагается почти одинаково, но без статьи, которая была признана противоречащей Конституции и недействительной. Естественно, в таких условиях возникает ряд вопросов. В частности, что означает применение судом нормы закона; как суды понимают и реализуют тот основной принцип правового государства, согласно которому конституционные права человека действуют непосредственно; что означает пересмотр судебного акта и т. д.? Судебная практика сви-

детельствует, что эти вопросы должны стать предметом более четкого правового регулирования.

Исходным, на наш взгляд, нужно считать, что институт индивидуальной жалобы может быть эффективным исключительно в том случае, когда он предоставляет возможность полноценного обеспечения защиты прав человека. Следовательно, общая позиция государств по вышеуказанному вопросу должна быть целенаправлена на **укрепление системы эффективного пересмотра судебных актов** на основе соответствующих решений Конституционного Суда.

Благодарю за внимание.

SUMMARY

The phenomenon of Constitution is of cornerstone importance in the historical destiny of our nation. The founder of the Armenian history Movses Khorenatsi connected the canonical constitution, adopted by in 365 in Ashtishat by the National-Religious Assembly, with the establishment of mercy and overcoming brutality in Armenia.

In Armenian reality the legal regulation has never been an end in itself; it has not been cut off from our social life and there was the imperative to convert it, even in the conditions of the loss of statehood. Law and right have been of vital importance in issue of our existence and preservation of identity. The monuments of the Armenian Law of pre-Christian and post-Christian periods, the canonical constitutions adopted by the national-ecclesiastical assemblies, Armenian Code of Hovhanness Odznetsi, the Codes of Law of Armenian communities, introductions to the Code of Law of Mkhitar Gosh and the Shahamiryans' 'The Vanity Trap' which, in particular, are presented as complete legal theories.

A new logics of formation of social-public life was developed, the focus of which was the significance of right and limitation of power. In 1773 Hakob and Shahamir Shahamiryans named the Constitution written for the future independent Armenia as 'The Vanity Trap' which summarized the entire meaning and logic of the constitutional regulations.

Nourished by sources of the constitutional legal mentality, the liberal-legal developments gradually revived the genius summarization, which was already known in the Middle Ages and according to which that if human life laws derive from natural right and natural laws, they are not laws, but their perversion. **For the western civilizations, the realization of reasonable democratic potential of the society became the main and permanent guarantee of progress on the ideological background.**

Only during the recent two and half years, the Constitutional Court of the Republic of Armenia on the basis of extensive legal positions has adopted decisions on more than 160 cases, which is more than the Russian Federation, Georgia, Azerbaijan, Latvia, Lithuania and Moldova together. In addition, in 29 cases the challenged provisions of the law have been recognized as contradicting and invalid, which unprecedented according to the international standards. The Constitutional Court presented the comprehensive analysis of such a situation, both from the positive and negative aspects in its annual reports of last two years.

The Constitutional system of diagnosis and control needs future development in our reality. The last constitutional developments are only half a step in this direction. The decade practice of the Federal Republic of Germany and many other Western European countries shows that in this system the gaps are incompatible with the fundamental principles of establishment of the state.

General warranty of ensuring the rule of Constitution, direct implementation of the constitutional human rights and further increasing of the constitutional review are the dynamic harmony of the chain of function - institute – power.



DIDIER MAUS*Membre du Tribunal constitutionnel d'Andorre**Conseiller d'État (France)*

Compte tenu à la fois du thème de la conférence et de l'actualité, ma communication sera divisée en deux courtes parties, la première évoquant spécifiquement la situation d'Andorre, la seconde faisant état des premiers éléments relatifs à l'introduction en France d'un contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois.

I – La situation en Andorre

La Constitution d'Andorre de 1993 qualifie la Constitution de «norme suprême» et spécifie que les conventions internationales font partie de l'ordre juridique andorran, mais ne bénéficient pas de la suprématie accordée à la Constitution. Il s'agit donc d'une situation classique où les conventions internationales, y compris la Convention européenne des droits de l'homme, à condition qu'elles aient franchi les étapes de la ratification et de la publication, font partie de l'ordre juridique interne.

La Constitution d'Andorre ne spécifie pas si ces conventions ont simplement une valeur législative ou une valeur supra législative. La jurisprudence n'a pas véritablement tranché entre ces deux hypothèses.

Il existe de très nombreuses décisions du Tribunal constitutionnel qui font référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence constante du tribunal, réaffirmée encore en septembre 2010, est simple:

- 1) La Convention européenne des droits de l'homme n'a pas valeur constitutionnelle et l'appréciation de la compatibilité entre la loi andorrane et la convention appartient aux tribunaux ordinaires, situation qui est celle de beaucoup de pays voisins de la Principauté (France, Espagne, ...).
- 2) Le Tribunal constitutionnel peut s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment lorsque les articles de la Constitution d'Andorre et ceux de la Convention présentent de grandes similitudes, ce qui est par exemple le cas pour les règles relatives au procès équitable, d'un côté, l'article 10 de la Constitution d'Andorre, de l'autre l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le Tribunal constitutionnel n'hésite pas à s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg lorsqu'il estime, d'une part, que les règles de base sont très proches, d'autre part, qu'il n'y a pas d'obstacle à transposer la jurisprudence européenne à la situation andorrane.

Parmi de multiples exemples, on peut citer la notion de délai raisonnable. Le Tribunal constitutionnel d'Andorre a jugé, comme la Cour européenne des droits de l'homme, que, lorsqu'il existe des blocages à l'ouverture d'une procédure, il n'est évidemment pas possible d'attendre l'épuisement de toutes les voies de recours pour mettre en cause la durée non raisonnable d'un procès.

3) Dans une décision très récente du 7 septembre 2010 sur le rôle des avocats dans la procédure de garde à vue, le Tribunal constitutionnel d'Andorre s'est également inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en faisant remonter les garanties de la défense prévue par l'article 10 de la Constitution d'Andorre au début de la garde à vue alors que les dispositions du code de procédure pénale en vigueur interdisaient l'intervention d'un avocat pendant les vingt-quatre premières heures.

Dans toutes ces décisions, le Tribunal constitutionnel a pris soin, quelle que soit la manière dont il est saisi, de bien réaffirmer la grande valeur d'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais l'obligation de juger en Andorre par rapport à la Constitution andorrane, c'est-à-dire la norme suprême de l'ordre juridique de la Principauté.

II – La France

Il s'agit ici de présenter simplement quelques réflexions sur le premier bilan de la question prioritaire de constitutionnalité, c'est-à-dire la possibilité pour le justiciable de critiquer la conformité d'une disposition législative à la Constitution. Cette procédure a été introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et est effective depuis le 1er mars 2010.

Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, cette nouvelle procédure dont le succès est indéniable suscite trois observations:

1) La création de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité découle, qu'on le veuille ou non, de l'importance croissante de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière de droits fondamentaux. Il a été clairement indiqué lors des débats parlementaires de 2008 qu'il paraissait préférable d'instaurer une procédure de contrôle de constitutionnalité a posteriori que de laisser se développer indéfiniment la procédure de contrôle de conventionalité de la loi, que celui-ci soit effectué par les tribunaux français ou par la Cour européenne des droits de l'homme. Il a été fortement souligné que l'introduc-

tion d'une procédure nationale de contrôle a priori n'empêchait absolument pas le juge national ou la Cour européenne des droits de l'homme d'apprécier la compatibilité avec la convention.

2) La jurisprudence du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 sur la garde à vue témoigne de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sans le reconnaître explicitement, le Conseil constitutionnel a repris la jurisprudence de la cour de Strasbourg concernant la nécessité pour une personne gardée à vue de bénéficier le plus vite possible de l'assistance d'un avocat. Il a été jugé que les dispositions françaises ne permettaient pas de concilier de manière satisfaisante les exigences de l'ordre public et les libertés individuelles.

3) Une série de décisions initiée par la Cour de cassation et poursuivie par un dialogue efficace des juges entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de justice de l'Union européenne et, en fin de parcours, de nouveau la Cour de cassation, a permis de mieux préciser l'articulation entre la question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. Dans le prolongement de sa jurisprudence traditionnelle, le Conseil constitutionnel a jugé le 12 mai 2010 que le contrôle de constitutionnalité n'incorporait pas l'examen de la disposition législative par rapport au droit de l'Union européenne. Pour sa part, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé le 22 juin 2010 que les procédures incidentes de contrôle de constitutionnalité n'étaient pas contraires au droit de l'Union européenne, à condition, d'une part, de maintenir la primauté du droit européen et, d'autre part, que ces procédures n'empêchent pas, ni en cas d'urgence, ni dans le cours du procès, d'utiliser les procédures européennes pertinentes, notamment le recours à la question préjudicielle.

Il en découle qu'une loi est déclarée conforme à la Constitution peut parfaitement être jugée à travers la procédure adéquate comme ne respectant pas certains paramètres de la Convention européenne des droits de l'homme.

Au total, aussi bien en Andorre qu'en France, le juge constitutionnel est de plus en plus amené à prendre en considération la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est même possible d'affirmer que cette jurisprudence encadre, dans les cas significatifs, les décisions des cours nationales.

РЕЗЮМЕ

Конституция Андорры 1993 года закрепляет Конституцию как "высшую норму" и устанавливает, что международные договоры являются частью правовой системы Андорры, но не превалируют над Конституцией. Следовательно, речь идет о классической ситуации, когда международные договоры, в том числе Европейская конвенция о правах человека, при условии преодоления этапов ратификации и опубликования, являются частью правовой системы страны.

Конституционный Суд не пренебрегает юриспруденцией Европейского суда, когда считает, что нет препятствий для применения европейского прецедента.

Среди многочисленных примеров можем привести понятие разумного срока. Конституционный Суд Андорры, как и Европейский суд по правам человека, считает, что при наличии препятствий для принятия дела к рассмотрению невозможно исчерпать все средства обжалования в разумный срок.

Во всех своих решениях Конституционный Суд в той или иной мере отмечает не только влияние практики Европейского суда по правам человека, но и обязанность осуществления судопроизводства в соответствии с Конституцией Андорры.

Как в Андорре, так и во Франции конституционный судья все чаще принимает во внимание практику Европейского суда по правам человека. И даже можно говорить о том, что эта практика в значительных случаях влияет на решения национальных судов.



CONSTITUTIONAL JUDICIARY PROTECTION OF FREEDOMS AND RIGHTS OF THE INDIVIDUAL AND CITIZEN IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

TRENDAFIL IVANOVSKI

*President of the Constitutional Court
of the Republic of Macedonia*

I. FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS OF THE INDIVIDUAL AND CITIZEN IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Fundamental freedoms and rights of the individual and citizen, recognized in international law and defined by the Constitution, are the first basic value of the constitutional order of the Republic of Macedonia defined by the 1991 Constitution.

Of the nine chapters of the Constitution, Chapter II is dedicated to fundamental freedoms and rights of the individual and citizen by means of establishing civil and political freedoms and rights (Articles 9-29); economic, social and cultural rights (Articles 30-49); guarantees of basic freedoms and rights (Articles 50-54); and foundations of economic relations (Articles 55-60).

Fifty-two out of the total of 134 articles in the Constitution govern this matter most directly, while indirectly freedoms and rights are the subject of concern in the same number of constitutional provisions.

II. CONSTITUTIONAL FORMS OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS

Concern for the protection of fundamental freedoms and rights is an obligation of all institutions in the system of organization of state powers (the Assembly, President of the Republic, Government, bodies of state administration, and notably the judiciary – being the basic form of protection of all freedoms and rights). In addition to them, the Constitution of the Republic of Macedonia sets down the Ombudsman, who protects the constitutional and legal rights of citizens that have been violated by the bodies of state administration and by other bodies and organizations having public mandates (Article 77, Amendment X to the Constitution), the Standing Survey Commission for the Protection of Freedoms and Rights of the citizens set up by the Assembly (Article 76 of the Constitution), and,

certainly, the Constitutional Court of the Republic of Macedonia (Article 110 line 3 of the Constitution) as the bodies charged with the protection of human freedoms and rights.

III. THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

In the realisation of the constitutional court protection in the period since the adoption of the 1991 Constitution, the Constitutional Court has been contributing to a great extent to the affirmation and realisation of the fundamental principles on which the constitutional order of the Republic of Macedonia rests.

The Constitution of the Republic of Macedonia defines the Constitutional Court as a body of the Republic protecting the constitutionality and legality. The Constitutional Court of the Republic of Macedonia protects the constitutionality and legality first of all by performing its basic function – control of the constitutionality and legality, that is, decision-making on the accordance of laws and other sub-legal acts with the Constitution, that is, law. The abstract control of norms is the chief preoccupation in the work of the Court.

In addition to this, the Constitutional Court is also competent for the direct protection of the freedoms and rights of the citizen. Namely, under the Constitution, the Constitutional Court protects the freedoms and rights of the individual and citizen relating to the freedom of belief, conscience, thought and public expression of thought, political association and activity and prohibition of discrimination against citizens on grounds of sex, race, religious, national, social and political belonging. Unlike other countries which envisage constitutional-court protection of all freedoms and rights guaranteed by the Constitution, the Constitution of the Republic of Macedonia is restrictive, that is, it specifically sets forth those freedoms and rights the protection of which is within the competence of the Constitutional Court. From what has been noted above, it arises that the Constitutional Court protects only certain personal and political freedoms and rights, while it is not competent to protect social-economic and cultural rights.

Unlike the abstract normative control, the subject of evaluation within the frameworks of this competent is the individual acts and actions of the bodies of public authority which the citizen considers to be violating some of his constitutional rights noted.

The procedure for the protection of freedoms and rights of the individual and citizen is initiated upon a request by anyone who believes to have had some of the freedoms and rights noted violated by a final or effective act or action. A natural person, an individual citizen or a group of individuals only may be submitters of the initiative, and not legal entities, and it may be submitted in person or through a proxy – an attorney at law.

Apart from the directness of the request for the protection of the rights violated by an individual act or action, another characteristic is that the subject-matter of challenge is a final or effective individual act or action (for instance, individual administrative act or court decision). It means that only individual acts deciding on certain rights and legal interests of certain people may be contested in this procedure before the Court, not general acts (laws or sub-legal acts and regulations). Thereby, It is required that the individual act against which the request is made be final that is effective.

The request for the protection of freedoms and rights should be made in the appropriate form, that is, it should define the act or action violating the freedoms and rights, the facts and evidence thereof, the reasons for which protection is requested, and other relevant data. If the request submitted is incomplete and the defects are not removed, it shall be considered that the request was not submitted, for which the Court does not pass a resolution, but that fact is only registered on the petition request and the submitter is informed thereof.

Also, the request should be submitted within certain time limit – 2 months from the date a final or effective individual act was served, that is, from the date it was learned about the taking of an action with which the violation had been made, but no later than 5 years from the date of its taking. Since these time limits are preclusive, in case of failure to observe them the Court dismisses the request with a formal resolution, on grounds of lack of process presuppositions for decision-making of the Court.

The Constitutional Court decides on the protection of the freedoms and rights, as a rule, on the basis of a held public debate, and the submitter of the act and the adopter of the act, and the Ombudsman, are obligatorily summoned to attend it. For the purposes of protecting freedoms and rights, the Court may annul the individual act, prohibit the action with which the violated was made, or reject the request. This procedure is based on the principles of priority and urgency.

Irrespective of the fact that the introduction of this competence in the 1991 Constitution is a significant novelty in the tradition of constitutional justice in the Republic of Macedonia, its limitation to a small number of freedoms and rights diminishes the more relevant engagement of the Court in the direct protection of other freedoms and rights as well. The framework of the reform in the justice system was not defined yet and there was a danger for the Constitutional Court to turn into a regular court, whereby it would interfere into the work of the regular judiciary and create court dichotomy.

With the further building of the competence of the Ombudsman by amendments and with the setup, that is, establishment of the Administrative Court, and with certain interventions in the competence of the Supreme Court (introduction of a remedy for the protection of the right of a fair trial

and within a reasonable time), some of the problems in the protection of the freedoms and rights of the individual and citizen have been overcome. This problem continues to be relevant.

Viewed through figures, in the entire period from the introduction of the competence of the Constitutional Court for the protection of the freedoms and rights to 1 September 2010, a total of 159 requests for the protection of freedoms and rights were submitted to the Court, which means an average of about 10 requests per year. Most of the requests submitted referred to the prohibition of discrimination, freedom of belief, conscience, thought and public expression of thought, as well as freedom of political association and activity.

The Court granted 26 requests, dismissed 120 (owing to the lack of process-legal presuppositions for decision-making), and 12 of the cases were concluded administratively. In only one of the cases, which was this year, did the Court find a violation of the constitutionally guaranteed right to political activity due to the non-acceptance of the nomination for a mayor in local elections, whereby the Court annulled the final resolution of the electoral commission, in addition to finding a violation of this right. In the cases when the Court rejects a request for the protection of freedoms and rights, the Court engages in a meritorious consideration of the case and failing to find a violation of the constitutionally guaranteed freedom or right it rejects the request, while in cases of dismissing a request the Court does not engage in meritorious debate but dismisses the request owing to lack of process presuppositions (for instance, the request refers to freedoms and rights which are not envisaged to be protected by the Constitutional Court, or the request inquires the Constitutional Court to act as an instance court with regard to regular judiciary, for which it is not competent, or the request was submitted following the expiration of the time limit set for submitting a request, etc.).

From what has been noted it may be concluded that there are a number of factors having a restrictive impact on the role of the Constitutional Court in the direct protection of citizens' freedoms and rights: first the limited competence for the protection of some, and not all constitutionally guaranteed rights, then the very nature of the rights protected by the Constitutional Court – namely this concerns the protection of certain personal and political rights, while in practice most of the submitted requests for the protection of freedoms and rights refer to the protection of rights in the field of working relations or social insurance, which means economic and social rights for which the Constitutional Court does not have any competence whatsoever. Moreover, the request for the individual act become effective and final, the time limit for submitting the request, the lack of definition of the scope of an action as a reason to act, the impossibility for the Constitutional Court to be an instance court with regard to the decision of regular courts, are also factors having a restrictive influence

on the competence of the Constitutional Court in view of the direct protection of citizens' freedoms and rights. Seeking a way to affirm the role of the Constitutional Court in the protection of the freedoms and rights, and confronting with some of the difficulties noted, most often the Court has transformed the request for protection of some freedom and right into the abstract control of constitutionality and legality, and consequently there have been a host of interventions in the laws (which have been appraised and declared unconstitutional), and the reason has been a request for the protection of freedoms and rights.

It may be said that the abstract control of the constitutionality and legality, that is, the constitutionality and legality of other regulations and collective agreements is predominant in the work of the Constitutional Court. This competence (given the total number of cases) absorbs the other competences to a greater extent and is the real indicator of the implementation of the Constitution in the work of the Court.

Through the traditional form of action popularis, this control appears as a matter of public concern, although most often the real individual interest of the citizens or other subjects is contained in these initiatives.

Thus the abstract control is a means to realise an indirect protection of human freedoms and rights which compensates the restricting competence of the Court in the direct effectuation of this protection.

IV. IMPLEMENTATION OF THE LEGAL POSITIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

When it comes to the question for the implementation of the European Convention on Human Rights, that is, the legal positions of the European Court of Human Rights in the work of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, we find it necessary to point out that the European Convention, as the other international agreements ratified by the Republic of Macedonia, are an integral part of the domestic legal order. On the other hand, the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, pursuant to the Constitution, appraises the accordance of the laws and other regulations and general acts with the Constitution and laws, but has no competence to appraise the same with regard to the European Convention or other international agreements on human rights. That means that the Constitutional Court is normatively-legally restricted to base its decisions on the constitutionality and legality solely on provisions contained in the European Convention. However, given that some rights in the Convention are also guaranteed in the Constitution of the Republic of Macedonia, the Constitutional Court's practice is to find in the reasoning of its decisions that the contested law, that is, sub-legal act is in accordance or not with the European Convention as well, in addition to the Constitution of the Republic of Macedonia. Accordingly, the Court regularly follows and stud-

ies the legal positions of the European Court of Human Rights and they are used as an additional and stronger argument for the constitutionality, that is, legality of the acts that is the subject of appraisal before the Court, and the Court increasingly cites the same directly in the reasoning of certain more relevant decisions, that is, important issues (for instance, the right to a trial within a reasonable time, freedom of peaceful gathering, right to association, life imprisonment, etc.).

Pursuant to the rule of exhaustion of all remedies at national level prior to filing an application before the European Court of Human Rights, logically it arises that the citizen must request protection also before the Constitutional Court for those freedoms and rights for the protection of which the Constitutional Court is competent, whose decision in final.

* * *

We see the perspectives of constitutional court protection, and in that sense also the contribution of the Constitutional Court to the protection of basic human rights and freedoms, as in many other fields of social life, in the association into the European family. On the road to the realisation of this objective what is required is information, sharing of experience and knowledge. A higher level of organisation is required as well as definition and corresponding codification and concrete establishment of the legal order in a new enlarged Europe, in which we shall have our share of responsibility for its development in general and in particular for the development and enrichment of the European systematic values as political identity of that system, to which the Republic of Macedonia aims.

РЕЗЮМЕ

Основные права и свободы человека являются первым и одним из главных элементов конституционного порядка в Республике Македония. Они были закреплены в Конституции Республики Македония ещё в 1991 году. Сама Конституция состоит из девяти глав. Вторая глава полностью посвящена правам и свободам человека. Одновременно все органы и институты власти Республики Македония в своей деятельности должны строго соблюдать и защищать права и свободы граждан. Конституция Республики Македония закрепила институт омбудсмена, который защищает конституционные права и свободы

граждан, нарушаемые властями и другими государственными учреждениями. В стране существует также Постоянная комиссия по защите прав и свобод граждан, созданная Парламентом страны. Несмотря на наличие всех этих институтов, конституционная защита прав и свобод граждан в основном осуществляется Конституционным Судом Республики Македония.

С момента принятия Конституции Конституционный Суд Республики Македония сыграл огромную роль в обеспечении и защите прав и свобод граждан Республики Македония. Конституционный Суд внёс большой вклад в установление конституционного и демократического порядка в стране. По сравнению с другими странами, в которых конституционные суды защищают все права и свободы граждан, Конституционный Суд Республики Македония не наделён такими полномочиями. Конституционный Суд защищает только некоторые политические права и свободы граждан, и в его компетенцию не входит защита социально-экономических и культурных прав граждан Республики.



PECULIARITIES OF FUNCTIONING AND PROBLEMS OF IMPROVEMENT OF CAPABILITY OF INSTITUTION OF AN INDIVIDUAL COMPLAINT IN THE REPUBLIC OF LATVIA

AIJA BRANTA

Justice of the Constitutional Court of Latvia

Honourable President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, Honourable Presidents of the Constitutional Courts, Honourable President of the Venice Commission, dear Colleagues!

The right to file a constitutional complaint to the Constitutional Court of the Republic of Latvia was introduced in 2001. Simultaneously I would like to stress that our legislator has not followed the so-called model of "full constitutional complaint as it exists in Germany, for example, but has chosen a model which focuses solely on the legal provisions.

Currently the Law on the Constitutional Court states that any person who considers that his or her fundamental rights, as they are in the Constitution (Satversme), have been infringed by a legal provision, which is not compatible with a provision of a higher legal rank, may submit a constitutional complaint.

Consequently, one of the requirements for submitting a constitutional complaint is **existence of an infringement of fundamental rights**. The Constitutional Court of the Republic of Latvia has concluded that this requirement has been introduced to separate a constitutional complaint from an application in collective interests, namely, *actio popularis*. It is undeniable that constitutional complaints enhance general observance of the Constitution, as the judgments of the Constitutional Court of the Republic of Latvia are legally binding to all and the result of the proceedings will likewise influence rights of other persons. However, the primary purpose of the constitutional complaint is to serve as a measure of protection of fundamental rights of the applicant.

A constitutional complaint can be filed only after the ordinary legal remedies have been exhausted, for example, the person has submitted a complaint to a higher governmental institution, he or she has initiated the proceedings in a court of general jurisdiction etc. However, the Constitutional Court of the Republic of Latvia can declare an application admissible even without requiring these remedies to be exhausted in two situations. First,

when it concludes that no ordinary remedies exist in the particular case and, second, when the regular remedies would not be efficient as the detriment of the applicant could not be averted.

When the ordinary legal remedies have been exhausted and the decision of the last institution has become effective the person has 6 months to submit a constitutional complaint.

The Constitutional Court of the Republic of Latvia was called to adjudicate on the constitutionality of the latter requirement. The applicant was of the opinion that the requirement to submit the complaint within the 6 months period was incompatible with the principle of proportionality and did not ensure the guarantees of legal stability, because the time limit of 6 month was too short.

When examining this case, the Court concluded that the necessity of the time limit flows from the very essence of the constitutional complaint, as it is only a subsidiary mechanism for the protection of person's rights after all of the ordinary legal remedies have failed. The Court also stated that the time limit not only helps in achieving legal stability but also eliminates uncertainty the state institutions and other involved persons would have, if the outcome of the case would be postponed for an extended period. And on the other hand, the time limit is sufficient for a person to decide whether to submit a complaint. This constitutional complaint was, accordingly, rejected¹.

For the constitutional complaint not to be used as an unjustified measure to delay execution of rulings of other courts, the Law on the Constitutional Court states that initiation of a case within the Constitutional Court does not suspend execution of a ruling of other court, unless the Constitutional Court has ruled otherwise. When deciding on this matter, the Constitutional Court of the Republic of Latvia takes into account whether the execution of the said ruling could have any legal consequences on the implementation of the judgment of the Constitutional Court, as well as the potential detriment the applicant could suffer if the ruling of the court of general jurisdiction was executed. In the practice of the Constitutional Court of the Republic of Latvia the decisions on suspension of the execution have been taken in exceptional circumstances only.

As to the procedure it can be mentioned that the decision on admissibility is taken by a Panel of three justices of the Constitutional Court of the Republic of Latvia. However, according to recent amendments to the Law on the Constitutional Court, in the situations where opinions within the Panel are divided, the justice insisting on the admissibility can request the matter to be decided by all justices of the Constitutional Court of the

¹ Constitutional Court of the Republic of Latvia judgment, in the case Nr.2002-09-01, November 26, 2002.

Republic of Latvia. The decision on admissibility or inadmissibility is not subject to appeal in any of the cases.

When reviewing a constitutional complaint, the Court may refuse to initiate a case if the legal reasoning of the application is manifestly insufficient to satisfy the claim. In practice, this is the most frequently invoked ground to declare the application inadmissible.

The Law on the Constitutional Court states that a person may submit a constitutional complaint, if he or she **considers** that an unlawful legal provision infringes his or her fundamental rights. Accordingly, the person has to express his or her subjective attitude towards infringement of fundamental rights. Namely, the applicant has to substantiate how, according to him or her, the contested provision has infringed his or her fundamental rights. At this stage, the applicant does not have the duty to prove that the contested provision is indeed incompatible with a legal provision of a higher legal rank.

The fundamental rights' infringement, however, should be direct and individual. Therefore, the applicant has to demonstrate that the infringement of fundamental rights, caused by the contested legal provision, directly concerns him or her. In the application, the person should clearly indicate that the challenged provision has been applied to him or her or that it can otherwise infringe his or her rights.

In the case law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia three situations can be distinguished where the infringement of fundamental rights has been considered to be sufficiently established for the case to be initiated. I will use the terms **existing, expected and potential infringement** to describe those situations. Further in my speech I will elaborate more closely upon each of them.

The first situation is straightforward – when the contested legal provision has been applied to the particular person, the infringement of the fundamental rights is regarded as existent. In these situations the application will be held admissible, provided it satisfies all the other requirements.

The second situation is where the Constitutional Court of the Republic of Latvia has initiated and adjudicated cases that were based on **an infringement that was expected to occur in future**.

In these situations facts of the cases suggested that the contested provision **would have been applied to the applicant**, if it remained in force.

I would like to provide an example here. In 2009, the Constitutional Court of the Republic of Latvia examined a case where the applicant had contested a legal provision which required managers of apartment houses to possess a certificate of a specific type of vocational education. The applicant, who had already acquired a university degree, considered this requirement to be disproportionate.

At the time the application was lodged, the contested provision had not entered into legal force yet. Moreover, the requirement to possess the named certificate would have applied to the applicant only starting from 2012. Nevertheless, the contested provision would have affected him much sooner. The required certificate could have been obtained within 2 – 3 years only. Besides at the time the constitutional complaint was submitted the applicant was already fulfilling the duties of an apartment house manager. Accordingly, the contested provision required him to perform certain activities even before it had come into legal effect and was applied to him, if he was willing to continue working in the chosen profession.

The Court decided that under these circumstances the infringement was to be expected and, therefore, it was not necessary to wait until the contested provision will come into legal force².

The purpose of initiating a case on the basis of an expected infringement is either to prevent the infringement from occurring or to eliminate it at the earliest stage possible. The principle of reasonability prohibits the Court to wait until the inevitable detriment will be caused by the contested legal provision.

The third situation is when the constitutional complaint is based on a **potential infringement**.

The Constitutional Court of the Republic of Latvia has indicated that a constitutional complaint is admissible if there is a **grounded possibility** that the contested legal provision would infringe the rights of the applicant. Consequently, in the case of a potential infringement it is merely feasible that the contested legal provision will be applied and that the applicant's fundamental rights will be infringed.

For instance, a litigant contested a provision of the Civil Procedure Law that permitted access to cassation proceedings within the Supreme Court only through a mediation of a lawyer who was member of the Bar. The Constitutional Court of the Republic of Latvia initiated the case before the infringement of the applicant's fundamental rights had actually occurred. Namely, at the time of the submission of the constitutional complaint, the case was still being examined at the appellate instance. In these circumstances it could not have been excluded that the applicant would have no reason to submit a cassation complaint. However, the Court considered the possibility that the contested provision will be applied to the applicant to be sufficiently grounded³.

The expected and potential infringement differs as to their degree of certainty. In the cases of the expected infringement it appears that person's rights will be restricted **when** the contested provision will be applied.

² Constitutional Court of the Republic of Latvia, judgment, in the case, Nr.2009-74-01, February 18, 2010.

³ Constitutional Court of the Republic of Latvia judgment, in case Nr.2003-04-01, June 27, 2003.

Whereas, the potential infringement can be established in the situations where it is clear that the rights will be restricted, **if** the contested provision will be applied. Nevertheless, also in the situations of a potential infringement the probability that the provision will be applied should be rather high for the case to be incited. Otherwise there would be the risk for the complaints to extend to *actio popularis*.

The cases of a potential infringement should be distinguished from the situations where the infringement is caused by the mere existence of a legal provision.

That kind of infringement can occur, if, for example, a legal provision provides a criminal liability for performance of activities, which are part of person's fundamental rights.

In the practice of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, there has been a case wherein an editor of a newspaper contested a provision of the Criminal Law as restricting her freedom of speech. The named provision set down criminal liability to journalists and editors for defamation of public officials in relation to fulfilment of their duties. A deprivation of liberty up to the period of two years was the envisaged punishment.

The contested legal provision had not been applied to the applicant. Neither were there any circumstances that would have suggested that the application of this provision was expected or potential.

Nevertheless, the contested provision caused an infringement of the applicant's rights by its mere existence. Namely, the fact that the applicant could, potentially, be held criminally liable for the above mentioned activities in itself restricted her freedom of speech and professional activities. Accordingly the infringement was existent even without the contested provision being applied, as it would be incompatible with the very purpose of the constitutional complaint to require the applicant to provoke a situation where the provision could be applied to her⁴.

Similarly the European Court of Human Rights has established that the infringement of the fundamental rights of a homosexual person is already caused by the mere existence of a legal norm that establishes criminal liability for sexual relations between two homosexual persons⁵.

Thus it can be concluded that in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia the term "infringement" has not been understood solely as an infringement that has already occurred. When interpreting and applying this term, the Court has included therein also the cases of expected and potential infringement. And in some limited circumstances, the infringement can be caused also by the mere existence of a legal provision.

⁴ Constitutional Court of the Republic of Latvia, judgment in the case Nr.2003-05-01, October 29, 2003.

⁵ ECHR judgment in the case of Dudgeon v. the United Kingdom (application Nr.7525/76) October 22, 1981; ECHR judgment in the case of Norris v. Ireland (application Nr.10581) October 26, 1988.

According to the Law on Constitutional Court the judgment of the Constitutional Court and the interpretation of the relevant legal provisions provided therein shall be binding on all state and local government institutions, as well as courts. Any legal provision the Court has declared incompatible with a provision of a higher legal rank shall be regarded void. In their turn, the Civil, Criminal and Administrative Procedure Laws state that a judgment of the Constitutional Court on the unconstitutionality of the provision that has been applied in the proceedings is a ground for reopening the case.

РЕЗЮМЕ

Начиная с 2001 года, в Республике Латвия граждане страны получили право подавать конституционную жалобу в Конституционный Суд Латвии. В Латвии не был внедрён институт полной конституционной жалобы, а была выбрана модель, которая сосредотачивается исключительно на правовых положениях. Нынешний Закон Латвии о Конституционном Суде предусматривает статью, по которой любой гражданин Республики Латвия, который считает, что его основные права и свободы были нарушены правовым актом, не соответствующим нормам и принципам Конституции Республики Латвия, имеет право подать конституционную жалобу.

Чтобы подть конституционную жалобу, заявитель должен предъявить конкретные аргументы, которые, в свою очередь, должны чётко указать на нарушение прав человека и норм Конституции Латвии.

Согласно Закону Республики Латвия о Конституционном Суде решения Суда имеют обязательную силу для всех органов государственной власти, в том числе и для судов всех инстанций. Конституционный Суд в своих решениях имеет право объявлять недействительными любые правовые акты.



INFLUENCE OF THE STRASBOURG JURISPRUDENCE ON JUDGMENTS OF THE POLISH CONSTITUTIONAL TRIBUNAL RESULTED BY THE CONSTITUTIONAL COMPLAINTS

WOJCIECH HERMELICKI

Justice of the Constitutional Tribunal of Poland

The aim of this short presentation is to show on one example how works the multidirectional mechanism of mutual influence between the constitutional complaint, judgments of the Polish Constitutional Tribunal and European Court of Human Rights and intervention of legislator.

In accordance with Art. 79.1 of the Constitution of Republic of Poland: "In accordance with principles specified by statute, everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution."

The constitutional complaint can be founded on a violation of constitutional rights or freedoms of a complainant. This formula encompasses all constitutionally protected rights and freedoms, regardless of their nature (a complaint may not be based on a violation of rights and freedoms protected by international agreements, e.g. by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). The only exceptions are the right of asylum and the right to be granted the status of a refugee (Article 56 of the Constitution) which are explicitly excluded by Article 79 § 2 of the Constitution.

There are further conditions which must be fulfilled in order to file a constitutional complaint:

- 1) the infringement of the rights of the complainant must result from a decision passed by a court or an organ of public administration in the individual case of the complainant;
- 2) the decision must be final, i.e. all the available legal means of appeal had been exhausted;
- 3) the subject matter of the complaint may only be the allegation of a non-

conformity to the Constitution of a normative act, upon which a final decision infringing the rights or freedoms of a complainant was based;

4) the complaint must be submitted within three months from delivering to the complainant the legally valid decision, the final decision or other final judgment (Article 46 of the Constitutional Tribunal Act). This term is of fixed character and cannot be restituted. The complaint must also be drawn up by an advocate or a legal advisor.

The Tribunal's decision determines the conformity to the Constitution of the reviewed norm; thus its effects are equal to those of a decision passed under *a posteriori* review procedure. The decision refers directly only to the provision of law, which loses its binding force with an *erga omnes* effect, if it is deemed to be in non-conformity to the Constitution. The decision referred to in a constitutional complaint is not automatically annulled, but a demand for such annulment must be submitted by a complainant to the proper organ. Entitled to such demand are all the persons to whom the questioned provision had been applied. The complainant's sole privilege is the possibility to request the Tribunal to issue a preliminary decision to suspend or to stop the enforcement of the judgment in the case to which the complaint refers (Article 50 of the Constitutional Tribunal Act).

Such formulation of the effects of the Tribunal's judgment may substantially impair the complainant's situation, as "winning" the case before the Tribunal is to be followed by further proceedings before a common court of law or an administrative court.

The Polish Constitutional Tribunal on 26 May 2008 delivered judgment in the following case (case No SK 25/07):

On 22 May 2006 a certain J.G. (complainant), who was at the time in prison, made a constitutional complaint, asking for Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences to be declared unconstitutional. He alleged that the impugned provision infringed, *inter alia*, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment as derived from Articles 40 and 41 of the Constitution. He challenged Article 248 in particular in so far as it allowed for the placement of detainees for an indefinite period of time in cells below the statutory size.

The applicant alleged, in particular, that the conditions of his detention had given rise to inhuman and degrading treatment contrary to Article 40 of the Polish Constitution¹ as well as Article 41 section 4² of the Constitution.

The applicant J.G. from 2002 was serving a prison sentence in the differ-

¹ "No one may be subjected to torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. The application of corporal punishment shall be prohibited"

² "Anyone deprived of liberty shall be treated in a humane manner".

ent remand centers in Poland. He stayed at that time in overcrowded cells with less than 3m² of space per person. This fact results from Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences which stipulates that "In particularly justified cases a governor of a prison or remand centre may decide to place detainees, for a specified period of time, in conditions where the area of the cell is less than 3 square meters per person. Any such decision shall be promptly communicated to a penitentiary judge". The applicant also complained that he had been allowed to spend a very limited time outside the cell, i.e. he had only a one-hour long outdoor exercise per day. The applicant also claimed that the sanitary conditions in the detention facilities in question had been inadequate. Provision of art. 248 § 1 of the Code of Execution of Criminal Sentences was permanently used by governors of the remand centers, by prolonging successively periods of stay of the detainees in the cells what practically resulted this time unspecified.

The complainant in many letters addressed to the administration of the prison complained that overcrowding coupled with inadequate living and sanitary conditions in a detention facility gave rise to degrading treatment in breach of his personal rights. He condemned the practice of maintaining high rates of occupancy in detention facilities throughout the country and stressed that the minimum standard of 3 m² per person was to be reduced only in exceptional circumstances and for a short period of time. The applicant also stressed that this situation leads to the inhuman treatment of the detainee staying for long periods on the surface less than 3 m² for one person (makes it difficult to maintain personal hygiene, causes stress and aggression etc).

On 26 May 2008 the Constitutional Tribunal held, *inter alia*, that the impugned Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences was in breach of Article 40 (prohibition of torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment), Article 41 section 4 (right of a detainee to be treated in a humane manner) and Article 2 (the principle of the rule of law) of the Constitution. The court stressed that the provision lacked clarity and precision, which allowed for a very broad interpretation.

The Constitutional Tribunal found that, in effect, the provision in question allowed for an indefinite and arbitrary placement of detainees in cells below the statutory size of three square metres per person, thus causing chronic overcrowding in Polish prisons and exposing detainees to the risk of inhuman treatment. The Constitutional Tribunal expressed its view as follows:

"In the opinion of the Constitutional Tribunal, the text of the impugned Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences and its interpretation in practice make this provision incompatible with Articles 40 and 41 paragraph 4 of the Constitution. Overcrowding in prisons, resulting from the

implementation of the impugned provision, may lead to inhuman treatment of prisoners. It is difficult to imagine [that a person could be afforded] humane treatment in a cell, in which the space per person is less than 3 m² ..."

The Constitutional Tribunal observed that the overcrowding of detention facilities had to be treated as a serious problem, posing a permanent threat to rehabilitation of prisoners. Moreover, in the Tribunal's view, the overcrowding in itself could be qualified as inhuman and degrading treatment. If combined with additional aggravating circumstances, it may even be considered as torture. In that connection the court noted that already the minimum statutory standards of three square metres per person was one of the lowest ones in Europe.

The Constitutional Tribunal further stressed that the provision in question was meant to be applied only in particularly justified cases, for example an engineering or building disaster in prison. Such a provision should not leave any doubt as to the definition of those permissible circumstances, the minimum size of the cell and maximum time when the new standards would apply. It should also lay down clear principles on how many times a detainee could be placed in conditions below the standard requirements and the precise procedural rules to be followed in such cases. Conversely, in practice Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences gave a wide discretion to prison governors to decide what constituted "particularly justified circumstances" and in consequence sanctioned the permanent state of overcrowding in detention facilities. It allowed for the placement of detainees in a cell where the area was below the statutory size for an indefinite period of time and it did not set a minimum permissible area.

The Constitutional Tribunal, taking into consideration "the permanent overcrowding of the Polish detention facilities", ruled that the unconstitutional Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences should lose its binding force within eighteen months from the date of the publication of the judgment. The Constitutional Tribunal justified the delayed entry into force of its judgment by the need to undertake a series of actions to reorganise the whole penitentiary system in Poland, in order to, ultimately, eliminate the problem of overcrowding. It was also noted that, in parallel, a reform of criminal policy was desired with the aim of achieving a wider implementation of preventive measures other than deprivation of liberty. The court observed that an immediate entry into force of its judgment would only aggravate the already existing pathological situation where, because of the lack of room in Polish prisons, many convicted persons could not serve their prison sentences. At the time when the judgment was being passed, the problem concerned 40,000 persons.

As regards the context of the case, all the State authorities involved in the proceedings before the Constitutional Tribunal, namely the Prosecutor

General, the Ombudsman and the Speaker of the Parliament, acknowledged the existence of the overcrowding in the Polish detention facilities. The Prosecutor General, in his pleadings of 6 December 2007, submitted that the problem of overcrowding in Polish detention facilities had continually existed since 2000, arising from the flawed interpretation of the impugned provision by domestic courts and penitentiary authorities. He also pointed out that, with the rate of overcrowding peaking at 118.9% on 31 August 2007, the prison authorities estimated that 15,000 new places were needed in order to secure to detainees the statutory space of three square metres per person.

The Constitutional Tribunal in its judgment invoked the jurisprudence of the Polish as well as international courts. The Tribunal referred among others to the judgment of the Polish Supreme Court of 28 February 2007 (V CSK 431/06) where the Court stated that staying of the detainees in overcrowded cells with less than 3 ml of space per person in poor hygiene conditions constitutes an infringement of personal rights: dignity described in Art. 30 of the Constitution of the Republic of Poland³ and right to privacy and may cause responsibility of the State basing on proper provisions of the Civil Code.

The Constitutional Tribunal invoked also judgments of the European Court of Human Rights (ECHR): *Mayzit v Russia*⁴, *Cenbauer v Croatia*⁵, *Melnik v Ukraine*⁶. In these judgments the Court has held on many occasions that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 of the Convention. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. Provision of Art. 3 of the Convention does require the State to ensure that prisoners are detained in conditions which are compatible with respect for human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject them to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, their health and well-being are adequately secured by, among other things, providing them with the requisite medical assistance.

Assessing the facts of the cases as a whole, having regard in particular to the cumulative effects of the inadequate and inappropriate conditions in which the applicants were held throughout their detention, which clearly had a detrimental effect on their health and well-being, the European

³ "The inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities".

⁴ Judgment of 20 January 2005, complaint No 63378/00

⁵ Judgment of 9 March 2006, complaint No 73786/01

⁶ Judgment of 28 March 2006, complaint No 72286/01

Court of Human Rights considered that the nature, duration and severity of the ill-treatment to which the applicants were subjected are sufficient to be qualified as inhuman and degrading.

This lack of space had been made worse by aggravating factors, such as lack of exercise, particularly outdoor exercise, lack of privacy, insalubrious conditions and frequent transfers. In all these cases the Court held unanimously that the distress and hardship endured by the applicants had exceeded the unavoidable level of suffering inherent in detention, in violation of Article 3.

In 2004, 2005 and 2006 three Polish applicants: *Orchowski*⁷, *Sikorski*⁸ and *Musiał*⁹ filed with the European Court of Human Rights complaints claiming that conditions of their detention have given rise to inhuman and degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention.

The Court in its judgments¹⁰ reiterated that where prison overcrowding reached a certain level, the lack of space in a prison could constitute the central factor to be taken into consideration under Article 3.¹¹

The Court invoked judgment of 26 May 2008 of the Polish Constitutional Tribunal (No SK 25/07) where the Tribunal held that the serious and chronic nature of prison overcrowding in Poland could in itself be qualified as inhuman and degrading treatment and that Article 248 of the Code of Execution of Criminal Sentences was incompatible with Article 40 of the Polish Constitution. The European Court observed that Article 40 of the Constitution was drafted almost identically to Article 3 of the Convention. In consequence, all situations in which a detainees were deprived of the minimum of 3 m² of personal space inside his or her cell for an extended period of time would be regarded as creating a strong indication that Article 3 of the Convention had been violated.

In all these cases it was established beyond reasonable doubt that for substantial periods of time the applicants' cells had been overcrowded, leaving them with less than the statutory minimum "humanitarian" amount of space.

This lack of space had been made worse by aggravating factors, such as lack of exercise, particularly outdoor exercise, lack of privacy, insalubrious conditions and frequent transfers. The Court held unanimously that the distress and hardship endured by the applicants had exceeded the unavoidable level of suffering inherent in detention, in violation of Article 3.

Executing the judgment of the Constitutional Tribunal, Polish parliament amended the proper provisions of the Code of Execution of Criminal Sentences. In Art. 110 § 2a we can read now:

⁷ Complaint No 17885/04

⁸ Complaint No 17599/05

⁹ Complaint No 28300/06

¹⁰ Judgments of: 22 October 2009 (Orchowski and Sikorski) and 20 January 2009 (Musiał)

¹¹ See also: *Dougoz vs Greece*, judgment of 6 March 2001, complaint No 40907/98

"Governor of a prison or remand centre may decide to place detainees, for a specified period of time, not longer than 30 days in conditions where the area of the cell is less than 3 square metres per person but not less than 2 square metres."

This situation can happen only in particularly justified cases strictly enumerated in the provisions of the Code of Execution of Criminal Sentences.

It seems to be interesting to compare two types of the above judgments with respect to their results for the applicants:

1. Where the Constitutional Tribunal decides to specify another date for the end of binding force of a normative act than a date of a publication in the Official Journal – the applicant cannot launch a proceedings leading to reopening of the previous proceedings (in order to apply for compensation) until the another date, unless the Constitutional Tribunal decides to grant the applicant a special privilege which allows him to apply for the reopening directly after publication of the judgment.

2. Where the applicants filed their complaints with the European Court of Human Rights. Stipulating that before the judgment of ECHR the applicants have sued the State before the domestic courts due to the bad conditions in the prison and their complaints were refused, decision of the ECHR opens the way for demanding of reopening of the civil proceedings. Unfortunately the Polish Civil Proceedings Code does not provide for reopening of the proceedings after judgment of an international authority acting under the provisions of an international agreement which has been ratified by the Republic of Poland (otherwise see: Art. 540 § 3 of the Polish Criminal Proceedings Code). Therefore in very few judgments of the Polish Supreme Court (e.g.: judgment of 28 November 2008, No V CSK 271/08) the Court underlined that the need of reopening the case results undoubtedly from these judgments of the European Court of Human Rights where the Court found a violation of the provisions of criminal proceedings if it might have affected the decision issued.

The above remarks allow to realize how surprising may be sometimes results of using means and remedies which should guarantee protection of human rights.

РЕЗЮМЕ

Согласно статье 79.1 Конституции Республики Польша каждый гражданин Республики Польши, чьи конституционные права или свободы были нарушены, имеет право обратиться в Конституционный Трибунал Республики, который должен проверить конституционность нормативного акта, на основании которого суд или другой институт власти вынес своё решение и тем самым нарушил основополагающие права и свободы человека, закрепленные в Конституции Республики Польша.

Для подачи конституционной жалобы необходимо, чтобы:

- 1) нарушение прав подающего жалобу было результатом решения суда или другого института власти;
- 2) вынесенное решение было окончательным, то есть были исчерпаны все законные средства судебной защиты;
- 3) предметом жалобы было несоответствие Конституции нормативного акта, на основании которого было вынесено окончательное решение и тем самым были нарушены права и свободы подающего жалобу;
- 4) жалоба должна быть подана на рассмотрение в Конституционный Трибунал в течение трёх месяцев после официального вынесения окончательного решения, в результате которого были нарушены права и свободы подающего жалобу.

После рассмотрения дела Конституционный Трибунал должен вынести окончательное решение по вопросу конституционности оспариваемого нормативного акта. Конституционный Трибунал Польши уделяет большое внимание решениям Европейского суда по правам человека. В некоторых своих решениях Трибунал ссылался на решения ЕСПЧ. К ряду таких дел мы можем отнести дела *Mayzit v Russia*, *Cenbauer v Croatia*, *Melnik v Ukraine*, в которых Европейский суд выразил достаточно конкретные позиции по целому ряду вопросов, связанных с правами и свободами человека.



ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО МЕХАНИЗМА ДОСТУПА ГРАЖДАН К КОНСТИТУЦИОННОМУ ПРАВОСУДИЮ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

ОЛЬГА СЕРГЕЕВА

Судья Конституционного Суда Республики Беларусь

Анализ законодательства и практика работы органов конституционного контроля (далее — конституционные суды) различных стран свидетельствуют о многообразии форм деятельности этих органов, направленной на предотвращение нарушения норм Конституции. При этом одни формы являются классическими (например, проверка нормативных актов на предмет их конституционности, рассмотрение конституционных жалоб граждан), другие — менее традиционными, свойственными не всем органам конституционного контроля (например, толкование Конституции, проверка законности проведения выборов или референдумов, подготовка посланий о состоянии конституционной законности и др.).

Предоставление конституционному суду права рассматривать индивидуальные жалобы на нарушение прав базируется на том, что современный конституционализм делает акцент на основные права человека и гражданина. С помощью конституционной жалобы права граждан получили еще одну форму защиты, наряду с защитой, которая традиционно оказывается общими судами посредством гражданского, уголовного и административного судопроизводства. Несмотря на то, что вопросы, связанные с перечнем оснований, по которым можно обратиться в конституционный суд за защитой, и органов, действия которых могут подпадать под юрисдикцию конституционного суда, а также процедурой обращения в конституционный суд, решаются по-разному в различных правовых системах, институт конституционной жалобы дает отдельным гражданам возможность обратиться за судебной помощью в конституционный суд для защиты конкретных индивидуальных прав и свобод.

Такой традиционный вид доступа граждан к конституционному правосудию, как обращение напрямую, без посредников, с конституционной жалобой в конституционный суд, в мире достаточно распространен. Правом обратиться в конституционный суд наделены граждане многих западноевропейских государств, стран Восточной Европы и СНГ.

Вместе с тем конституционному правосудию известен другой способ доступа к нему, который получил название косвенного или опосредо-

ванного и который наравне с институтом конституционной жалобы рассматривается в качестве одной из важнейших гарантий защиты конституционных прав и свобод граждан.

Различные формы косвенного доступа граждан к конституционному правосудию, существующие в мире, сводятся к двум основным формам: в порядке преюдициального производства и через омбудсмена.

Преюдициальное производство представляет собой особую процедуру, в соответствии с которой общие суды (например, в Австрии, Германии, Венгрии, Испании и др.) по собственной инициативе или по требованию других участников процесса в случае сомнения в конституционности применяемого в конкретном деле акта обращаются в конституционный суд с предварительным (преюдициальным) запросом в целях исключения неконституционности этого акта. Конституционный суд выносит решение о конституционности акта, который подлежит применению в конкретном деле, и общий суд рассматривает дело далее, основываясь на решении конституционного суда, которое носит преюдициальный характер.

Данная форма косвенного доступа граждан к конституционному правосудию существует во многих странах, отличаясь отдельными элементами. В большинстве стран, в законодательстве которых закреплено преюдициальное производство, решение конституционного суда имеет преюдициальное значение в отношении как конкретного рассматриваемого дела, так и при разрешении подобных дел общими судами с применением акта, вопрос о конституционности которого рассматривался конституционным судом. Это способствует единообразию правоприменительной практики.

Институт омбудсмена в правовой системе Республики Беларусь отсутствует, а механизм, подобный преюдициальному запросу, закреплен в статье 112 Конституции Республики Беларусь. Согласно названной статье, если при рассмотрении конкретного дела суд придет к выводу о несоответствии нормативного правового акта Конституции, он принимает решение в соответствии с Конституцией и ставит в установленном порядке вопрос о признании данного нормативного акта неконституционным. Эта конституционная норма нашла развитие, в частности, в Кодексе Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей, Хозяйственном процессуальном кодексе Республики Беларусь, Гражданском процессуальном кодексе Республики Беларусь.

В Кодексе о судостроительстве и статусе судей (часть вторая статьи 7) предусмотрен дальнейший порядок рассмотрения вопроса, поставленного общим судом после вступления в законную силу судебного постановления. Суд ставит соответственно перед Верховным Судом Республики Беларусь, Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь вопрос о внесении ими предложения в Конституционный Суд

Республики Беларусь о признании данного нормативного правового акта неконституционным.

В Хозяйственном процессуальном кодексе (часть вторая статьи 25) закреплено положение о том, что хозяйственный суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного органа, органа местного управления и самоуправления Конституции или иным законодательным актам, в том числе издание его с превышением полномочий, принимает решение в соответствии с правовыми нормами, имеющими большую юридическую силу, и ставит перед Президиумом или Пленумом Высшего Хозяйственного Суда вопрос об обращении в Конституционный Суд в целях признания соответствующего нормативного правового акта неконституционным либо принимает меры по признанию ненормативного правового акта недействительным.

В соответствии с частью третьей статьи 21 Гражданского процессуального кодекса, если при рассмотрении конкретного дела суд придет к выводу о несоответствии нормативного акта Конституции, он принимает решение в соответствии с Конституцией и ставит в установленном порядке вопрос о признании данного нормативного акта неконституционным.

Согласно статье 54 Кодекса о судоустройстве и статусе судей, определяющей компетенцию Президиума Верховного Суда, этот орган рассматривает ходатайства о проверке конституционности нормативных правовых актов и в случае признания их обоснованными в десятидневный срок обращается в Конституционный Суд с предложениями о даче заключений в соответствии с частью второй статьи 112 и частью четвертой статьи 116 Конституции. В статье 77 данного Кодекса, определяющей компетенцию Президиума Высшего Хозяйственного Суда, установлен такой же порядок рассмотрения ходатайств нижестоящих судов о проверке конституционности нормативных правовых актов.

Однако механизм обращения в Конституционный Суд по такому основанию, несмотря на развитие конституционных норм в трех кодексах, пока до конца не урегулирован. Процедура проверки конституционности нормативного правового акта в случае принятия решения на основании непосредственного применения Конституции не уточнена; порядок действий в отношении судебного решения, принятого на основании нормативного правового акта, признанного Конституционным Судом неконституционным, не определен.

Кроме того, указанная норма Кодекса о судоустройстве и статусе судей предусматривает усложненный механизм обращения в Конституционный Суд общего суда после вынесения решения по конкретному делу: обращение направляется не напрямую в Конституционный Суд, а в Верховный Суд или Высший Хозяйственный Суд, которые, в свою очередь, могут передать его на рассмотрение Конституционного Суда. Вместе с

тем при реализации данной конституционной нормы общей или хозяйственный суд должен выносить решение, исходя из очевидной неконституционности применяемого в деле нормативного правового акта.

Однако в настоящее время, учитывая высокий уровень нормотворчества в Республике Беларусь, системность и комплексность правового регулирования общественных отношений, неконституционность акта или его отдельных положений, которая может выявиться в ходе правоприменения, не всегда очевидна, поскольку у общего суда могут возникнуть сомнения в конституционности акта, но недостаточные для того, чтобы вынести решение без применения данного акта при разрешении спора, исходя из прямого действия конституционных норм. К тому же на практике зачастую нельзя разрешить дело по существу без соответствующих (например, процедурного характера) норм подконституционных актов.

В связи с этим определенный интерес представляет европейский опыт, основанный на использовании особой процедуры преюдициального запроса при разрешении споров как на национальном, так и на наднациональном уровнях: если у суда или других участников процесса возникают сомнения в конституционности применяемого нормативного правового акта, то суд в целях исключения неконституционности акта может обратиться с преюдициальным запросом в конституционный суд. Конституционные суды многих стран (Австрия, Бельгия, Германия, практически все страны Восточной Европы, Испания, Италия, Португалия, Турция и др.) проверяют акты именно в целях исключения их неконституционности.

В правовой системе Республики Беларусь предусмотрена особая форма косвенного доступа граждан к конституционному правосудию, дополняющая основные формы, которые распространены в мире (преюдициальное производство и институт омбудсмана), — через уполномоченных субъектов. Субъекты, уполномоченные обращаться с предложениями о проверке конституционности нормативного правового акта в порядке абстрактного контроля, закреплены на конституционном уровне (статья 116 Основного Закона): Президент Республики Беларусь; обе палаты Парламента — Палата представителей и Совет Республики Национального Собрания Республики Беларусь; Верховный Суд Республики Беларусь; Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь и Совет Министров Республики Беларусь.

Предложение уполномоченных субъектов — это основа для выполнения Конституционным Судом Республики Беларусь функции по осуществлению последующего контроля конституционности нормативных правовых актов. Однако, особенно в последние годы, обращения уполномоченных субъектов в Конституционный Суд с такими предложениями фактически сведены к нулю. Например, с 2008 года уполномоченные субъекты с предложениями о проверке конституционности нормативных правовых актов в Конституционный Суд не обращались.

Сложившаяся ситуация свидетельствует как о положительных, так и отрицательных тенденциях в вопросе обеспечения конституционности нормативных правовых актов и защиты прав и свобод граждан. С одной стороны, отсутствие обращений в Конституционный Суд уполномоченных органов и лиц обусловлено прежде всего достигнутым на данном этапе оптимальном балансом их полномочий и взаимодействию. Кроме того, это отражает высокую степень качества подготовки и согласованности принимаемых нормативных правовых актов.

С другой стороны, несвоевременное выявление и устранение определенных противоречий нормам и принципам Конституции осуществляется длительным путем посредством внесения изменений и дополнений в соответствующие нормативные правовые акты. В связи с этим формируется отрицательное отношение не только к Конституционному Суду как к «негативному законодателю», оперативно устраняющему из правового поля нормы, противоречащие Конституции, но и к государству в целом, его властным институтам, допускающим применение неконституционных норм вопреки требованиям Конституции.

При отсутствии у уполномоченных субъектов собственных предложений они имеют все основания базировать свои обращения в Конституционный Суд на инициативах, изложенных, в свою очередь, в обращениях граждан и организаций.

Из анализа обращений граждан и организаций, направленных в уполномоченные органы, следует, что определенные основания для внесения в Конституционный Суд предложений о проверке конституционности отдельных нормативных правовых актов существовали. Например, в 2008 году в эти органы поступило более 60, а в 2009 году — более 100 обращений граждан и организаций с инициативой внести в Конституционный Суд предложение о проверке конституционности нормативных правовых актов в связи с наличием в них, по мнению заявителей, противоречий, влекущих необоснованное ограничение конституционных прав и свобод.

Согласно части третьей статьи 22 Кодекса о судостроительстве и статусе судей государственные органы (за исключением уполномоченных субъектов), общественные объединения, другие организации, а также граждане обращаются с инициативой о проверке конституционности нормативного правового акта к органам и лицам, обладающим правом внесения в Конституционный Суд предложений о проверке конституционности акта.

В указанной норме Кодекса о судостроительстве и статусе судей предусмотрен особый предмет обращения граждан — инициатива о проверке конституционности нормативного акта. Конституционный Суд полагает и закрепил это в своих решениях, что по своей юридической природе право гражданина на данное обращение к уполномоченным

субъектам представляет собой косвенный доступ к конституционному правосудию, то есть право гражданина, в отсутствие права на конституционную жалобу, в опосредованной форме обратиться в орган конституционного контроля.

Правомерность опосредованной формы реализации данного права вытекает также из норм Конституции о народовласти (статья 3), праве граждан на участие в решении государственных дел (статья 37), праве на обращение (статья 40), обязанности соблюдения Конституции (статья 52) и др. В соответствии с конституционными положениями гражданин не является пассивным субъектом, а участвует в управлении делами общества и государства, обсуждении вопросов государственной и общественной жизни. При этом опосредованная форма его обращения не может умалить огромного значения, которое имеет реализация косвенного доступа граждан к конституционному правосудию.

Таким образом, законодательство предусматривает особый предмет обращения гражданина, конкретных субъектов, к которым гражданин может обратиться. Вместе с тем до настоящего времени процедурный механизм реализации косвенного доступа граждан к конституционному правосудию в законодательстве республики не определен. В своих решениях от 26 марта 2009 г. Конституционный Суд указал на пробел в правовом регулировании по этому вопросу. Такие уполномоченные субъекты, как, например, Совет Министров, Палата представителей Национального Собрания, Совет Республики Национального Собрания, обладающие правом вносить предложения в Конституционный Суд о проверке конституционности нормативных актов, вправе реализовать данное право как по собственной инициативе, так и на основании обращений граждан о проверке конституционности акта. Конституционный Суд пришел к выводу, что в регламентах указанных органов должен найти отражение порядок принятия решений о поддержке или отклонении таких обращений.

Во исполнение решения Конституционного Суда постановлением Совета Министров его Регламент дополнен отдельной главой, в которой определен порядок рассмотрения Правительством вопросов внесения предложений в Конституционный Суд, в том числе на основании обращений граждан по вопросу проверки конституционности нормативного правового акта. При этом предусмотрена следующая процедура. Премьер-министр или заместитель Премьер-министра, в ведении которого находятся вопросы, поставленные в обращении о проверке конституционности акта, в пятидневный срок со дня поступления такого обращения принимает решение о направлении этого обращения для предварительного рассмотрения в республиканский орган государственного управления, другую государственную организацию, подчиненную Правительству Республики Беларусь, в соответствии с их компетенцией. Республиканский орган государственного управления, го-

сударственная организация в 15-дневный срок анализирует предложение о проверке конституционности акта и направляет в Совет Министров обоснованное мнение.

Решение о направлении либо ненаправлении в Конституционный Суд обращения о проверке конституционности нормативного правового акта принимается постоянным органом Совета Министров — его Президиумом в 30-дневный срок со дня получения обращения. При этом речь не может идти о проверке конституционности акта, каком-либо ином анализе акта на предмет его конституционности. Вынести решение по этому вопросу может только Конституционный Суд. В данном случае анализ обращения о проверке конституционности акта заключается в подтверждении или опровержении обоснованности возникших у заявителя сомнений в конституционности акта.

Если Президиум Совета Министров решает вопрос положительно, то в пятидневный срок со дня принятия решения он направляет в Конституционный Суд обращение о проверке конституционности нормативного правового акта. О своем решении, причем как о направлении обращения в Конституционный Суд, так и об отказе в этом, Совет Министров в пятидневный срок информирует обратившихся граждан. Установленный порядок рассмотрения обращений граждан, его подробная регламентация будут способствовать более эффективной защите прав и свобод граждан.

В условиях отсутствия непосредственного права граждан на подачу конституционной жалобы в Конституционный Суд выработка процессуальных механизмов рассмотрения и определения дальнейшей судьбы инициативы о проверке конституционности нормативного правового акта, которая содержится в обращении гражданина, имеет большое значение. Наличие пробела в этом вопросе недопустимо, поэтому соответствующий порядок должен быть определен в полном объеме, что будет способствовать более полному осуществлению прав и свобод граждан, других субъектов, станет дополнительной юридической гарантией надлежащей реализации их прав и свобод.

Конституционный Суд считает и в своем Послании о состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2008 году отметил, что порядок внесения уполномоченными органами и лицами предложений о проверке конституционности нормативных правовых актов на основании обращений заинтересованных лиц должен быть четко определен на законодательном уровне. Представляется, что в разрабатываемых проекте Закона о внесении изменений и дополнений в Кодекс о судостроительстве и статусе судей, вытекающих из практики применения названного Кодекса, и проекте Закона «О конституционном судопроизводстве» должен быть закреплен правовой механизм рассмотрения обращений, содержащих инициативу о проверке конституционности акта.

В соответствии с Конституцией Республики Беларусь человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства (статья 2), а государство гарантирует права и свободы граждан, закрепленные в Конституции, законах и предусмотренные международными обязательствами государства. В Конституции закреплен принцип ее высшей юридической силы (статья 137), что конкретизируется в признании непосредственного действия ее норм и гарантированности каждому защиты его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом.

Особое место в механизме судебной защиты прав и свобод человека и гражданина занимает Конституционный Суд Республики Беларусь.

Конституционный Суд как орган, специально учрежденный для обеспечения верховенства Конституции и ее непосредственного действия, имеет своей целью гарантировать достижение провозглашенных в Конституции ценностей и целей, главными из которых названы человек, его права и свободы. Усилия законодательной власти, иных нормотворческих органов и самого Конституционного Суда должны быть направлены на реальное обеспечение доступа граждан к конституционному правосудию как эффективного средства защиты конституционных прав и свобод личности и гражданина.

SUMMARY

The article deals with general issues of public access to constitutional justice in the Republic of Belarus and the specific problems of implementation of indirect (mediated) access as a form of citizens' access to constitutional justice. The author examines these forms of indirect (mediated) access to constitutional justice that exist in Belarus, such as access to the prejudicial procedure of production and access through public bodies and individuals. The shortcomings in the legal regulation of the procedural mechanism for implementing the aforementioned forms of indirect (mediated) public access to constitutional justice are highlighted. The necessity to improve legislation in order to ensure real access of citizens to the constitutional justice as an effective means of protecting constitutional rights and freedoms of man and citizen is substantiated.



“ENFORCING JUSTICE IN LAND ABROAD”. FUNDAMENTAL DICHOTOMY BETWEEN LAW AND LIFE

SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO

Justice of the Supreme Court of Mexico

Luis Recasens Sichés

As a member of the Mexican Constitutional Court (Supreme Court of Justice of the Nation), and as its representative before this hearing, it is my will to state, first, our full conviction of struggle in benefit of a full respect for human rights within our corresponding jurisdictional environment, in full compliance with our Constitution and with the International Treaties undersigned by the Mexican State in accordance with the same document.

I shall not be referring – as this is well known by you – to the relevance of having every nation duly observing those rights that foster the full development and growth of human beings, within the dimension of dignity that is inherent to their nature.

I am rather interested in highlighting the problems that Mexico has had to face as a result of the sentences in which the Inter-American Court of Human Rights has pointed out a responsibility.

The 33 article of the Political Constitution of the United Mexican States, says that: *the laws of the Congress of the Union which shall be enacted in pursuance thereof and all treaties in accordance therewith, celebrated or which shall be celebrated by the President of the Republic with the approval of the Senate, shall be the supreme law of the Union.*

The regulatory hierarchy of treaties, in our Constitution, is inferior to the Constitution itself, and so was defined by my country’s Constitutional Court in isolated thesis LXXVII/99, titled “*INTERNATIONAL TREATIES. THEY ARE HIERARCHICALLY ABOVE FEDERAL LAWS AND AT A SECOND LEVEL REGARDING FEDERAL CONSTITUTION*”.

Maintaining that only the Constitution is the Supreme Law and that for such reason international treaties are at a second level immediately below the Constitution and above federal and local law, deeming these in a third level¹, criteria which was

¹ Amparo 1475/98 in review. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. May 11th, 1999. Unanimous votation of 10. Absent: José Vicente Aguinaco Alemán. Deponent: Humberto Román Palacios.

later on ratified in the final judgment issued in the Mc Cain case (“*amparo*” under review 120/2002), in which exception is expressly made regarding treaties on human rights related matters, over which the Mexican Court has not decided yet on their normative hierarchy.

On the other hand, Mexico received in its internal law the Vienna Convention on the Law of Treaties, which Article 46 states that the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to² conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. Later on, Mexico accepted a supranational jurisdiction, leaving the Constitutional Court of Supreme Court of Justice of the Nation in a second hierarchical position, but did it without a previous amendment to the same Constitution and when the Treaty was not back then fitted in its provisions – according to the mentioned Article 133.

From the above, two questions emerge between international law and the internal laws of the member countries over the different system to protect human rights that, as in my country have adopted international commitments without previous amendments to their Fundamental Law, regarding their inferior hierarchy and the submission to their Maximum Constitutional Court to the international jurisdictional organization.

Is the statute of the Tribunal or the Court of Human Rights actually incorporated into a State’s domestic law, when his act of accession to the corresponding treaty was not preceded by the incumbent constitutional reform?

So it would be necessary to analyze if the simple bounding to the jurisdiction generating in the replies to the lawsuits against it bounds the Country – just like that – to comply and in case of failing to do so, can international responsibility be imposed?

Shall a country’s Constitutional Court be bound to comply with items that are conviction points that are expressed by the Tribunal or International Court of Human Rights, when their own Constitution claims to be the highest court in the country?

Shall the International Court be able of addressing those cases related to facts that occurred before the State was bound to the supranational jurisdiction, especially if there was an expressed reservation about it?

Will the Mexican state be bound to comply with the payment of conviction points over capabilities that were never expressly demanded?

² “Although the 1969 convention leaves an open door with its Article 46 to protect internal regulations of fundamental relevance –related to competence to undersign treaties, case that leads to the annulment of treaties – which in a certain way means Constitutional prevalence in this case”. Comment by Doctor Manuel Becerra Ramírez, “Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional”. Virtual Juridical Library of the Judicial Investigations Institute of the National University of México. www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/3/cj/cj7.htm

Shall the International Court of Human Rights forget in its resolutions the general principles of law – universally accepted, like litigation closure, conviction on charges according to allegations and evidence, etc.? Or, as done in my opinion by the Inter-American Court – Shall it overflow in an activist manner?

Shall the International Court be capable of resolving with total unawareness or disregard of the historical sociocultural and economic conditions of the convicted country, without focusing on the subsystem’s factual possibilities?

Who, in such a case could act as a break and exercise control over the determinations made by the International Court?

Three lawsuits filed against Mexico have received a conviction against the Country³. Let’s mention them very briefly...

1. Castañeda Gutman’s Case, claimed non-existence in the internal environment of a resource to reclaim political-electoral rights with the consequent impediment to contend for the presidency of the Republic as an independent candidate.

The Inter-American Court sentenced the Mexican State to **complete the adequacy of its internal law to the Convention in order to allow access of an contesting means against violations to political-electoral rights, as well as the publication of the sentence, the public recognition of the state’s responsibility and the reimbursement of expenses and costs**⁴.

2. In the Case of González and Others (“Campo Algodonero”- “Cotton Field”), Mexican State’s international responsibility was contemplated in the disappearance and death of three youngsters due to the lack of protection means for the victims and absence of crime prevention, regardless of the awareness regarding the existence of a violent gender-related pattern over hundreds of murders of women and girls, as well as lack of due diligence in investigating said crimes, thereby denying justice and an adequate remediation.

The Inter-American Court sentenced Mexico to efficiently conduct the ongoing criminal process, **to investigate the officials charged with irregular activities, to apply sanctions, to publish the sentence, to hold a public act in recognition of its international responsibility; to build a monument to honor the victims, to standardize Mexican protocols to the Istanbul Protocol and to proportion the Alba Protocol, to create an electronic site containing information about missing persons, and to implement educational programs for medical and psychological care**⁵.

3. In the Case of Radilla Pacheco for the forced disappearance of the victim, perpetrated by Military members in 1974, it basically dealt with the violation to the

³ The case “Alfonso Martín del Campo Dodd” is not mentioned, because in sentence dated September 3, 2004, incompetence *ratione temporis*, because the allegations (privation of liberty and torture by police officers) were before recognizing the contentious competence of the Inter-American Court by the Mexican State.

⁴ The underlined bold text is not part of the claimed issues..

⁵ The underlined bold text is not part of the claimed issues.

rights to recognition of legal personality, to life, to integrity, and to personal liberty, to judiciary guarantees and to the tutelage of legal protection by the American Convention.

The Inter-American Court determined Mexico's international responsibility for the violation of the mentioned rights and convicted the Mexican State **to efficiently conduct the investigation, to continue searching the victim, to reform the Military Justice Code and the Federal Penal Code; to implement programs related to the analysis of the Inter-American System for the Protection of Human Rights jurisprudence; to publish the sentence and to hold a public act to recognize the State's responsibility, and a biographical sketch of the victim; to offer medical and psychological care for the victims, and finally, a conventionality ex-officio control is imposed between internal regulations and the American Convention**⁶.

Regarding compliance status in the Radilla Case, the sentence was published on February of this year on nation-wide circulation newspapers and in the Republic Attorney General Office website. The authorities have maintained close contact with the victim's family to determine the place where the facts reminiscence plaque will be located. Through the local Department for Women, the text "*Forced Disappearance of Rosendo Radilla*" will be published. Finally the Department of Public Safety shall offer psychological care through the Comprehensive System for Victims Care⁷.

It's worth to point out that the Federal Judicial Power, aware of the importance of training and professionalization of justice enforcers, long before convicting the Mexican State in the Radilla Case, constantly delivers training courses for judges and court staff within the whole national territory and in every justice-related organization, by the Federal Judiciary Council, the Federal Judicial Power Electoral Tribunal or the Supreme Court of Justice of the Nation.

The problems caused by complying with the resolutions made by the Inter-American Court when convicting the Mexican State and that might emerge in the rest of the human right protection systems are:

1) Article 68 of the American Convention provides that the Member Countries commit themselves to comply with the Court's decisions whenever requested to do so. Two inconvenient issues derive from this:

a) The obligatory nature of the Inter-American Court jurisprudence for those States that are not a party in the cases on which it was sustained⁸; and b) The oblig-

⁶ The underlined bold text is not part of the claimed issues.

⁷ Information supplied by the Unit for the Promotion and Defense of Human Rights of the Department of the Interior.

⁸ The Court considers that the jurisprudence, even though useful to provide orientation and establish principles over this matter, cannot be invoked as an univocal criteria to adopt, but should be analyzed in each particular case. Cfr. Case: "El Amparo". Redress, sentence of September 14, 1996.

atory nature for States that are a party of the considerations deployed in the sentences, because formally, only the resolvent items are mandatory for the involved States.

2) The Castañeda case relied on the principles of international *pacta sunt servanda* law and not calling upon domestic legal reasons for the failure to comply with the international resolutions, because they are binding on all State powers and organizations⁹.

The following disadvantages are derived from the above:

a) The possible reprobation of the modification of the Member State's Constitution, a country's fundamental and highest law, based on which the American Convention for Human Rights was incorporated to the domestic law, thereby causing enfeeblement of the domestic juridical structure, because if to adopt the Convention it is necessary that the same matches the Constitution, the fact that later on it is declared nonconventional in some provisions, implies that originally the Convention could not have been legally adopted.

b) The obligation of the criteria set forth by the Inter-American Court of Human Rights to the Constitutional Court of the Member Country, which means the subordination of the Member Country highest Tribunal criteria responsible of the interpretation of its Constitution, to the Inter-American Court, subordinating the constitutional interpretation to the conventional one, which undermines the court's autonomy, condition granted by the State in exercise of its sovereignty¹⁰.

3) What is the boundary of international law in the face of the sovereignty of the Member States? In my country, an international treaty cannot modify a constitutional provision that sets competence of one of the Powers of the Union, as under this assumption, this would undermine the powers that the same Constituent reserved for the constitutional court, thereby making it inadmissible for an international pact to deem international jurisdiction as binding for the supreme court of a Nation.

4) In the case of "Campo Algodonero", the conviction to implementa II measures imposed in the penal processes related to disappearance, mistreatment, and deprivation of life of persons (not only those described above, concretely), lead to the following doubts:

⁹ *Cfr. Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú Case*. Sentence Fulfillment. Resolution by the Inter-American Court of Human Rights, dated November 17, 1999. Series C No. 59, third consideration; *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú Case*, supra nota 1, fifth consideration, and *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador Case*, supra nota 1, fifth consideration.

¹⁰ Recently, the Supreme Court Plenum resolved the unconstitutionality action 22/2009 (March 4, 2010), in which, although the basic topic is not related to treaties on human rights, the issue of whether Constitutional Article 102 protects only those human rights covered by the Constitution or if it extends to those covered by international treaties was discussed in the plenum. By a majority of seven votes, it was determined that the Supreme Court of Justice of the Nation can only control direct violations to the Constitution, that is those human rights therein described, when dealing with the unconstitutionality action, though not implying lack of protection for citizens, as there are other means of contesting (*amparo* trial), that become procedural.

a) To what extent is it possible, based on concrete cases, to convict a State to comply with measures that are beyond those cases and imply general policies?¹¹

b) The measures to which the State is convicted represent structural modifications that require educational changes and training the people in general, as well as budgetary resources to make them effective, understanding that those measures are dictated during an economic crisis and said transformation require long term policies, which results cannot be seen in the short term.

c) México is undergoing a situation of insecurity – in some way caused by a government policy of not tolerating, but combating drug trafficking – which not only can be a State responsibility, especially if it is a country of transit for drug consumption. Consequently, the State is not the only entity responsible for the insecurity and violence in Juárez, and the State is not the only entity qualified to adopt the pertinent measures, as the mentioned one.

d) The situation in Juárez is also the consequence of being a city with a borderline continuity solution with El Paso, Texas, USA, thereby producing a large number of maquiladoras that provide labor, while the USA provides the technology. This is primarily carried out by woman with unprotected and uneducated children, and then it is necessary to obtain international cooperation to change the development, safety and educational conditions of its population and to train authorities and the police force.

5) In the Radilla case, the claims of the “Campo Algodonero” case are repeated, as the military intervention in several locations in the country has been caused by the situation of poverty and insecurity of the economic crisis and the government policy to combat drug trafficking, so the previous statements are valid also in this case.

The specific problems are the following:

a) The Inter-American Court rejected the plea *ratione temporis* asserted by the Mexican Government because the facts referring to the case, the forced disappearance of Mr. Rosendo Radilla Pacheco, took place from August 25, 1974, prior to accession to the Convention (1981) and more so to subject to the jurisdiction of the Court (1998), regarding which an exception was made as to operate regarding subsequent judicial facts or actions, so there would be no retroactive effect

The Inter-American Court disesteemed such exception under the essential consideration that those were actions with an ongoing and permanent character.

Doesn't this mean unawareness of the expressed will, claimed by the Mexican State when accepting the contentious competence of the Inter-American Court?

Is it procedural to apply Penal Law criteria in the international environment?

¹¹ The invocation of the duty of the state responsible for compliance with the guarantee of **non-repetition** is expected, under Article 1 of the Convention (obligation to respect and guarantee the rights recognized in the Convention without discrimination) and its article 2 (duty to adopt domestic legislation to give effect to those rights.) However, this is a jurisprudential approach, not a legal one.

b) The Inter-American Court held invalid the reservation made by Mexico to ratify the American Convention on Forced Disappearance of Persons on that, constitutionally, the military is not a special jurisdiction

It was held invalid because it suspends a fundamental right, which content cannot be annulled, namely, the human right to a natural judge and a proper investigation and timely punishment of those responsible for perpetrating the forced disappearance of persons

c) The Inter-American Court imposes interpretation criteria over Constitutional Article 13 and holds it unnecessary to order its modification, grounded on the interpretation made of the military jurisdiction, consisting in the fact that in democratic Countries, penal military jurisdiction tends to disappear in times of peace, so if it is preserved, its use must be minimum and only applicable to active soldiers when the military judicial assets are affected.

d) An *ex officio* conventionality is imposed between internal standards and the American Convention on the part of domestic judges and courts, as well as adequacy of constitutional and legislative interpretations of the criteria of material and personal jurisdiction of military courts established by the Inter-American Court.

e) The State is sentenced to implement ongoing training courses on jurisprudence analysis of the Inter-American System for the Protection of Human Rights regarding the limits of the military penal jurisdiction, as well as an educational program on proper investigation and processing of acts of forced disappearance of persons, mentioning the sentence issued by the Court and the human rights international treaties undersigned by Mexico.

6) As stated earlier, although formally the Mexican State is bound in those cases in which it is a party and, specifically, the resolutive items in the relative sentences; in the exposed cases, the Inter-American Court imposes its general criteria and integrates several paragraphs of its considerations in the resolutive items, also making mandatory the *ratio decidendi*¹².

7) There is no legal foundation for the Inter-American Court to make resolutions with expansive effects; if so, that would be a jurisprudential foundation and jurisprudence derived from cases in which Mexico has not been Party cannot be binding, and should only be taken into account.

8) Article 63.1 of the American Convention sets forth that when the Court determines that the State violated any of the rights or liberties protected by said instrument, it will dictate measures to ensure that the victim recovers the seized rights or freedom, as provided by said instrument and, if applicable, that said individual is redressed of the damage and a fair indemnification is paid. This is to say, that *ultra*

¹² It could be said that similarly to other juridical systems, the Inter-American Court uses the obligatoriness system of the judicial precedent (*stare decisis*).

petita (beyond the request) or *extra petita* (out of the request) decisions are not contemplated.

In conclusion, the pendulum has the advantage of oscillating rhythmically what an inconvenient though its movements and sequences remain predictable. Protons and neutrons have unpredictable movements. No Court shall ever resemble the proton-neutron, but shall remain always predictable.

Harmony in the joining of the Nations Organization and its International Courts and Tribunal son Human Rights – system’s axis – shall benefit every member of the multiple subsystems.

There is much to do so that human rights are efficiently protected by the States and by international organizations. The Mexican Federal Judicial Power, through my voice takes a vow on that.

And, personally, I believe that Recasen’s idea that Law and Life cannot be dissociated, gains a valuable juridical-procedural rank.

Meanwhile, we shall nestle ourselves with the following affirmation: “When the heart must decide, it’s better that the head makes the decision”¹³

РЕЗЮМЕ

Верховный Суд Мексики на протяжении всей своей деятельности опирался и опирается на уважение и обеспечение прав и свобод человека, которые закреплены в Конституции Мексики, а также во многих международных правовых документах. Суд считает, что права и свободы человека должны соблюдаться при любых обстоятельствах и в любом случае.

В результате некоторых решений Межамериканского суда по правам человека Мексика столкнулась с некоторыми проблемами, связанными с соблюдением прав и свобод человека. С точки зрения правовой иерархии, Конституционный Суд Мексики постановил, что международные договоры, подписанные Мексикой, хотя и находятся на второй степени иерархической системы законодательства Мексики и стоят выше федеральных законов, но по своей значимости уступают федеральной конституции и стоят ниже её. Эту концепцию Верховный Суд Мексики утвердил в решении во делу *Mc Cain* от 2002 года. В нём часто говорится, что Основным Законом страны является Федеральная Конституция, поэтому международные договоры и конвенции, подписанные Мексикой, находятся на второй иерархической позиции, но в

¹³ Enrique Jardiel Poncela, <http://www.proverbia.net/citasautor.asp?autor=772&page=1>

то же время имеют большую правовую значимость, чем федеральные законы, которые по своей значимости уступают и конституции, и международным конвенциям. Однако в этом решении есть исключение, согласно которому эта иерархическая система не распространяется на международные конвенции по правам и свободам человека. Верховный Суд Мексики ещё не выразил свою окончательную позицию по этому вопросу, и он остаётся нерешённым. Из-за этого возникают коллизии между национальным и международным правом, что безусловно влияет на эффективность конституционного правосудия в стране и ставит Верховный Суд в затруднительное положение.



РЕШЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ЛИТОВСКОЙ РЕСПУБЛИКИ В КОНТЕКСТЕ ИНСТИТУТА ИНДИВИДУАЛЬНОЙ ЖАЛОБЫ

АРМАНАС АБРАМАВИЧЮС

*Судья Конституционного Суда
Литовской Республики*

Свое научное исследование я мог бы начать и заключить одним предложением: «В Литве нет никаких проблем, связанных с реализацией решений Конституционного Суда Литовской Республики, принятых на основе индивидуальной конституционной жалобы, так как в правовой системе Литвы институт индивидуальной конституционной жалобы отсутствует».

Поэтому я хочу уточнить тему. В данном контексте следовало бы отметить, что примерно три года тому назад было принято политическое решение о закреплении института индивидуальной конституционной жалобы в правовой системе Литвы – Сейм Литовской Республики (Парламент) постановлением от 4 июля 2007 г. утвердил концепцию законодательного закрепления института конституционной жалобы.

Пока это только концепция, в которой закреплена предлагаемая модель конституционной жалобы, в связи с этим предусмотрена реформа правовой системы Литвы. Так, одним из важнейших вопросов, требующих обязательного решения при проведении правовой реформы, является изменение Конституции Литовской Республики. В данном случае надо отметить, что согласно ныне действующей Конституции обращаться в Конституционный Суд по поводу проверки соответствия правового акта Конституции или соответствия подзаконного правового акта закону могут только следующие субъекты: Парламент или группа парламентариев; Президент Республики; Правительство и суды. Право обращения для других субъектов, включая частных лиц, в Конституции не предусмотрено. Это означает, что потребуются внесение поправок в Конституцию, чтобы частное лицо, считающее что его права или свободы были нарушены, получило бы право непосредственно обратиться в Конституционный Суд по поводу защиты этих прав или свобод.

Далее о модели конституционной жалобы, закреплённой в уже упомянутой концепции, и о дискуссиях, проходивших при обсуждении это-

го вопроса. Наверно, надо признать, что стремление закрепить институт конституционной жалобы неразрывно связан с усиливающейся в настоящее время тенденцией к конституционализации права. Повышение значения Конституции во всех областях правовой защиты государства, общества, т.е. конституционализация права — это явление, присущее не только Литве, но и многим другим государствам мира. Во всем этом процессе конституционализации права очень важная роль отводится Конституционному Суду — специальному институту конституционной юстиции, осуществляющему судебный конституционный надзор. Конституционный Суд, рассматривая дела, не только гарантирует охрану основных прав и свобод, закрепленных в Конституции, не только осуществляет контроль за тем, чтобы органы государственной власти не превышали установленные им в Конституции полномочия, но и напрямую воздействует как на правотворчество, так и на правоприменительную практику. Думается, что именно в контексте упомянутого процесса конституционализации права, в контексте смысла и значимости Конституции, полномочий Конституционного Суда должен рассматриваться и вопрос об институте конституционной жалобы и о закреплении его в правовой системе государства.

Обсуждение предполагаемой модели института конституционной жалобы сопровождалось острыми дискуссиями среди правовой, и не только правовой, общественности Литвы по поводу необходимости такого института. Часто ставился вопрос: является ли закрепление права лица непосредственно обращаться в Конституционный Суд правовой неизбежностью, происходящей из стремления лучше защитить права и свободы личности, из стремления обеспечить более действенный судебно-конституционный надзор, или это всего лишь правовая возможность?

Наверное, надо согласиться с высказанной в правовой литературе точкой зрения, что институт конституционной жалобы нельзя считать обязательным для современных конституционных судов¹. Назначение конституционной жалобы состоит в защите индивидуальных, субъективных прав человека, гарантированных Конституцией, и вместе с тем — в обеспечении конституционного правопорядка. Сторонники института конституционной жалобы утверждали, что право лица непосредственно обращаться в Конституционный Суд гарантирует более эффективную защиту конституционных прав личности. Согласно их позиции, институт конституционной жалобы создает для лица возможность непосредственной защиты нарушенных, по его мнению, прав. Например, в правовой науке Германии разрешение лицу участвовать в процессе осуществления конституционного правосудия расценивается как само собой разумеющийся признак правового государства,

¹ Гарлицки А. Конституционная жалоба в Польше / Сборник материалов международного семинара. Т.2. Конституционный контроль и защита прав человека. - Ереван, 21-25 октября 1997 г.

наивысшее достижение такого государства. В данном контексте надо отметить, что в абзаце 2 ст. 6 Конституции Литовской Республики закреплено: «Каждый может защищать свои права, основываясь на Конституции». Думаю, что в Литве при введении института конституционной жалобы вышеупомянутое положение Конституции будет конкретизировано и в определенном аспекте будет обеспечено осуществление данного положения.

В дискуссиях о закреплении института конституционной жалобы в правовой системе Литвы можно было услышать и такое мнение, что такой институт «приблизит» Конституционный Суд к людям, к их проблемам. В данном случае вряд ли правильно было бы связывать институт конституционной жалобы с «приближением» Конституционного Суда к людям. Наверное, правильней было бы говорить о том, что при существовании института конституционной жалобы Конституционный Суд мог бы лучше идентифицировать имеющиеся в государстве и в обществе проблемы, связанные с пониманием и применением положений Конституции. Институт конституционной жалобы повлиял бы и на развитие конституционной доктрины.

По поводу института конституционной жалобы высказывались и другие, противоположные мнения. К примеру, некоторые ученые утверждали, что правовые системы, в которых институт конституционной жалобы отсутствует, являются более эффективными по сравнению с теми, в которых такой институт имеется. Одним из доводов, обосновывающих такое мнение, было то, что, как показывает практика стран, имеющих такой институт, только в небольшой части дел по таким жалобам (около 5 процентов) принимаются положительные решения. Другой довод — в данном случае только затягивается осуществление правосудия, и поэтому Конституционный Суд будет загружен дополнительной работой, фактически не имеющей значения для осуществления конституционного правосудия. Некоторые ученые в споре о необходимости института конституционной жалобы в правовой системе Литвы также придерживались уже высказанного в правовой литературе мнения о том, что концепция конституционной жалобы является следствием стремления к идеалистически-утопической модели правового государства и что в реальности для подачи конституционной жалобы устанавливаются различные условия, ограничения, из-за которых такое право человека становится фикцией².

Вообще, некоторые юристы и политики спрашивали, что изменилось в Литве за 16 лет (именно столько времени в Литве действовал Конституционный Суд), из-за чего вдруг потребовалось закрепить право человека непосредственно обращаться в Конституционный Суд. Одни утверждали, что в Литве и так существует широкая система органов,

² Пферсманн О. Селективное правовое государство и конституционная жалоба // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003, No. 3(44). - С. 175-181.

в которые лицо может обратиться по поводу защиты его прав и свобод. Например, лицо, считающее, что его права или свободы были нарушены, в Конституционный Суд может обратиться косвенно, т.е. через административные суды или суды общей компетенции. Я лично не являюсь ни горячим сторонником, ни ярким противником института конституционной жалобы. Как говорится, вопрос о том, сколько ему осталось жить, пессимист задает кукушке, а оптимист — дятлу, ну а реалист берет свою медицинскую карту и идет к врачу. Так и в Литве. Дискутируя об институте конституционной жалобы, надо иметь в виду, что политическое решение о введении этого института в правовую систему уже принято. Значит, речь сейчас может идти лишь о содержании модели института конституционной жалобы. Можно дискутировать о создании правовых, материальных и организационных предпосылок, обязательных для введения данного института в правовую систему Литвы.

В данном случае следует отметить, что вопрос о необходимости института конституционной жалобы, т.е. о праве человека непосредственно обратиться в Конституционный Суд для защиты его прав и свобод, стал актуальным во время экономического кризиса, когда законодателем был принят ряд решений, ограничивающих социальные права человека.

Так временно (на срок экономического кризиса) были снижены оклады должностных лиц, государственных служащих, пенсии и некоторые другие социальные выплаты. После таких решений о снижении пенсий, окладов и других социальных выплат в Конституционный Суд обратилась группа парламентариев с просьбой разъяснить, можно ли во время кризиса уменьшать определенные социальные гарантии человека, и если можно это делать, то каких требований обязан придерживаться законодатель, устанавливающий правовое регулирование по снижению пенсий, окладов должностных лиц, государственных служащих.

В данном случае надо отметить, что по законодательству Литвы лица, участвовавшие при рассмотрении дела в Конституционном Суде, а также определенные должностные лица (например, Генеральный прокурор) имеют право обращения в Конституционный Суд с просьбой разъяснить положения, изложенные в ранее принятом им акте. Конституционный Суд при разъяснении этих положений не может менять содержания самого постановления. Так как в своих предыдущих постановлениях Конституционный Суд уже констатировал, что в исключительных случаях (например, во время экономического кризиса) величина окладов должностных лиц и государственных служащих, величина пенсии может быть временно снижена с соблюдением при этом конституционных принципов пропорциональности, равноправия, правомерных ожиданий, а также с соблюдением других требований, вы-

текающих из Конституции, заявитель просил уточнить, конкретизировать вышеуказанные положения.

В этом разъяснении Конституционный Суд сформулировал достаточно обширную доктрину по вопросу уменьшения окладов, пенсий на время экономического кризиса. Я хотел бы коснуться некоторых аспектов этой доктрины. Так Суд разъяснил, что экономический кризис сам по себе не является поводом для уменьшения зарплат, пенсий, что пенсии, оклады могут быть уменьшены лишь в крайнем случае, т.е. только в этом случае если из-за экономического кризиса в бюджете не хватает средств для выплаты пенсий, окладов, и нет никаких объективных возможностей восполнить эту недостачу. Так же Конституционный Суд разъяснил, что уменьшение окладов, пенсий может быть предусмотрено только на один бюджетный год, и при утверждении нового бюджета этот вопрос должен рассматривается заново.

Конституционный Суд констатировал, что наряду с уменьшением пенсий в законе должен быть установлен порядок, согласно которому по окончанию кризиса пенсионерам будут компенсированы потери, возникшие в результате уменьшения их пенсий. Иными словами, Суд разъяснил, что по окончании экономического кризиса в разумный промежуток времени пенсионерам должна быть возвращена та часть пенсии, которая из-за кризиса им не была выплачена. Такое разъяснение основывалось на том, что в практике Конституционного Суда Литвы утвердилась доктрина о праве на пенсионную выплату как о праве на собственность. В этом разъяснении Конституционного Суда был затронут и вопрос защиты социальных прав работающих пенсионеров. Так, по законодательству, принятому во время экономического кризиса, пенсии работающим пенсионерам были уменьшены в большем размере, чем неработающим пенсионерам (например, некоторым работающим пенсионерам, в зависимости от их трудовых доходов, пенсии были уменьшены до 70 процентов). По этому вопросу Конституционный Суд разъяснил, что такая правовая ситуация по Конституции невозможна. Суд исходил из того, что право каждого человека свободно осуществлять выбор работы и право на пенсию по старости – это прочно закрепленные конституционные права. Поэтому Суд констатировал, что пенсионерам, которые имеют работу, размер пенсии по старости не может снижаться в большем объеме, чем неработающим пенсионерам, только по той причине, что такие пенсионеры работают.

Конституционный Суд разъяснил, что если во время кризиса уменьшаются оклады должностных лиц, то никаких исключений не может быть и для членов Сейма. После такого решения Суда группа членов Сейма зарегистрировала законопроект, в котором предусматривалось уменьшение окладов членов Сейма и судей Конституционного Суда. Этот законопроект не был принят. В дальнейшем оклады были умень-

шены фактически всем лицам, работа которых оплачивается из государственного бюджета.

И вообще, можно вспомнить, что в начале экономического кризиса, когда начались дискуссии о том, что надо уменьшать оклады должностным лицам, Сейм обратился в Конституционный Суд. Он просил разъяснить, можно ли уменьшать зарплату и другие выплаты членам Сейма. Такой запрос основывался на том, что по Конституции Литвы работа члена Сейма, а также его расходы, связанные с парламентской деятельностью, оплачиваются за счет средств государственного бюджета и что это является одной из гарантий независимости члена Сейма.

В контексте вопроса права на конституционную жалобу нужно отметить, что разъяснения Конституционного Суда фактически не влекут никаких юридических последствий, поэтому думается, что институт конституционной жалобы обеспечил бы более эффективную защиту социальных прав и свобод человека, особенно во время экономических кризисов.

Подводя итоги, я хочу вкратце высказаться по поводу предполагаемой модели института конституционной жалобы. Эта модель уже закреплена в упомянутой Концепции о введении института конституционной жалобы. В данной концепции предусмотрено, что с конституционной жалобой в Конституционный Суд будут иметь право обращаться как физические, так и юридические лица. Основанием конституционной жалобы является норма, на основании которой было принято решение, по мнению заявителя, ущемляющее его права и свободы. В данном контексте надо отметить, что в одних странах закреплена так называемая «широкая» модель конституционной жалобы, которая означает, что такая жалоба может быть подана не только по поводу соответствия Конституции нормы, которая является основанием конкретного решения, но и по поводу формы применения данной нормы. Например, в таком случае заявитель свою конституционную жалобу может обосновывать тем, что при применении нормы были нарушены его процессуальные права (право на независимый суд, право иметь адвоката, переводчика и т.д.), или тем, что норма была применена способом, который противоречит Конституции, т.е. основанием для применения нормы является ее интерпретация, не соответствующая Конституции. В других странах (например, в Польше) институт конституционной жалобы основан на более узком понимании такой жалобы, т.е. так называемая конституционная жалоба по поводу правовой нормы. Именно такая модель конституционной жалобы закреплена и в уже упомянутой в этом докладе Концепции, утвержденной Сеймом Литвы. В данной концепции также предусмотрено, что в Конституционный Суд с конституционной жалобой можно будет обращаться лишь после исчерпания всех других способов правовой защиты. Установлен предполагаемый срок для подачи конституционной жалобы —

3 месяца от даты принятия окончательного решения. Согласно концепции, конституционную жалобу смогут составлять только адвокаты, за исключением лиц, имеющих высшее юридическое образование (они могут составлять такие жалобы самостоятельно).

Итак, концепция существует, и теперь дело осталось за малым — воплотить эту концепцию в жизнь. Один известный американский писатель сказал, что американцы имеют свободу слова, свободу совести и достаточно ума не так часто пользоваться этими правами. Перефразируя эту мысль в отношении института конституционной жалобы, можно было бы сказать, что в мы в Литве имеем Конституцию, Конституционный Суд, и, надеюсь, будем иметь достаточно ума, чтобы в правовых актах закрепить такую модель института конституционной жалобы, которая гарантировала бы более эффективную защиту прав человека и соответствовала бы ожиданиям общества.

SUMMARY

The author presents the proposed model institution of constitutional complaint. This model is already enshrined in the concept of introducing the institution of constitutional complaint. This concept provides that both physical and legal persons will have the right to address the constitutional complaint to the Constitutional Court. The basis of the constitutional claim is the norm, on the basis of which a decision was adopted, which according to the applicant, violates his rights and freedoms. In this context it should be noted that in some countries the so-called "broad" model of constitutional complaint is enshrined, which means that such a complaint may be filed not only on the constitutionality of the norm which serves as norms for the decision, but also on the form of this norm. For example, in this case, the applicant can substantiate his constitutional complaint by the fact that, while exercising that norms his procedural rights have been violated (right to an independent judiciary, right to counsel, interpreter, etc.) or the fact that the norm was applied in a way that contradicts Constitution, i.e. grounds for the application of its interpretation is not unconstitutional.



ИНДИВИДУАЛЬНАЯ (КОНСТИТУЦИОННАЯ) ЖАЛОБА В АРСЕНАЛЕ ОРГАНА КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН¹

ВИКТОР МАЛИНОВСКИЙ

*Член Конституционного Совета
Республики Казахстан, доктор юридических наук*

Многоуважаемый Гагик Гарушевич!

Уважаемые коллеги и друзья!

Позвольте выполнить высокую и прекрасную миссию и от имени Конституционного Совета Республики Казахстан и его Председателя Игоря Ивановича Рогова поздравить Вас с 15-летием Конституции Республики Армения. Искренне желаем всем гражданам Армении счастья, благополучия, успехов и процветания.

Мне также приятно высказать слова признательности Конституционному Суду Республики Армения и лично Гагику Гарушевичу за вклад в развитие науки конституционного права в условиях политической модернизации и одного из её ключевых разделов — о правовой охране конституции. За отменную нынешнюю юбилейную XV Ереванскую международную конференцию. За ту высокую миссию, которую Вы несете в жизнедеятельности Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии, в распространении опыта их становления и деятельности в весьма непростых условиях. Каждая Ваша статья², каждый номер журнала «Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии» у специалистов вызывает большой интерес.

Сегодня на благодатной армянской земле я — казахстанец — также

¹ Далее в отдельных случаях вместо полного названия «Республика Казахстан» применяется аббревиатура «РК».

² См. напр.: Арутюнян Г.Г. Некоторые характеристики конституционно-правового развития в странах постсоветского пространства//Вестник Конституционного Совета Республики Казахстан, 2010, вып.17. - С.48-53; Его же. Логика развития системы конституционного правосудия: опыт и перспективы//Международный альманах. Конституционное правосудие в новом тысячелетии. - С. 21-40; Деформация конституционализма в Евразийском пространстве. Интервью с Председателем Конституционного Суда Республики Армения, доктором юридических наук, профессором Арутюняном Гагиком Гарушевичем//Евразийский юридический журнал, 2010, №7(26). - С. 5-9.

не могу отказать себе в удовольствии еще раз выразить свое почтение моему Учителю — выдающемуся конституционалисту, заведующему кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, Заслуженному деятелю науки Российской Федерации, доктору юридических наук, профессору, прекрасному Человеку — Сурену Адиебековичу Авакьяну. Он сыграл определяющую роль в моей судьбе, как и в творческом росте многих других ныне именитых мэтров-ученых не только в Казахстане, Армении, России — на пространстве бывшего СССР, но и за его пределами. Долгих ему лет счастливой жизни!

Поделюсь также удовлетворением от профессионального заинтересованного сотрудничества Конституционного Совета РК и Венецианской комиссии Совета Европы, равного и ровного отношения ее президента и членов к странам вне зависимости от уровня их развития или географического положения.

Практика функционирования государственности стран, особенно молодых демократий, показала, что сформировать устойчивый конституционализм и прочный режим конституционной законности без эффективного института конституционного контроля весьма сложно. И здесь я полностью согласен с высказанным сегодня Председателем Конституционного Суда России глубокоуважаемым В.Д. Зорькиным мнением о том, что стоящий перед нами главный вызов, с которым мы все должны непременно справиться, это — обеспечение реального верховенства прав и свобод человека и гражданина.

Если попытаться обобщить основные функции органов конституционного контроля, то к ним относятся: официальное толкование конституции; защита прав и свобод человека и гражданина; проверка соответствия основному закону иных нормативных правовых актов; решение споров между государственными органами о компетенции; участие в привлечении к конституционно-правовой ответственности высших должностных лиц. Определенное распространение получили также полномочия по разрешению споров по поводу выборов и референдума; по санкционированию определенных действий высших госорганов; по вынесению решений о конституционности политических партий. В отдельных странах ислама светский конституционный контроль дополнен религиозным. Правильно будет сказать, что все эти направления деятельности по большому счету сориентированы на создание дополнительных гарантий реализации гражданами своих прав и свобод.

В зависимости от правовой системы, традиций общества, менталитета чиновников, правовой культуры населения и многих других обстоя-

тельств получает оформление и конкретный статус орган конституционного контроля, наделяемый соответствующими полномочиями и средствами их реализации. Конечно, в столь высоко профессиональной аудитории не имеет смысла доказывать аксиому, что в каждой стране институт конституционного контроля опирается на комплекс как государственных, так и общественных начал.

Вместе с тем уверен в целесообразности рассмотрения вероятности и возможности выработки оптимальной модели органа конституционного контроля для ситуации оптимального (в отличие от идеального и реального) конституционализма³. *Включая и такой действенный инструмент как индивидуальная (конституционная) жалоба.*

Все мы также прекрасно понимаем принципиальные отличия действующих систем органов конституционного контроля (правосудия). Но мы также видим и другое. А именно – развитие смешанных органов, в компетенции и организации деятельности которых присутствуют признаки и американской (англо-саксонской) и европейской (континентальной) моделей. При этом начинают совмещаться, казалось бы, такие характеристики, которые длительное время в науке и практике скорее противопоставлялись.

Результатом раздумий на этот счет стала следующая мысль. Чем больше мы отталкиваемся от классики (или сводим все к ней), чем больше мы говорим об общих чертах, тем больше на примерах конкретных государств вынуждены уходить от этой самой классики. По-моему, сегодня в мире постепенно главным становится не соблюдение каких-то канонов, а стремление к эффективному осуществлению того общего предназначения и тех общих функций органов конституционного контроля, результатом которых и должно стать максимальное обеспечение общих цивилизационных и конкретных национальных конституционных ценностей. Признание данного вывода автоматически снимает вопросы, какая из систем органов лучше (общий суд, конституционный суд или конституционный совет) или какой их видов конституционного контроля предпочтительнее (абстрактный или конкретный, предварительный или последующий, обязательный или факультативный...).

Недавно по российскому телеканалу «Усадьба» услышал от одного израильского архитектора, что он занимается «клинической архитектурой». То есть создает дома не по какой-то типовой модели (марокканской, британской, французской и пр.), а по желанию заказчиков. Все, начиная от внешнего вида, планировки помещений, материалов, конструкций и кончая мебелью и убранством. Результатом довольны

³ Например, профессор В.Д. Зорькин анализ конституционализма весьма убедительно проводит в координатах «идеального» и «реального» с напряженным поиском «оптимального» для данной конкретно-исторической ситуации, обусловленной многочисленными страновыми особенностями и окутанной путями всевозможных рисков. Зорькин В.Д. Современный мир, право и Конституция. – М.: «Норма», 2010.

все: и тот, кто проектирует, и кто строит, и кто живет в таком доме. А что, если и нам постепенно выйти на подобный «клинический» конституционный контроль?

Здесь же и определение степени (объема) конституционной подконтрольности таких сфер, как действие единства и разделенности государственной власти, состояние правовой системы, балансы в политико-территориальном устройстве государства, обеспечение прав и свобод человека и гражданина и других сфер.

Думаю, что в нашей аудитории мы все поднимем обе руки за максимальный конституционный контроль. И это очень правильно. Но это в идеале. А как быть с «оптимальным», «клиническим» конституционным контролем. Вероятно, в условиях транзитного состояния постепенно упрочающейся демократии органы конституционного контроля должны быть максимально сориентированы на защиту прав и свобод человека и гражданина. И, возможно, несколько в меньшей степени — на эволюцию принципа разделения властей (где, скорее всего, больше подходят средства профилактики, максимально точечного «позитивного» воздействия во избежание кризисов власти и «неприятностей» для самого конституционного контроля).

К слову, и в сфере конституционного статуса человека и гражданина все далеко не просто. Достаточно вспомнить такое полномочие, как рассмотрение и оценка конституционности правоприменительной практики. И ту тончайшую грань, которая отделяет конституционный контроль от правоохранительной и судебной деятельности. Здесь, как нигде в иной сфере, переплетаются функции, полномочия и деятельность органов внутренних дел, национальной безопасности, МЧС, прокуратуры, судов, правозащитных организаций, включая международные. Вероятность подмены этих органов должна быть сведена к минимуму. Соответственно, применяться и разновидности конституционного контроля, наборы субъектов-инициаторов конституционного производства и соответствующие процедуры.

В арсенале конституционного контроля на особом месте пребывает индивидуальная (конституционная) жалоба. Безусловно, она имеет несомненные плюсы. Вместе с тем требует и особую корректность в правовой регламентации и практике применения. Иными словами, прямой доступ граждан к конституционному контролю должен быть обеспечен юридическими гарантиями, предупреждающими от злоупотребления им в корыстных целях отдельными политическими силами. Некоторые выступившие сегодня коллеги говорили о необходимости введения специальных «фильтров», которые бы предупреждали конституционные суды от завала неподведомственными им жалобами.

Республика Казахстан, пожалуй, как ни одна из стран СНГ, обладает собственным опытом строительства конституционного контроля. Показательно, что именно *институт индивидуальной (конституционной) жалобы* сыграл важнейшую роль в его реформировании.

Однако обо всем по порядку.

Уже в мае 1990 года, то есть практически сразу после учреждения поста Президента Казахской ССР был разработан законопроект, предусматривающий создание в стране Комитета конституционного надзора с весьма ограниченными полномочиями по образцу Комитета конституционного контроля СССР. Но этот закон так и не был принят.

Отправной точкой рождения конституционного контроля в Казахстане правильно считать Конституционный закон РК от 16 декабря 1991г. «О государственной независимости Республики Казахстан». В следующем году мы будем праздновать 20-летие государственной независимости нашей страны. В ст. 10 данного исторического акта закреплено следующее: «Высшим органом судебной защиты Конституции является Конституционный Суд Республики Казахстан».

Нормы о Конституционном Суде позже были включены в первую Конституцию страны, принятую 28 января 1993 г. В становлении конституционализма в Казахстане знаменательным явилось принятие 5 июня 1992 г. двух законов: «О Конституционном Суде Республики Казахстан» и «О конституционном судопроизводстве в Республике Казахстан».

Законом РК от 5 июня 1992 г. «О Конституционном Суде Республики Казахстан» был впервые институционализирован новый орган конституционной законности и верховенства Конституции РК.

Важнейшим показателем возможностей органа конституционного контроля оказывать реальное влияние на конституционный процесс является его компетенция. В ст. 2 Закона было установлено, что Конституционный Суд разрешает споры, прежде всего, о соответствии Конституции РК: актов государственных органов; действий ее высших должностных лиц; практики применения конституционного законодательства Республики Казахстан. Конституционный Суд был правомочен рассматривать дела о соответствии Конституции РК практически всех нормативных правовых актов, включая акты нормативного характера, принимаемые Генеральным прокурором РК; руководящие разъяснения пленумов Верховного Суда РК, а также Высшего Арбитражного Суда РК.

Весьма показательным было вменение в обязанность Конституционного Суда РК рассмотрения дел о конституционности правоприменительной практики, затрагивающей конституционные права граждан.

Особо отмечу право Конституционного Суда по собственной инициативе возбуждать судопроизводство по вопросам о соответствии Конституции РК законов и нормативно-правовых актов, а также о конституционности правоприменительной практики, затрагивающей конституционные права граждан Республики Казахстан.

Юридическая сила решений Конституционного Суда определялась ст. 11 Закона. В случае установления неконституционности законов и иных нормативных актов в целом или в части их действие отменялось на территории Республики Казахстан. Решения судов и других правоприменительных органов, основанных на нормативном акте, признанном неконституционным, исполнению не подлежали.

Деятельность Конституционного Суда РК осуществлялась в форме конституционного судопроизводства. 5 июня 1992 года вместе с Законом о Конституционном Суде был принят Закон «О конституционном судопроизводстве в Республике Казахстан», которым подробно регламентировалась процедура работы Конституционного Суда.

Круг субъектов-инициаторов возбуждения производства характеризует доступ к конституционному правосудию. Согласно ст. 18 Закона о конституционном судопроизводстве правом обращения в Конституционный Суд, наряду с государственными органами и должностными лицами, обладали республиканские органы общественных объединений – по всем вопросам, указанным в подпунктах 1-4 п. 1 ст. 10 Закона «О Конституционном Суде Республики Казахстан», Академия наук – по вопросам о соответствии Конституции РК законов.

Статей 101 Конституции РК 1993 г. было впервые установлено, что суды не вправе применять закон, противоречащий Конституции РК. В случаях, если суд усматривал, что закон или иной нормативный акт, подлежащий применению, противоречит Конституции РК, то суд обязан был приостановить производство по делу. Далее он должен был обратиться в Конституционный Суд с представлением о признании этого закона неконституционным. К слову, данное прогрессивное положение Конституции 1993 г. было воспринято действующей Конституцией РК 1995 г. и обеспечивает усиленную защиту конституционных прав и свобод граждан посредством объединения возможностей судебной власти и конституционного контроля.

Правом обращения также наделялись граждане – по вопросам, непосредственно затрагивающим их конституционные права, если они:

- *неподведомственны другим судам;*
- *либо когда другие суды не применили нормы конституционного права, подлежащие применению;*
- *или применили нормы Конституции РК, не подлежащие применению в данном конкретном случае;*

- или неверно истолковали нормы конституционного права.

Таким образом, Законом о конституционном судопроизводстве в Казахстане был учрежден институт индивидуальной (конституционной) жалобы.

За непродолжительное время Конституционным Судом было рассмотрено несколько дел в таком порядке.

Особое влияние на судьбу Республики Казахстан, казахстанского конституционализма и Конституционного Суда оказало решение Конституционного Суда по индивидуальной (конституционной) жалобе — так называемому «делу Квятковской». Бывший кандидат в депутаты Верховного Совета РК Татьяна Квятковская, не будучи избранной депутатом, обратилась в Конституционный Суд с требованием о признании не соответствующими Конституции ряда актов Центральной избирательной комиссии РК по организации 7 марта 1994 года парламентских выборов. Суть иска состояла в том, что численность избирателей Абылайхановского избирательного округа, где она баллотировалась — 90 тысяч — была значительно больше, нежели в ряде других избирательных округах (например, Байконурский округ — 17 тысяч), в результате чего нарушались конституционные права кандидатов в депутаты и избирателей, т.е. конституционный принцип равного избирательного права. Она считала неконституционной также рекомендацию Центризбиркома, согласно которой при подсчете голосов признавался действительным бюллетень, в котором избиратель не вычеркнул ни одной фамилии кандидата. Причем голос такого избирателя приплюсовывался к итогам каждого из указанных в бюллетене кандидатов.

В результате скрупулезной, длившейся почти год подготовки дела, Конституционный Суд согласился с доводами Т. Квятковской и Постановлением от 6 марта 1995 г. признал неконституционность данных актов Центризбиркома. Двумя третями голосов от общего числа судей Конституционный Суд отклонил возражения Президента Казахстана и Председателя Верховного Совета (такой институт существовал по Конституции 1993 г.).

Правовые следствия данного Постановления оказались трагическими для Верховного Совета тринадцатого созыва. В Дополнительном определении от 11 марта 1995 г. Конституционный Суд представил Президенту РК по его обращению следующее толкование постановления от 6 марта 1995 г. «В соответствии со статьей 131 Конституции Республики Казахстан признание неконституционности указанных в пункте 1 Постановления Конституционного Суда от 6 марта 1995 года актов Центризбиркома отменяет на территории Республики Казахстан их действие, а также основанных на них актов Центральной и иных избирательных комиссий, актов других государственных органов, свя-

занных с образованием Абылайхановского избирательного округа города Алматы и проведением в нем выборов, а также подведением итогов голосования и регистрации депутатов Верховного Совета, избранных во всех избирательных округах и по государственному списку 7 марта 1994 года и 22 января 1995 года... Правовым следствием Постановления Конституционного Суда от 6 марта 1995 года является неконституционность полномочий Верховного Совета, избранного 7 марта 1994 года, а также избранных на дополнительных выборах 22 января 1995 года депутатов Верховного Совета...». Было указано при этом, что диспропорции в численности избирателей привели к нарушению принципа равного представительства граждан депутатами в Верховном Совете. При этом еще раз подчеркнуто, что «признанные нарушения Конституции республики имели место на территории Республики Казахстан и в равной мере затрагивали конституционные права всех составляющих электорат граждан».

Сложившаяся ситуация с неконституционностью актов ЦИК и, соответственно, прекращением деятельности Верховного Совета, не могла не поставить под сомнение легитимность всех ветвей власти. На основании Конституции 1993 г. Верховный Совет непосредственно участвовал в формировании различных государственных органов (избирал, назначал либо утверждал их). После решений Конституционного Суда все они были сформированы заново. За время работы, с 19 апреля 1994 г. по 6 марта 1995 г. парламент принял всего 314 актов, в том числе 24 закона. В связи с этим после скрупулезного анализа каждого из данных актов Президент РК Н.А. Назарбаев Указом от 23 марта 1995г. «Об актах Верховного Совета Республики Казахстан» признал действующими и обладающими юридической силой со дня введения в действие 128 актов.

По поводу данного решения Конституционного Суда Уильям Кортни, в те дни посол США в Казахстане, писал: «Казахстан представляет собой уже не школьника, а учителя демократии. Все казахстанцы могут гордиться этим, и США имеют повод гордиться Казахстаном». Именно тогда Конституционный Суд РК был награжден Почетным знаком «За мужество» БДИПЧ/ОБСЕ. Хотя на этот счет были высказаны и иные мнения.

В настоящее время, наряду с общей положительной оценкой большого вклада Конституционного Суда РК в утверждение конституционализма, полезно выделить и некоторые его следующие «уроки».

Во-первых, положение органа конституционного контроля значительно осложнялось переходным состоянием самой Конституции. До 28 января 1993 года она представляла собой пеструю смесь положений и норм неоднократно измененной Конституции (Основного Закона) Казахской ССР 1978 г., Конституционного закона «О государственной независимости Республики Казахстан». В соответствии с последним

«нормы Конституции и иных законодательных актов Республики Казахстан действуют, поскольку не противоречат настоящему Закону». Объективно судьям Конституционного Суда было очень непросто избрать «оригинал» для сопоставления.

Во-вторых, конструкция де-юре мощного, близкого к «идеальному», органа конституционной юрисдикции была де-факто «наложена» на далеко не совершенное и противоречивое по Конституции 1993 г. разделение властей.

В-третьих, в стране в условиях формационной смены общественного строя, в целом, а также государственной формы и механизма государственной власти, в частности, статус столь властного органа конституционного контроля неминуемо пришел в противоречие с далеко не совершенным в функциональном и институциональном отношении государственным аппаратом.

В-четвертых, в тех условиях предоставление Конституционному Суду права оценивать на предмет конституционности правоприменительной практики, а также нормативных правовых актов Генерального прокурора, Верховного и Высшего Арбитражного Судов, мягко говоря, не добавляло конструктивизма в общее дело обеспечения верховенства и прямого действия Конституции.

В-пятых, в 1992 году в казахстанской концепции судебного конституционного контроля восторжествовал абсолют именно последующего конституционного контроля с вытекающими из нее традиционным для теории и «идеального» конституционализма, но опасным для реальной практики следствием утраты юридической силы всех решений (с момента их издания или принятия), основанных на признанном не соответствующим Конституции акте. Заложником именно этого конституционного императива стал Верховный Совет тринадцатого созыва.

В-шестых, ни в 90-х годах, ни в решающей степени сегодня, в обществе не сформировались должная конституционно-правовая культура и негосударственные опоры «оптимального» конституционализма.

Важнейшим положительным итогом описанных решений Конституционного Суда по «делу Квятковской» является то, что в результате создавшейся в 1995 году ситуации прекращения функционирования последнего в истории страны Верховного Совета, с марта 1995 г. по январь 1996 г. временного «единовластия» Президента Республики указами Главы государства, имеющими силу конституционного или «обычного» закона, вся правовая система была переведена «на рельсы» рыночных преобразований и нового государственного строя.

30 августа 1995 г. на всенародном референдуме была принята новая Конституция Республики Казахстан. С изменениями и дополнениями,

внесенными Законами от 7 октября 1998 г. и 21 мая 2007 г., она продолжает успешно действовать, обеспечивая стабильное поступательное развитие общества и в целом эффективное функционирование государства в условиях демократической модернизации.

На основании Конституции 1995 г. образован и с февраля 1996 г. по настоящее время функционирует Конституционный Совет, в статусе, организации и деятельности которого нашел отражение опыт Конституционного Суда и стремление к «оптимальному» конституционному контролю.

Действует специальный Конституционный закон от 29 декабря 1995 г. «О Конституционном Совете Республики Казахстан», в котором он определен как «государственный орган, обеспечивающий верховенство Конституции Республики Казахстан на всей территории республики».

Компетенция Конституционного Совета и перечень субъектов обращения регламентированы предельно четко и исключительно Конституцией РК.

В ст. 72 Основного Закона закреплено следующее:

1. Конституционный Совет по обращению Президента РК, Председателя Сената, Председателя Мажилиса, не менее одной пятой части от общего числа депутатов Парламента, Премьер-Министра: 1) решает в случае спора вопрос о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента и проведения республиканского референдума; 2) рассматривает до подписания Президентом принятые Парламентом законы на их соответствие Конституции Республики; 2-1) рассматривает на соответствие Конституции Республики принятые Парламентом и его Палатами постановления; 3) рассматривает до ратификации международные договоры Республики на соответствие их Конституции; 4) дает официальное толкование норм Конституции; 5) дает заключения в случаях, предусмотренных пунктами 1 и 2 статьи 47 Конституции.

2. Конституционный Совет рассматривает обращения судов в случаях, установленных статьей 78 Конституции.

Статьей 74 Основного Закона установлена юридическая сила решений Конституционного Совета. Законы и международные договоры, признанные не соответствующими Конституции РК, не могут быть подписаны либо, соответственно, ратифицированы и введены в действие. Законы и иные нормативные правовые акты, признанные неконституционными, в том числе ущемляющими закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, отменяются и не

подлежат применению⁴. Решения Конституционного Совета вступают в силу со дня их принятия, являются общеобязательными на всей территории Республики, окончательными и обжалованию не подлежат⁵. Конституционный Совет имеет право определять порядок и сроки исполнения принятых им решений.

Обратим внимание и на ст. 78 Конституции РК, которой предусмотрен *косвенный порядок доступа граждан к конституционному контролю*. Суды не вправе применять законы и иные нормативные правовые акты, ущемляющие закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина. Если суд усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению, ущемляет закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет с представлением о признании этого акта неконституционным. За пятнадцать лет деятельности в Конституционный Совет примерно треть всех дел поступила именно от судов.

Как видим, статус Конституционного Совета РК сконструирован таким образом, чтобы:

- 1) не допустить чьего бы то ни было своеволия в манипулировании институтом конституционного контроля, в том числе посредством изменения компетенции Конституционного Совета;
- 2) пребывая вне классического триединства власти (и не будучи изначально связанным с судебной ветвью), создавать предпосылки для развития доктрины единства государственной власти и разделения властей, в частности, автономной конституционной или контрольной ветви власти;
- 3) максимально сочетать выгоды предварительного и последующего, абстрактного и конкретного видов конституционного контроля;
- 4) учесть и закрепить особенности деятельности по соблюдению Конституции в области обеспечения прав и свобод человека и гражданина, а также организации государственной власти, функционирования высших государственных органов и в других сферах;
- 5) максимизировать ресурс конституционного контроля (предварительного и последующего, абстрактного и конкретного) именно на обеспечении прав и свобод человека и гражданина;

⁴ В ст. 32 Конституционного закона «О Конституционном Совете Республики Казахстан» данное положение сформулировано более конкретно: «2. Законы и иные нормативные правовые акты, признанные неконституционными, в том числе ущемляющие закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, утрачивают юридическую силу и не подлежат применению и отменяются. Решения судов и иных правоприменительных органов, основанные на таком законе или ином нормативном правовом акте, исполнению не подлежат».

⁵ В Казахстане существует институт возражений Главы государства, которые в соответствии с п. 4 ст. 73 Конституции могут быть внесены на решение Конституционного Совета не позднее чем в месячный срок по его получению. Эти возражения Конституционным Советом преодолеваются лишь двумя третями голосов от всего состава. За пятнадцать лет Президент страны лишь три раза пользовался таким «правом вето». Конституционный Совет дважды преодолел его.

- 6) рационально использовать всеобщую обязательность итоговых решений с возможностью определения механизма их исполнения;
- 7) конструктивно объединить деятельность Конституционного Совета и судов, при этом использовать возможности института конституционного контроля на укрепление судебной власти и наоборот;
- 8) максимально исключить фактор политизации членов Конституционного Совета и превышения им своих полномочий;
- 9) постепенно, по мере развития гражданского общества и государства проводить повышение потенциала Конституционного Совета посредством расширения его полномочий и доступа к институту конституционного контроля.

Последний вывод нашел подтверждение при принятии Закона от 21 мая 2007 г. «О внесении изменений в Конституцию Республики Казахстан», которым статья 72 была дополнена подпунктом 2-1, соответствующими дополнениями в Конституцию и названный Конституционный закон были также укреплены гарантии независимости членов Конституционного Совета и исполнимости его решений.

Одним из принципиальных условий эффективного осуществления конституционного контроля в Казахстане выступает взаимопонимание и взаимодействие между Президентом Республики – гарантом неизменности Конституции, прав и свобод человека и гражданина – и Конституционным Советом – органом, обеспечивающим верховенство Конституции на всей территории страны. Подтверждением этого стала также практика принятия на контроль Советом по правовой политике при Главе государства исполнения постановлений и ежегодных посланий Конституционного Совета.

Конституционный Совет (в целом квазисудебный орган защиты конституции) в специальной и учебной литературе чаще всего преподносится как явление исключительное либо временное. Он не получил широкого распространения в мире. Однако есть основания для следующего утверждения: по набору функций и полномочий, юридической силе решений Конституционный Совет РК обладает основными характеристиками именно конституционных судов. Опыт деятельности Конституционного Суда РК (1992-1995 гг.) и практика Конституционного Совета РК (с 1996 по настоящее время) позволяют видеть, что данный орган в рамках действующей формы правления и на данном этапе политического транзита является для Республики Казахстан «оптимальным». *Думается, по завершении реформирования правоохранительных и судебных органов Казахстан вернется к институту индивидуальной (конституционной) жалобы.*

Конституционный Совет осуществляет защиту прав и свобод человека и гражданина при реализации им всех видов конституционного

контроля. Нормативные постановления Конституционного Совета в соответствии со ст. 4 Конституции РК являются одним из важнейших источников действующего права. Содержащиеся в них правовые позиции, а также рекомендации, включаемые в ежегодные послания Конституционного Совета «О состоянии конституционной законности в стране», способствуют дальнейшему утверждению Казахстана в качестве демократического и правового государства, гарантированию конституционных ценностей, а также принципов Республики Казахстан: общественного согласия и политической стабильности, экономического процветания на благо всего народа, казахстанского патриотизма, а также решения наиболее важных вопросов государственной жизни демократическими методами.

Конституционные ценности в концентрированном виде отражают также и принципиальные начала международной политики и деятельности Казахстана в качестве действующего в 2010 году председателя ОБСЕ, олицетворенных четырьмя «Т»: Доверие (Trust), Традиции, Толерантность и Транспарентность.

Благодарю за внимание.

SUMMARY

The Constitutional Council shall protect the rights and freedoms of a person and citizen while implementing all kinds of constitutional review. In accordance with Article 4 of the Constitution of Kazakhstan, regulatory actions of the Constitutional Council are one of the most important sources of applicable law.

The legal positions, as well as the recommendations included in the annual messages of the Constitutional Council "On the Constitutional Legality in the Country", contribute to the further establishment of Kazakhstan as a democratic and legal state, guaranteeing the constitutional values and principles of the Republic of Kazakhstan: social cohesion and political stability, economic prosperity for the benefit of the people of Kazakhstan, patriotism and resolve the most important issues of public life with the help of democratic methods.

Constitutional values, in a concentrated form, also reflect the principle of international politics and activities of Kazakhstan as acting the OSCE chair in 2010, which are represented by four "T": trust, tradition, tolerance and transparency.



CONSTITUTIONAL REVIEW AND IMPLEMENTATION

ERIK MOSE

Justice of the Supreme Court of Norway

I. Introduction

Norway does not have a specific constitutional court. However, our Supreme Court – like most courts in the country – has general power to decide all cases, including constitutional, civil, criminal and administrative matters. The Supreme Court of Norway therefore functions as a constitutional court.

The principle that the Supreme Court considers the constitutionality of statutes and similar legislative provisions evolved gradually from the 1860s and has been undisputed for more than 100 years. This judicial supremacy is exercised in individual cases, which are usually brought by private individuals or companies. Using the terminology of this conference, there exists a "full-fledged constitutional complaint".

II. The Constitution and Human Rights

The Constitution of 1814 does not contain a complete catalogue of human rights. Its rights are relatively few and their protection fragmentaric. But they are supplemented by unwritten constitutional rules: the principle of legality, according to which any interference within the private sphere of individuals needs a basis in statutory provisions, as well as the principles of equality and non-discrimination. Since 1994, the Constitution contains a general provision (Section 110 c) requiring state authorities to respect and ensure human rights.

Norway has traditionally been considered a dualistic country. This also applied to the field of human rights. However, whenever there was a possible discrepancy between a provision in a human rights convention and national law, the Supreme Court generally interpreted the latter in conformity with the former, presuming that Norwegian law was in conformity with international obligations (the principle of presumption).

The Human Rights Act of 1999 incorporated some human rights conventions into national law. One of them is the European Convention on Human Rights (ECHR). It follows from the Act that, in case of a conflict between these conventions and national law, human rights shall prevail.

III. Constitutional and Conventional Control

The Supreme Court and the lower courts do not consider the question whether a statutory provision complies with the Constitution or human rights law in abstracto but in specific cases brought before them. Usually the issue will arise in proceedings instituted by private individuals asserting that their rights have been violated. If the court agrees, it does not declare the disputed provision null and void, but rules that it is not applicable in the case. As a consequence, an indicted person will be acquitted, or the judgment against him or her will be quashed and sent back to the lower instance. In a civil case, the court will find in favour of the individual.

It does not follow from the operative paragraph of the judgment that there has been a breach of the Constitution or the ECHR, but from its reasons. The judgment will usually contain an extensive discussion of the issue with references to relevant case law, in particular by the European Court of Human Rights.

IV. Implementation

A Norwegian judgment setting aside a statutory provision or an administrative decision as contrary to the Constitution or human rights law does not contain directions as to how this finding should be implemented. It will be for the authorities to draw the consequences based on an analysis of the Supreme Court's reasoning.

One obvious method is to amend the disputed legislative provision. In President's Harutyunyan contribution, the question is raised whether there should be a time-limit for such amendments. This is an interesting suggestion. In Norway, there are no such deadlines, as Parliament has acted swiftly to bring the legislation in conformity with the Supreme Court's ruling.

A second possible consequence of the judgment is that the disputed provision remains unchanged but that the courts adjust their interpretation. This has been the most common method of implementation in Norway following findings of violations by the Strasbourg court, the reason being that the wording of the national provision was sufficiently flexible to be given a new interpretation.

A third possibility is that the authorities change their administrative practice. For instance, the General Director of Prosecution has on several occasions issued instructions or guidelines to the local prosecutors of the country. One example is the evolving interpretation in Strasbourg case law of the non bis in idem principle.

Finally, the Supreme Court may in some instances award compensation to individuals whose rights have been violated. This does not raise complex

legal issues but requires that the necessary budgetary appropriations are available.

In all these situations, the legislative and administrative authorities are expected to act promptly and faithfully to implement the decision by the Supreme Court. Fortunately, the authorities have generally done so.

But the question of principle remains: What if there is opposition or reluctance to implement a constitutional court's decision?

In such situations it is important that the implementing authorities bear in mind that their decision has been found – by the highest court of their country – to be a violation of the lex superior of the land. In a state based on the rule of law and respect for human rights, the authority of the court and the constitution must be respected. There is no alternative.

When a constitutional court has found a violation of the ECHR, the need to implement the decision is reinforced. The Convention is binding on the state, following ratification by its government and consent by its parliament. There is an international obligation to respect and ensure the rights included in the ECHR. Failure to do so creates an unnecessary burden on the control machinery set up under the Convention and affects its general efficiency.

V. Conclusion

Constitutional courts may, depending on their powers under national legislation, have a dual task: enforcing the constitution and implementing human rights conventions. These two functions go hand in hand. When interpreting the constitution, a constitutional court should seek solutions that avoid conflicts with the state's human rights obligations. This will reduce the need to bring cases to Strasbourg. Acting as guardians of the constitution, a constitutional court should perform its role as an effective remedy for the protection of human rights.

РЕЗЮМЕ

В Королевстве Норвегия не существует Конституционного Суда. Верховный Суд Королевства имеет право рассматривать любые дела, включая конституционные, гражданские, уголовные и административные. Можно сказать, что очень часто роль конституционного суда в стране исполняет Верховный Суд Норвегии. Такой порядок рассмотрения дел был установлен ещё в половине 19-го века и остаётся неизменным уже более 100 лет.

Конституция Норвегии, принятая ещё в 1814 году, не закрепляет полный перечень прав и свобод граждан. Сами права и свободы очень малочисленны, и почти не устанавливаются механизмы их защиты. Начиная с 1994 года, Конституция содержит общие принципы, которые требуют от властей и государственных институтов уважения и обеспечения прав и свобод человека. Норвегия, с правовой точки зрения, традиционно считается дуалистической страной. Европейская конвенция по правам человека также является основополагающим правовым документом Норвегии, и очень часто в своих решениях Верховный Суд Норвегии опирается на принципы этой Конвенции и на решения Европейского суда по правам человека.

Конституционные суды различных стран в зависимости от их полномочий в основном имеют две функции. Во-первых, они должны укреплять конституционный порядок, во-вторых, должны осуществлять защиту прав и свобод человека. Эти две функции всегда идут рука об руку и никогда не рассматриваются в отдельности. Одновременно конституционные суды в своих решениях должны всегда искать пути, которые дадут возможность избежать проблем, связанных с соблюдением прав человека, что, в свою очередь, уменьшит число дел, поступающих в Европейский суд по правам человека.



ОСОБЕННОСТИ НАЦИОНАЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА В ВОПРОСАХ РАССМОТРЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ УКРАИНЫ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ОБРАЩЕНИЙ

НАТАЛЬЯ ШАПТАЛА

Судья Конституционного Суда Украины

Прежде всего разрешите поздравить наших коллег из Конституционного Суда Армении с пятнадцатилетней годовщиной принятия Конституции Республики и поблагодарить за представленную возможность участвовать в работе XV Ереванской Международной конференции, которая проходит в духе открытости, взаимопонимания, осознания и стремления к разрешению общих проблем развития в наших странах одной из важнейших общечеловеческих ценностей - конституционализма.

Украина также стремится к укреплению демократических принципов государственности, основные из которых определены в Конституции Украины. Позвольте подробнее рассмотреть некоторые вопросы защиты прав и свобод человека и гражданина Конституционным Судом Украины с учетом опыта европейских государств.

1. Европейская практика рассмотрения конституционных жалоб. Среди процедур, применяемых органами конституционной юстиции во многих странах мира для защиты прав и свобод человека и гражданина, наиболее часто используется процедура рассмотрения конституционных жалоб. Институт конституционной жалобы - характерное явление преимущественно для европейских государств (Австрии, Болгарии, Венгрии, Германии, Испании, Македонии, Польши, Словакии, Чехии и других), однако действует и в странах постсоветского пространства: Армении, Грузии, России, Таджикистане.

Конституционная жалоба представляет собой институт реализации права гражданина на обращение в органы судебного конституционного контроля с просьбой о проверке конституционности актов органов государственной власти, которые нарушают, по его мнению, какое-либо из его конституционных прав. Этот институт имеет свои особенности: в одних странах путем подачи конституционных жалоб защите подлежат все конституционные права и свободы, в других государствах определен их специальный перечень, включающий обычно гражданские и политические права.

Правом обращения с конституционной жалобой, как правило, наделяются физические лица, которые полагают, что имело место нарушение их конституционных прав или свобод. Однако в ряде европейских государств (Австрии, Германии, Испании, Швейцарии, Словакии) таким правом могут обладать и юридические лица.

В каждой стране определены виды актов и действий, которые могут обжаловаться посредством конституционной жалобы. Но, как свидетельствует практика европейских государств, именно благодаря институту индивидуальных конституционных жалоб достигается максимальный уровень защиты прав и свобод человека и гражданина.

2. Порядок обращения в Конституционный Суд Украины и особенности его полномочий. Практика существования конституционных судов подтвердила тот факт, что они являются одним из наиболее эффективных институтов защиты прав и основных свобод человека и гражданина, поскольку, в отличие от судов общей юрисдикции, конституционные суды не решают индивидуальных дел, а дают оценку конституционности отдельных положений правовых актов или даже актов в целом.

Конституционный Суд Украины наделен широким спектром полномочий для решения задач, связанных с формированием конституционализма в стране.

Так, наряду с традиционными (классическими) полномочиями конституционных судов, распространенными и общепризнанными в европейской практике, Конституционный Суд Украины имеет и национальные особенности. К их числу следует отнести полномочия по решению вопросов о конституционности (соответствии Основному Закону Украины) правовых актов Парламента, Президента, Кабинета Министров Украины.

Реализация этих полномочий Конституционным Судом Украины является важным направлением конституционного контроля в стране.

Следует отметить, что в законодательстве Украины до сих пор отсутствует институт конституционной жалобы в его классическом понимании. Ученые-юристы и судьи Конституционного Суда Украины неоднократно подчеркивали необходимость внедрить этот институт в практику конституционного судопроизводства Украины. Важно также, что об этом осведомлены субъекты конституционной инициативы относительно внесения соответствующих изменений в Конституцию Украины. Но до сих пор единственной возможностью непосредственной защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина остается использование института конституционного обращения с целью официального толкования Конституции и законов Украины, если субъект права на конституционное обращение считает, что это может привести или привело к нарушению его конституционных прав и сво-

бод (статьи 42, 43, 94 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»). Однако это право ограничено в законе только случаями наличия неоднозначного применения этих норм органами судебной власти.

Одним из примеров достаточно эффективной защиты прав человека и гражданина является Решение Конституционного Суда Украины» 5-зп от 30 октября 1997 года по делу К.Г. Устименко. Основанием к рассмотрению дела в соответствии со статьей 94 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» стало наличие неоднозначного применения ряда статей Закона Украины «Об информации» и Закона Украины «О прокуратуре» судами общей юрисдикции, что привело к нарушению конституционных прав и свобод гражданина Украины.

Из документов конституционного обращения К.Г. Устименко усматривалось, что в 1988-1990 годах по ходатайству администрации Днепропетровского железнодорожного техникума он находился на консультативном психиатрическом учете в Днепропетровском городском психоневрологическом диспансере. Заявитель, которому об этом факте стало известно в июле 1990 года, считал, что это ограничивало возможности его трудоустройства и нанесло ему моральный и материальный ущерб.

Руководство медучреждений, куда обращался К.Г. Устименко, ссылаясь на врачебную этику, отказывалось предоставлять ему информацию о том, кем, когда и на каких основаниях он был поставлен на учет, кому выдавались справки о его нахождении на таком учете и другую.

Конституционный Суд Украины в своем решении разъяснил, что Законом Украины «Об информации» (часть четвертая статьи 23) запрещается не только сбор, но и хранение, использование и распространение конфиденциальной информации о лице без его предварительного согласия, кроме случаев, определенных законом, и только в интересах национальной безопасности, экономического благосостояния, прав и свобод человека. К конфиденциальной информации, в частности, Конституционный Суд Украины отнес сведения о личности: дата и место рождения; образование; семейное положение; вероисповедание; состояние здоровья; имущественное состояние и другие персональные данные.

Конституционный Суд Украины также указал, что каждое лицо имеет право знакомиться с собранной о нем информацией в органах государственной власти, органах местного самоуправления, учреждениях и организациях, если эти сведения не являются государственной или другой защищенной законом тайной.

Обоснование необходимости защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина нашли отражение и в других решениях Конс-

титуционного Суда Украины, инициаторами которых были граждане Украины.

Так, Конституционный Суд Украины в решении N 8-рп от 10 апреля 2003 года по делу о распространении сведений по конституционному обращению гражданина Сердюка В.А. разъяснил, что изложение в письмах, заявлениях, жалобах в правоохранительные органы заведомо ложных сведений влечет за собой ответственность, предусмотренную действующим законодательством Украины.

В Решении N 23-рп от 30 сентября 2009 года по делу о праве на правовую помощь по конституционному обращению гражданина Голованя И.В. Конституционный Суд Украины обратил внимание на то, что любому лицу независимо от характера его отношений с государственными и общественными организациями гарантирована государством возможность получать помощь по юридическим вопросам в объеме и формах, как оно того требует.

Изучение позитивного зарубежного опыта и практики Конституционного Суда Украины дает основания утверждать, что институт конституционной жалобы является одной из прогрессивных форм защиты прав и свобод человека и гражданина. Однако его непродуманное внедрение может иметь негативные последствия для развития конституционализма в Украине. Так, например, существует опасность превращения Конституционного Суда Украины в рядовой судебный орган, занимающийся рассмотрением индивидуальных дел по защите прав и свобод физических и юридических лиц. Чтобы избежать этого должна быть разработана так называемая система «правых фильтров» то есть следует соблюдать определенные требования, придерживаться правил процедуры подачи и рассмотрения конституционных жалоб.

3. Общие требования к конституционным обращениям и их характер. В статье 42 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» (далее – Закон) содержатся общие требования к конституционному обращению. В частности, дано определение конституционного обращения, которое рассматривается как письменное ходатайство в Конституционный Суд Украины о необходимости официального толкования Конституции Украины и законов Украины в целях обеспечения реализации или защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина, а также прав юридического лица. Обращение должно содержать фамилию, имя, отчество гражданина Украины, иностранца либо лица без гражданства, адрес, по которому лицо проживает, или полное название и местонахождение юридического лица. Наиболее сложной частью обращения является обоснование необходимости в официальном толковании положений Конституции Украины или законов Украины.

Закон содержит также перечень документов и материалов, прилагаемых к обращению. Эти положения Закона и являются «правовыми

фильтрами». К последним относится также ограничение круга субъектов на конституционное обращение.

Субъектами права на конституционное обращение по вопросам официального толкования Конституции Украины и законов Украины являются граждане Украины, иностранцы, лица без гражданства и юридического лица (статья 43 Закона).

Законом Украины «О Конституционном Суде Украины» предусмотрена возможность отзыва конституционного обращения (статья 44), определены основания для отказа в открытии конституционного производства (статья 45).

Основанием для конституционного обращения об официальном толковании Конституции Украины и законов Украины является наличие неоднозначного применения положений Конституции Украины или законов Украины судами Украины, другими органами государственной власти, если субъект права на конституционное обращение считает, что это может привести или привело к нарушению его конституционных прав и свобод (статья 94 Закона).

Необходимо отметить, что конституционность прав граждан защищается Конституционным Судом Украины не только посредством их обращения от своего имени. Большинство принятых Конституционным Судом Украины решений направлены на защиту прав и свобод человека и гражданина, несмотря на то, что субъектами этих обращений не всегда были физические лица. Например, Конституционный Суд Украины по обращению народных депутатов Украины (субъект обращения – не менее 45 депутатов) неоднократно принимал решения о признании неконституционными некоторых положений Государственного бюджета Украины, когда в целях экономии бюджетных средств ущемлялись права граждан на льготы, предоставленные законом.

Одним из видов защиты прав и свобод человека и гражданина в Конституционном Суде Украины является обращение через Уполномоченного Верховной Рады Украины, который согласно статье 40 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины» является субъектом права на конституционное представление по вопросам принятия решений Конституционным Судом Украины. Следует отметить, что по представлению Омбудсмана Украины по вопросам защиты конституционных прав и свобод граждан принято сравнительно небольшое количество решений. За 14 лет по конституционным представлениям Омбудсмана Украины Конституционным Судом Украины принято всего лишь 7 решений.

Характерной национальной особенностью украинского конституционализма является наличие у Конституционного Суда Украины полномочий решать вопросы о соответствии правовых актов Верховного Совета Автономной Республики Крым (далее – АРК) Конституции Украины (конституционности). Согласно статье 13 Закона Украины

«О Конституционном Суде Украины» Конституционный Суд Украины принимает решения и дает заключения по делам относительно конституционности правовых актов Верховного Совета АРК. Вместе с тем к полномочиям Конституционного Суда Украины не относятся вопросы о законности актов органов государственной власти, органов власти АРК и органов местного самоуправления, а также иные вопросы, отнесенные к компетенции судов общей юрисдикции (статья 14 Закона).

Реализация Конституционным Судом Украины своих полномочий является одной из стержневых задач государственной власти, направленной на защиту прав и свобод человека и гражданина.

4. Результаты работы. За 14 лет деятельности в Конституционный Суд Украины поступило 2268 обращений субъектов права на конституционное обращение (граждан). Из них: 1973 возвращены, в основном, по причинам несоответствия конституционных обращений требованиям, предусмотренным Конституцией Украины и Законом Украины «О Конституционном Суде Украины», и неподведомственности Конституционному Суду Украины вопросов, поднятых в конституционных обращениях (статья 45 Закона); по 43 обращениям приняты решения Конституционного Суда Украины, в том числе 4 – об официальном толковании Конституции Украины, 5 – о толкования Конституции и законов Украины, 12 – об официальном толкования законов Украины.

По 230 конституционным обращениям граждан принято 230 определений об отказе, по 5 – о прекращении производства. В данный момент 17 конституционных обращений находятся в производстве Конституционного Суда Украины.

Кроме того, от юридических лиц как субъектов права на конституционное обращение в Конституционный Суд Украины поступило 544 обращения, из которых 434 возвращены, по 22-м принято 19 решений, из которых: одно – об официальном толковании Конституции и законов Украины; 3 – об официальном толковании Конституции Украины; 15 – об официальном толковании законов Украины.

По 75 конституционным обращениям юридических лиц приняты определения о прекращении производства по делу, 5 конституционных обращений находятся в производстве Конституционного Суда Украины.

Приведенные статистические данные и некоторые аспекты существования института конституционной жалобы, на мой взгляд, подтверждают необходимость его развития, поскольку институт конституционной жалобы является неотъемлемой частью любого демократического общества. Однако его внедрение должно быть продуманным и закономерно обоснованным. При таких условиях институт конституционной жалобы станет одной из основных демократических ценностей, направленных на становление и развитие современного украинского конституционализма.

SUMMARY

The article analyses the specific characteristics of the authorities of the Constitutional Court of Ukraine, the procedure of legal recourse of citizens to the Constitutional Court of Ukraine, general requirements to the constitutional appeal on the basis of foreign experience and practice of review of the constitutional complaints. The activities of the Constitutional Court of Ukraine concerning review of appeals submitted by the subjects of the constitutional appeal for the 14-year period are summarized.



СОДЕРЖАНИЕ

**ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА НА XV ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Гагик Арутюнян	
Председатель Конституционного Суда Республики Армения	5
Джианни Букиккио	
Председатель Венецианской комиссии Совета Европы	9
Тигран Саркисян	
Премьер-министр Республики Армения	15
Ханс-Йохен Шмидт	
Чрезвычайный и Полномочный Посол Федеративной Республики Германия в Республике Армения	19

**ДОКЛАДЫ НА XV ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Валерий Зорькин	
Конституционное правосудие и практика Европейского суда по правам человека	23
Дэвид Тор Бьоргвинссон	
Национальные суды и Европейский суд по правам человека	33
Василис Андрулакис	
Некоторые замечания о влиянии ЕСПЧ на административное правосудие в Греции	39
Альвина Гюлумян	
Взаимодействие Европейского суда по правам человека и национальных систем конституционной юстиции по обеспечению и защите прав человека	47
Думитру Пулбере	
Обеспечение защиты конституционных прав в конституционной практике Республики Молдова с учетом европейской юриспруденции в области прав и основных свобод человека	52
Джордж Раварини	
Конституционный Суд Люксембурга и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод	66

Стефка Стоева Права человека и ценности общества в практике болгарского Конституционного Суда	79
Гагик Арутюнян Современные вызовы гарантирования права человека на конституционное правосудие	85
Дидье Мос Доклад на XV Ереванской международной конференции	95
Трендафил Ивановский Конституционно-судебная защита свобод и прав человека в Республике Македония	99
Айя Бранта Особенности функционирования и проблемы развития института индивидуальной жалобы в Республике Латвия	106
Войсек Хермелинский Влияние страсбургской юриспруденции на решения Конституционного Трибунала Польши на основании конституционных жалоб	112
Ольга Сергеева Особенности правового механизма доступа граждан к конституционному правосудию в Республике Беларусь	120
Серджио Агире Фундаментальная дихотомия между законом и жизнью	128
Арманас Абрамовичюс Решения Конституционного Суда Литовской Республики в контексте института индивидуальной жалобы	137
Виктор Малиновский Индивидуальная (конституционная) жалоба в арсенале органа конституционного контроля Республики Казахстан	144
Эрик Мозе Конституционный контроль и её реализация	157
Наталья Шаптала Особенности национального конституционализма в вопросах рассмотрения Конституционным Судом Украины индивидуальных обращений	161

CONTENTS

OPENING SPEECHES AT THE XV YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Gagik Harutyunyan President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia	5
Gianni Buquicchio President of the Venice Commission of the Council of Europe	9
Tigran Sargsyan Prime Minister of the Republic of Armenia	15
Hans-Jochen Schmidt Extraordinary and Plenipotentiary Ambassador of the Federal Republic of Germany in Armenia	19

PRESENTATIONS OF THE XV YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Valeri Zorkin Constitutional Justice and the Practice of the European Court of Human Rights	23
David Thor Bjorgvinsson The Domestic Courts and the European Court of Human Rights	33
Vassilis Androulakis Some Observations on Influence of the ECHR on Administrative Justice in Greece	39
Alvina Gyulumyan Interaction of the European Court of Human Rights and National Systems of the Constitutional Justice	47
Dumitru Pulbere Insuring of the Protection of Constitutional Rights in the Constitutional Practice of the Republic of Moldova Based on the European Jurisprudence in the Sphere of Human Rights and Fundamental Freedoms	52
George Ravarini The Constitutional Court of Luxembourg and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	66

Stefka Stoeva Human Rights and Values of Society in the Practice of the Bulgarian Constitutional Court	79
Gagik Harutyunyan Modern Challenges of Guaranteeing Human Right to Constitutional Justice	85
Didier Maus Report at the XV Yerevan International Conference	95
Milica Nikolavska Constitutional Judiciary Protection of Freedoms and Rights of the Individual and Citizen in the Republic of Macedonia	99
Aija Branta Peculiarities of Functioning and Problems of Improvement of Capability of Institution of an Individual Complaint in the Republic of Latvia	106
Woyciech Hermelinski Influence of the Strasbourg Jurisprudence on Judgments of the Polish Constitutional Tribunal Resulted by the Constitutional Complaints	112
Olga Sergeeva Peculiarities of the Legal Mechanism of the Access of the Citizens to the Constitutional Justice in the Republic of Belarus	120
Sergio Salvador Aguirre Anguiano "Enforcing Justice in Land Abroad." Fundamental Dichotomy between Law and Life	128
Armanas Abramavicius Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania in the Context of the Institute of Individual Complaint	137
Viktor Malinovsky Individual Constitutional Complaint and the Organ of Constitutional Review of the Republic of Kazakhstan	144
Erik Mose Constitutional Review and Implementation	157
Natalya Shaptala Peculiarities of the National Constitutionalism in Consideration of the Individual Complaints by the Constitutional Court of Ukraine	161

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. НАКОВЯН (Head of the group)

И. ДАНИЕЛЯН I. DANIELYAN
Н. АЛЕКСАНИЯН N. ALEXANYAN
Л. ДАНИЕЛЯН L. DANIELYAN
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>



XVI Yerevan International Conference

dedicated to the 15th Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Armenia
"Legal outcomes and significance of the decisions of Constitutional Court in matters of establishment of constitutionality in the State"

XVI Conférence internationale d'Erevan,

consacré à 15^{ème} anniversaire de la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie
«L'effet juridique et la portée des décisions de la Cour constitutionnelle dans la consolidation du constitutionnalisme au pays»

XVI Ереванская международная конференция,

посвященная 15-летию Конституционного Суда Республики Армения
«Правовые последствия и значение решений Конституционного Суда в укреплении конституционализма в стране»

6-8 ԾԵՏԵՄԲԵՐ 2011