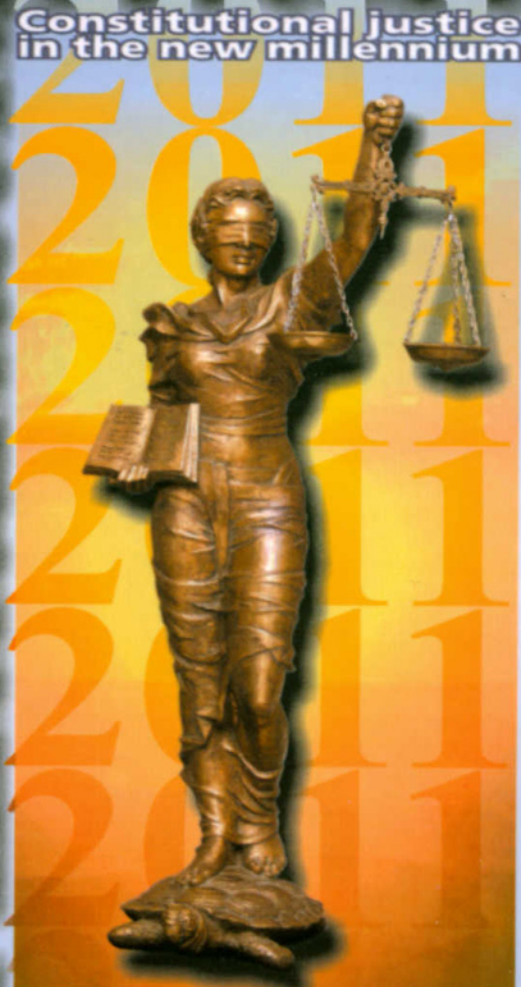


# Almanac

Constitutional justice  
in the new millennium

# Алманах

Justice constitutionnelle  
au nouveau millénaire



# Алманах

Verfassungsjustiz  
im neuen Jahrtausend

# Альманах

Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN  
ԵՐԵՎԱՆ

EREVAN  
EREVAN

ISSN 1829-0124

Almanac

Constitutional Justice  
in the new millennium

Justice constitutionnelle  
au nouveau millénaire

2011

Verfassungsjuristische  
Studien zum Jahrtausend

Альманах

Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2011



The publication of "Almanac-2011" is supported by the Yerevan office of OSCE

"Альманах-2011" печатается при содействии Ереванского офиса ОБСЕ

**ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РА  
ПО РЕКОМЕНДАЦИИ КОНФЕРЕНЦИИ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО  
КОНТРОЛЯ СТРАН НОВОЙ 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» - 2011  
© «НЖАР» - 2011  
© «NJHAR» - 2011



## **XVI Yerevan International Conference**

*dedicated to the 15<sup>th</sup> Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Armenia*

**«Legal consequences of the Constitutional Court decisions  
in the strengthening constitutionality in the country»**

## **XVI Conférence internationale d'Erevan,**

*consacré à 15<sup>me</sup> anniversaire de la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie*

**«Les effets juridiques 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 решений Конституционного Суда  
в укреплении конституционализма в стране»**

**6-8** OCTOBER  
OCTOBRE  
ОКТОБРЕ **2011**

XVI Ереванская международная конференция организована при содействии Ереванского офиса Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе и Германского общества по международному сотрудничеству.



# ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА OPENING SPEECHES ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

**ГАГИК АРУТЮНЯН**

*Председатель Конституционного Суда Республики Армения*

Уважаемые участники Конференции!

Многоуважаемые гости!

От имени Конституционного Суда Республики Армения приветствую всех участников юбилейной Конференции, наших гостей из 23 стран и различных международных организаций.

Для нас этот год вдвойне юбилейный, так как мы отмечаем также 20-летие Независимости Республики Армения.

Уверен, что в таком праздничном настроении нам удастся глубоко и всесторонне рассмотреть вопросы повестки Конференции.

За последние годы во время многих международных обсуждений так или иначе мы всегда обращались к правовым последствиям решений Конституционного Суда, и эта тема становится все более актуальной.

Мы глубоко убеждены, что по логике аксиологического и правоведческого восприятия понятия "прецедентное право Европейского суда по правам человека" давно стало реальностью также прецедентное право конституционных судов. Основным проблемам его восприятия, осмысления и гарантированной реализации посвящена эта Конференция. Я убежден, что опыт разных стран, научные анализы наших коллег способствуют глубокому раскрытию роли и значения решений Конституционного Суда в деле защиты объективных и субъективных прав, гарантирования верховенства права, а также выявлению их роли как источника права.

Как и во многих странах, пятнадцатилетняя деятельность Конституционного Суда Республики Армения также является ярким свидетельством того, что правовые позиции Конституционного Суда в первую очередь имели исходное значение в деле развития в стране конституционного права. Не раз наши коллеги из многих стран свидетельствовали о том, что в Армении сформировалась активная школа конституционного права, что явилось плодом наших общих усилий и нашего времени.

Весомая роль Конституционного Суда РА в деле конституционных изменений в стране. Многие стержневые решения последних конституци-

онных изменений, в том числе особенно правовая философия статьи 3, базировались на правовых позициях Конституционного Суда.

Заслуживает особого внимания то обстоятельство, что за последние три года на основании правовых позиций Конституционного Суда в Национальном Собрании РА было разработано более 40 законодательных инициатив и в действующие законы внесены соответствующие изменения. Одновременно по 43 постановлениям Конституционного Суда различные положения действующих законов были признаны противоречащими Конституции и недействительными.

Конституционный Суд сыграет стержневую роль в формировании в стране новой конституционной культуры, в развитии современного конституционализма, в деле конституционализации общественных отношений, особенно в условиях внедрения института индивидуальной жалобы и новых правовых предпосылок гарантирования права человека на конституционное правосудие. К этим проблемам я более подробно обращусь в своем докладе.

Небольшой исторический опыт нашего Конституционного Суда и конституционных судов многих других стран свидетельствует, что уже формируется такая система конституционного правосудия, которая может иметь решающую роль в конституционализации правоприменительной практики. Уверен, что во время наших обсуждений эти вопросы также удостоятся соответствующего внимания.

Уважаемые коллеги!

Последние годы юбилейные для конституционных судов многих стран. Уже отмечались и еще будут отмечаться 15 и 20-летия наших конституционных судов. Стало хорошей традицией и то, что по этим поводам организуются также серьезные обсуждения, касающиеся самых различных вопросов конституционного правосудия. А их немало как в странах новой, так в странах классической демократии. Радует сплочение усилий, активное и заинтересованное сотрудничество, такое новое качество взаимоотношений, которое привело вплоть до формирования Всемирной конференции конституционных судов, одним из учредителей которой является Конституционный Суд РА.

Эта Конференция является также свидетельством нашего эффективного сотрудничества, и я признателен всем присутствующим за участие.

Хотелось бы выразить особую благодарность Венецианской комиссии Совета Европы, Ереванскому офису ОБСЕ и Германской организации GIZ за оказанное нам содействие.

Выражаю слова благодарности также всем участникам этой Конференции. В частности, Председателю Венецианской комиссии Совета Европы господину Джанни Букиккио, членам Европейского суда по правам человека Луису Лопезу Гуеро и Альвине Гюлумян, а также нашим коллегам из Украины, Грузии, Латвии, Литвы, Албании, Сербии,

Нидерландов, Бельгии, Болгарии, Польши, Турции, России, Беларуси, Хорватии, Казахстана, Молдовы, Таджикистана, Люксембурга, Норвегии, Дании и Германии.

Уверен, что участие профессора Гамбургского университета господина Отто Люхтергандта и профессора Института публичного и международного права им. Макса Планка господина Матиаса Хартвига придаст нашим обсуждениям академический заряд.

От Республики Армения в работе Конференции участвуют специалисты области права, депутаты, судьи, работники прокуратуры, ученые, преподаватели, государственные деятели, журналисты. Приветствую их и выражаю искреннюю признательность.

Эта Конференция организована по несколько иной, отличающейся от традиционной программе, и я уверен, что она себя полностью оправдывает.

Хотел бы заранее уведомить Вас, что все материалы Конференции будут опубликованы в "Альманаче" за 2011 год.

Желаю Конференции плодотворной работы, а нашим гостям - незабываемых дней в Армении.

### **GAGIK HARUTYUNYAN**

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

Dear participants of the Conference,

Dear guests.

On behalf of the Constitutional Court of the Republic of Armenia I would like to greet the participants of the anniversary Conference, our guests from 23 countries and various international organizations.

This year is a double anniversary for us as we celebrate the 20th anniversary of the independence of the Republic of Armenia.

I am confident that in such a festive mood we can thoroughly and comprehensively discuss the issues which are on the agenda of the Conference.

In recent years, at many international debates, in one way or another we always turn to the legal consequences of the Constitutional Court decisions, and this topic is becoming increasingly important.

We are deeply convinced that by the logic of axiological and jurisprudential perception of the concept of "the case law of the European Court of Human Rights", the case law of constitutional courts has already become a reality. This conference is dedicated to the main problems of its perception, interpretation and guaranteed implementation. I am convinced that the practice of different countries and the scientific analysis of our col-



leagues contribute to the profound disclosure of the role and importance of the Constitutional Court in protecting the objective and subjective rights, guaranteeing the rule of law, as well as identifying their role as a source of law.

Likewise in many countries, the fifteen-year activity of the RA Constitutional Court is a vivid evidence of the fact that the legal positions of the Constitutional Court primarily have had an initial value in the constitutional development in the country. Our colleagues from many countries have stated not once that an active training of the constitutional law which has been result our mutual efforts and time.

The role of the Constitutional Court is weighty in the process of the constitutional development in the state. Many of the pivotal decisions of the recent constitutional amendments, including especially the legal philosophy of Article 3, are based on the legal positions of Constitutional Court.

Special attention deserves the fact that over the past three years on the basis of the legal positions of the Constitutional Court, the National Assembly has elaborated more than 40 legislative initiatives and accordingly amendments have been made in the laws in force. At the same time, various provisions of the laws in force were declared as unconstitutional and invalid by the 43 decisions of the Constitutional Court.

The Constitutional Court will play a pivotal role in shaping of the new constitutional culture of the country, in the development of the modern constitutionalism, in the constitutionalization of social relations, especially in the terms of introduction of the institute of the individual complaints and the new legal prerequisites for guaranteeing human rights in the constitutional justice. I will address to these problems in more detail in my presentation.

Not big historical experience of our Constitutional Court and the constitutional courts of many other countries state that such a system of constitutional justice has already formed, which may have a crucial role in the constitutionalization of law enforcement practice. I am confident that during our discussions these issues will also be honored with the appropriate attention.

Dear colleagues,

The recent years are jubilee for the constitutional courts of many countries. We have celebrated already and are going to celebrate 15 and 20 anniversaries of our constitutional courts. The fact, that these occasions cause serious discussions on various issues of constitutional justice, has also become a good tradition. There are a lot both in the states of new and classical democracy. It pleases to join the efforts, active and interested cooperation; such new quality of relations that led up to the formation of the World Conference of Constitutional Courts, and the RA Constitutional Court is one of the founders of the latter.

This conference is also an evidence of our effective collaboration, and I am grateful to all the participant for the attendance.

I would like to express special thanks to the Venice Commission, OSCE Office in Yerevan and the German organization GIZ for assistance.

I express my gratitude to all participants of this Conference. In particular, the President of the Venice Commission Mr. Gianni Buquicchio, members of the European Court of Human Rights Mr. Luis Lopez Guero and Mrs. Alvina Gyulumyan, as well as our colleagues from Ukraine, Georgia, Latvia, Lithuania, Albania, Serbia, Netherlands, Belgium, Bulgaria, Poland, Turkey, Russia, Belarus, Croatia, Kazakhstan, Moldova, Tajikistan, Luxembourg, Norway, Denmark and Germany.

I am sure that participation of Mr. Otto Luchterhandt, professor of Hamburg University and Mr. Matthias Hartwig, professor of the Institute of Public and International Law after Max Planck will provide discussions with academic charge.

Panelists of law, deputies, judges, prosecutors, academics, professors, government officials and journalists take part in the Conference from the Republic of Armenia. I would like to welcome them and express my sincere gratitude

This conference is organized differently and differs from the traditional program, and I'm sure it will completely justify itself.

I would like to notify you in advance that all the materials of the Conference will be published in the "Almanac" for 2011.

I wish the Conference fruitful work, and our guests have unforgettable days in Armenia.



**GIANNI BUQUICCHIO**  
*President, Venice Commission*

Mr President of the Constitutional Court,  
Honourable Presidents and Judges of Constitutional Courts,  
Excellencies,  
Ladies and Gentlemen,

I am happy to welcome you here today on behalf of the Venice Commission of the Council of Europe. A year ago, we gathered in sunny Yerevan to mark the 15th anniversary of the Constitution of Armenia. Today, an event of no less importance brought us together again: the 15th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Armenia.

President Harutyunyan, you are at the heart of the Armenian Constitutional Court, you cherished it and you did your utmost to uphold its independence. It is an honour and a privilege to work with you.

During the 15 years of its existence, your Court has contributed to building a basis for a democratic State based on the rule of law and, notably, respect for the Constitution. We have seen the progress made in Armenia since its independence. It is obvious that Armenia's path to democracy has not ended and plenty of challenges remain ahead.

However, we must not forget that democracy is never a final state; democracy cannot be achieved by simply ticking a box saying "done", it is a continuous process. In order for a democratic society to move forward, stability of state institutions and strong constitutionality need to be complemented and reinforced by open political debate, a debate of ideas.

I am confident that your country will achieve further progress on this path to stable democracy by, among other things, maintaining all the necessary conditions for the independence of your Constitutional Court. And you can also count on the Venice Commission to help your country achieve this goal.

As you know, the mandate of the Council of Europe is to create unity between its member States, unity based on common values such as democracy, the rule of law and respect for human rights. The Venice Commission, which is an integral part of the Council of Europe, fully subscribes to this message of unity and applies it to Constitutional Courts: we contribute as much as possible to the unity between the Courts. We facilitate your networking and we promote the exchange of ideas between you.

We provide the tools for this exchange: the CODICES database, the Bulletin on Constitutional Case-Law, the Venice Forum and amicus curiae opinions. The Venice Commission collects and provides a wealth of information about the leading case-law of the constitutional courts, helping them, helping you to identify common challenges and find viable solutions. Today, we celebrate the 15th anniversary of Armenia's Constitutional

Court. This Court has, over the years, proven to be a reliable partner for the Venice Commission. We encourage the Court to uphold its reputation of an independent and reliable judicial institution in the future and to accompany its people in their aspiration to live in a democratic state based on the rule of law, which observes human rights. The Venice Commission will stand by you.

Mr President, Ladies and Gentlemen,

Today we are also opening the XVIth Yerevan Conference organised by the Constitutional Court of Armenia. The Venice Commission has been involved in all of these Conferences, proving that our co-operation with the Constitutional Court of Armenia is of the highest quality.

The Yerevan Conferences are held under the auspices of the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of New Democracy. It has been established thanks to the initiative of President Harutyunyan on the basis of a common declaration of the constitutional courts of Armenia, Belarus, Georgia, Kazakhstan, Moldova, Russia, Tajikistan and Ukraine. The Constitutional Court of Armenia holds the Presidency of this Conference and the Venice Commission signed a co-operation agreement with it.

The Conference of New Democracies is also one of the 10 regional groups of the World Conference on Constitutional Justice. Together with the New Democracies, various groups - the European, Arabic, Asian, African, Southern African, Ibero-American, French and Portuguese speaking and Commonwealth Courts - federate their efforts in the World Conference. They work together for a fruitful exchange of information on constitutional justice not only on a regional, but also on a global level.

The Constitutional Court of Armenia was one of the first courts to approve the Statute of the World Conference and I would like to thank you again for your confidence and strong support for this goal.

When the Supreme Court of Denmark became the 30th member last week, the Statute entered into force, thus establishing the World Conference permanently. With the accession of the Constitutional Court of Chile we now have already 31 members! Several of the Courts represented here have already joined the World conference and I hope that the others will follow soon.

Ladies and gentlemen,

Let me turn to the subject of our Conference: "Legal consequences of constitutional court decisions in strengthening constitutionality in the country". Two aspects need to be examined. First, whether Constitutional Court judgments are implemented at all and second, if not, how this can be done.

All efforts, meaning, support and confidence in Constitutional Courts would be lost if their judgements were not executed. I am therefore particularly glad that the Constitutional Court of Armenia has chosen this important topic to celebrate its anniversary.

The execution of judicial decisions is one of the cornerstones of the rule of law, which is one of the three pillars of the Council of Europe.

A State which has committed itself, like Armenia, to be governed by the rule of law, must ensure the execution of all court decisions and especially those of the Constitutional Court.

This is particularly true because of the crucial role of the Constitutional Court in ensuring democratic life and protecting human rights in the country.

Democracy, true democracy, will undeniably be shaped by Constitutional Court action. The Constitutional Court not only serves as an interpreter of the principles enshrined in the Constitution, but also as a guide who shows the right path to be followed. The Constitutional Court serves as a reference for all state bodies, guiding them on how they should understand and apply the Constitution.

Other elements to be discussed at our Conference today will be how judgments of the Constitutional Court are drafted in view of their implementation and how the other state bodies can act in conformity with these judgments.

In order to be of use, the judgments must be clear and understandable both for state actors and for the general public. A Constitutional Court is no Oracle of Delphi; it is called upon to provide clear and understandable answers in difficult situations.

Allow me to refer to some of the Venice Commission's recommendations made in the Report on Individual Access to Constitutional Justice, adopted in December 2010. President Harutyunyan, you were one of the three rapporteurs of the Venice Commission for this key Report and I thank you again for your essential contribution.

When setting a Constitutional Court, the drafters need to be aware of the options they have for endowing the judgments of the Court with an effective power to ensure the respect for the Constitution.

While in some countries decisions lead to the annulment of laws with generally binding effects (*erga omnes*), in others, decisions are limited to the parties of the respective proceedings (*inter partes*)

Temporal effects must also be taken into account: for instance, in some countries, decisions have radical *ex nunc* effects which often need to be attenuated in order to provide for legal certainty for individual acts already taken on the basis of laws found unconstitutional.

The Constitutional Court should be able to determine the time of entry into force of its judgments, in order to allow Parliament to adopt a new law before the current unconstitutional one loses force.

A number of Constitutional courts have introduced individual access which requires special care in the set up of the effects of the decisions, the reopening of ordinary court procedures, the rights of third parties in such cases, the question whether other persons in the same situation should benefit, even though they have not appealed to the Court.

While these are certainly difficult questions, the report of the Venice Commission tries to give answers or at least to show various alternatives open to the drafters of the Constitution.

Mr President, Ladies and Gentlemen,

Introducing a full constitutional complaint to the Constitutional Court, including against individual acts, is beneficial for the protection of human rights in any country. As a positive side-effect it is likely to reduce the condemnations of a country by the Strasbourg Court.

I strongly encourage Armenia to follow this path and to take the occasion of the 15th anniversary of the Constitutional Court as a starting point for the introduction of a full individual complaint. The Venice Commission is ready to assist you in this endeavour!

Thank you very much for your attention.

### ***Джианни БУКИККИО***

*Председатель Венецианской комиссии Совета Европы*

Господин Председатель Конституционного Суда!

Уважаемые Председатели и судьи Конституционных Судов!

Дамы и господа!

Я рад сегодня приветствовать Вас здесь от имени Венецианской комиссии Совета Европы. Год назад мы собрались в солнечном Ереване по случаю 15-летия Конституции Армении. Сегодня нас свело не менее важное событие - 15-летие Конституционного Суда Республики Армения.

Господин Арутюнян, Вы сердце Конституционного Суда Армении, Вы взлелеяли его и сделали все возможное, чтобы отстоять его независимость. Работать с Вами - большая честь и привилегия.

За 15 лет существования Ваш Суд внес большой вклад в создание основы демократического государства, основанного на верховенстве права и, в частности, уважении Конституции. Мы были свидетелями прогресса в Армении с момента обретения независимости. Очевидно, что путь Армении к демократии еще не закончился и еще много вызовов предстоит преодолеть.

Тем не менее мы не должны забывать, что демократия - не конечное состояние, демократия не может быть достигнута просто проставлением галочки, это непрерывный процесс. Для того чтобы демократическое общество двигалось вперед, стабильность государственных институтов и сильный конституционализм должны быть дополнены и подкреплены открытой политической дискуссией вокруг идей.

Я уверен, что Ваша страна добьется дальнейшего прогресса на этом пути к устойчивой демократии, сохраняя, среди прочего, все условия, необходимые для независимости Вашего Конституционного Суда. И



Вы также можете рассчитывать на помощь Венецианской комиссии, в достижении Вашей страной этой цели.

Как известно, мандат Совета Европы предполагает единство его членов-государств, единство, основанное на общих ценностях, таких как демократия, верховенство права и уважение прав человека. Венецианская комиссия, которая является неотъемлемой частью Совета Европы, полностью поддерживает это единство и применяет его в отношении конституционных судов, по возможности внося вклад в единство между судами. Мы способствуем установлению связей и содействуем обмену идей между вами.

Мы предоставляем инструменты для такого обмена: базы данных CODICES, Бюллетень конституционного прецедентного права, заключения Венецианской комиссии и мнения независимых экспертов. Венецианская комиссия собирает и предоставляет огромное количество информации о прецедентном праве конституционных судов, помогая им выявить общие вызовы и найти жизнеспособные решения.

Сегодня мы отмечаем 15-летний юбилей Конституционного Суда Армении. Этот Суд за последние годы оказался надежным партнером Венецианской комиссии. Мы призываем Суд и в будущем отстаивать свою репутацию независимого и надежного судебного учреждения и сопровождать свой народ в его стремлении жить в демократическом государстве, основанном на верховенстве права и соблюдающем права человека. Венецианская комиссия окажет Вам содействие.

Господин Председатель, дамы и господа!

Сегодня мы также открываем XVI Ереванскую конференцию, организованную Конституционным Судом Армении. Венецианская комиссия содействовала в организации всех этих конференций, что свидетельствует о том, что сотрудничество с Конституционным Судом Армении находится на высоком уровне.

Ереванские конференции проводятся под эгидой Конференции органов конституционного контроля стран новой демократии. Она была учреждена благодаря инициативе Гагика Арутюняна на основании Декларации Конституционных Судов Армении, Беларуси, Грузии, Казахстана, Молдовы, России, Таджикистана и Украины. Конституционный Суд Армении председательствует в этой Конференции, и Венецианская комиссия подписала с ним соглашение о сотрудничестве.

Конференция новых демократий является также одной из 10 региональных групп Всемирной конференции по конституционному правосудию. Наряду с новыми демократиями различные группы - европейские, арабские, азиатские, африканские, южноафриканские, иbero-американские, франко- и португалоязычные суды и суды Содружества объединили свои усилия в работе Всемирной конференции. Они сотрудничают для плодотворного обмена информацией по конституционному правосудию не только на региональном, но и на глобальном уровне.

Конституционный Суд Армении был одним из первых судов, утвердивших Устав Всемирной конференции, и я хотел бы еще раз поблагодарить Вас за доверие и решительную поддержку в достижении этой цели. Когда на прошлой неделе Верховный Суд Дании стал 30-ым членом, Устав вступил в силу, таким образом утверждая постоянство Всемирной конференции. Со вступлением Конституционного Суда Чили Конференция уже насчитывает 31 участника! Некоторые суды, представленные здесь, уже присоединились к Всемирной конференции, и надеюсь, что другие последуют этому примеру в ближайшее время.

Дамы и господа!

Позвольте мне перейти к теме нашей Конференции «Правовые последствия решений конституционных судов в укреплении конституционализма в стране». Должны быть рассмотрены два аспекта. Во-первых, выполняются ли вообще решения Конституционного Суда, и, во-вторых, если нет, то как можно этого добиться.

Все усилия, а именно поддержка и доверие конституционным судам, сведутся к нулю, если их решения не будут выполнены. Поэтому я особенно рад, что Конституционный Суд Армении выбрал эту важную тему, чтобы отпраздновать свой юбилей.

Исполнение судебных решений является одним из краеугольных камней принципа верховенства права, являющегося одним из трех опор Совета Европы.

Такое государство, как Армения, которое взяло на себя обязательство руководствоваться принципом верховенства права, должно обеспечить выполнение всех судебных решений и, в особенности, решений Конституционного Суда.

Это особенно актуально ввиду существенной роли Конституционного Суда в обеспечении демократической жизни и защиты прав человека в стране.

Демократия, подлинная демократия, несомненно, будет формироваться деятельностью Конституционного Суда. Конституционный Суд не только выступает как толкователь принципов, закрепленных в Конституции, но и как путеводитель, указывающий правильный путь, по которому нужно идти. Конституционный Суд служит ориентиром для всех государственных органов, указывая им направление в осознании и применении Конституции.

Другие вопросы, которые сегодня будут обсуждаться на нашей Конференции, касаются составления решений Конституционного Суда с учетом их применения и того, как могут действовать другие государственные органы в соответствии с этими решениями.

Для того, чтобы быть полезными, судебные решения должны быть четкими и понятными как для государственных деятелей, так и для широкой общественности. Конституционный Суд - это не дельфийский оракул, он призван обеспечивать четкие и ясные ответы в сложных ситуациях.

Позвольте мне сослаться на некоторые из рекомендаций Венецианской комиссии, сделанные в Докладе об индивидуальном обращении к конституционному правосудию, принятом в декабре 2010 года. Президент Арутюнян, Вы были одним из трех докладчиков Венецианской комиссии по поводу этого ключевого Доклада, и я еще раз благодарю за Ваш большой вклад.

При учреждении Конституционного Суда учредители должны быть осведомлены о возможностях решений Суда в обеспечении уважения Конституции.

Между тем в некоторых странах решения приводят к отмене общеобязательных законов (*erga omnes*), а в других странах решения распространяются только на сторон соответствующего разбирательства (*inter partes*).

Временные эффекты должны быть приняты во внимание. Например, в некоторых странах решения имеют радикальные *ex tunc* эффекты, которые часто нуждаются в смягчении в целях обеспечения правовой определенности для индивидуальных актов, уже принятых на основе законов, признанных неконституционными.

Конституционный Суд должен быть в состоянии определить срок вступления в силу своих решений, с тем чтобы дать парламенту возможность принять новый закон до того, как действующий неконституционный закон утратит свою силу.

Некоторые конституционные суды ввели прямой доступ, который требует особой осторожности при установлении последствий решений: возобновление обычных судебных процедур, права третьих лиц в таких случаях, вопрос о том, как другие лица в таких же делах должны получать выгоду, даже если они не обращались в суд.

На эти, безусловно, сложные вопросы Доклад Венецианской комиссии пытается дать ответы или, по крайней мере, предложить различные варианты, доступные для составителей Конституции.

Господин Председатель, дамы и господа!

Представление полной конституционной жалобы в Конституционный Суд, в том числе индивидуальной жалобы, полезно для защиты прав человека в любой стране. Последствием этого может стать доведение до минимума осуждения страны Страсбургским судом.

Я настоятельно призываю Армению идти по этому пути и использовать 15-летие Конституционного Суда как исходную точку для введения полной индивидуальной жалобы. Венецианская комиссия готова помочь Вам в этом начинании!

Большое спасибо за внимание!



**Sergey KAPINOS***Head of the OSCE Office in Yerevan*

Mr. Chairman,

Excellencies,

Ladies and Gentlemen

It gives me a great pleasure to greet you all at today's conference, the topic of which reflects the values of the respect for human rights, the rule of law and democracy on which the OSCE's work is built.

There are several good reasons to discuss constitutional justice and the role of constitutional courts in the context of OSCE commitments and let me name only few of them.

First, in Copenhagen in 1990 the OSCE participating States acknowledged that the rule of law cannot be realized without giving effect to certain principles of justice. They include the realisation of the equal and inalienable rights of all human beings as well as the duty of the government and public authorities to comply with the constitution, their accountability and the duty to act in a manner consistent with law.

Second, the role of the constitutional courts is paramount to the rule of law. The constitutional courts have special role to play in the system of separation of powers and they are a part of a system of checks and balances. The constitutional courts are called to interpret and clarify the boundaries of authority of the executive and legislative branches and represent one of the strongest mechanisms of horizontal accountability of state institutions.

Third, the Constitutions set the basic legal framework for other laws to build on and the constitutional courts are tasked with preserving this framework. They are key actors in the protection of human rights and the impact of their decisions provides the basis for rectifying shortcomings, both in legislation and its implementation.

The access to constitutional courts is one of the key factors that determine their impact and effectiveness. This access is especially important since Constitutional courts are in the position to bring to the fore the issues, that may ultimately impact the political or social agenda or public policy of a state.

At the same time, the effectiveness of the constitutional courts can be guaranteed only if their decisions are duly enforced and implemented. Compliance with the decisions is essential not only for the sake of legal certainty, but also for maintaining public trust in the legal system and the legal process.

Attaching paramount importance to this issue in a broader rule of law concept, my Office has supported a study conducted by independent experts

on progress in implementation of the decisions of the Constitutional Court in Armenia. Its findings I believe will be made available later this year and will be useful in terms of strengthening the effectiveness of existing legal remedies and mechanisms of human rights protection in the country.

Ladies and Gentlemen,

The agenda of today's conference provides the possibility to exchange views on a range of issues related to the role and impact of the constitutional courts and their decisions on the democratic development of states as well as to highlight the current legal, political and administrative challenges they may face. Considering wide geographical and professional spectrum of the participants I am confident that it will produce tangible and significant results.

With that let me wish us all fruitful deliberations.

Thank you.

### ***СЕРГЕЙ КАПИНОС***

*Посол, Руководитель Ереванского офиса Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе*

Господин Председатель!

Дамы и господа!

Для меня большая честь приветствовать Вас на сегодняшней Конференции, тема которой отражает такие ценности, как уважение прав человека, верховенство права и демократию, на которых построена деятельность ОБСЕ.

Есть достаточные основания для обсуждения конституционного правосудия и роли конституционных судов в контексте обязанностей ОБСЕ, но позвольте мне указать только некоторые из них.

Во-первых, в 1991 году в Копенгагене государства-участники ОБСЕ выразили свою убежденность в том, что верховенство права невозможно без обеспечения ряда принципов правосудия. Они включают в себя уважение равных и неотъемлемых прав всех людей и обязанность правительства и государственных органов соблюдать Конституцию, быть подотчетными обществу и действовать в соответствии с законом.

Второе - преобладающая роль конституционных судов в обеспечении верховенства права. Конституционные суды играют важную роль в системе разделения властей и являются частью системы сдержек и противовесов. Конституционные суды предназначены для толкования и разъяснения границ полномочий исполнительной и судебной ветвей власти и представления одного из сильнейших механизмов горизонтальной ответственности государственных учреждений.

В-третьих, конституции устанавливают основные правовые рамки, в пределах которых должны формироваться другие законы, а конституционные суды предназначены для соблюдения этих рамок. Они играют ведущую роль в защите прав человека, и их решения влияют на устранение недостатков как в законодательстве, так и при его реализации.

Доступ в конституционные суды - один из ключевых факторов, определяющий их влияние и эффективность. Этот доступ является особенно важным, так как конституционные суды стоят на позиции выдвижения на первый план дел, которые в итоге могут повлиять на политическую и социальную программу или на государственную политику страны.

В то же время эффективность конституционных судов может быть гарантирована, только если их решения реализуются надлежащим образом. Соблюдение решений является весьма важным не только для правовой определенности, но и для сохранения доверия общественности к правовой системе и судебному процессу.

Подчеркивая первостепенное значение этого вопроса в расширенном понимании верховенства права, наш Офис поддерживает руководимое независимыми экспертами исследование по усовершенствованию процесса исполнения решений Конституционного Суда в Армении. Я надеюсь, что результаты этого исследования будут доступны уже в этом году и будут полезны с точки зрения повышения эффективности существующих средств и механизмов защиты прав человека в стране.

Дамы и господа!

Повестка сегодняшней Конференции предоставляет возможность обмена мнениями по ряду вопросов, касающихся влияния и роли конституционных судов и их решений для демократического развития государства, а также для указания существующих правовых, политических и административных проблем, с которыми они могут сталкиваться. Учитывая широкий географический и профессиональный спектр участвующих, я уверен, что это даст положительные результаты.

В связи с этим позвольте пожелать всем нам плодотворных дискуссий. Спасибо!





**КАРЕН АНДРЕАСЯН***Защитник прав человека Республики Армения*

Уважаемый господин Арутюнян!

Дамы и господа!

Участники и гости Конференции!

Республика Армения, будучи провозглашенной Конституцией 1995 года суверенным, демократическим, социальным и правовым государством, встала на новый путь развития, исходя из идеи признания человека, его достоинства, прав и основных свобод высшей ценностью. Данное исходное положение рассмотрения основных прав и свобод человека как непосредственно действующего права обусловило содержание дальнейших конституционных реформ, проводимых в республике, и было поставлено в основу законодательства, создавая реальные предпосылки для защиты прав человека.

Во время рассмотрения обращений наше учреждение часто сталкивается с проблемами соответствия законодательства Конституции, требованиям общепризнанных международных принципов и норм, пробелов в законодательстве, с вопросами внутренних противоречий. Известно, что не только законодательство само по себе часто может являться основной причиной нарушения прав человека, но и законодательные противоречия, пробелы, неточное толкование и применение нормы закона также приводят к нарушениям прав человека.

В этом смысле большое значение придается тому обстоятельству, что Конституционный Суд РА, рассматривая конституционность правового акта, оценивает как данный акт, так и сформировавшуюся правоприменительную практику.

Роль и миссия Конституционного Суда РА, несомненно, огромна. Деятельность Суда достойна высокой оценки. Конституционное правосудие является важнейшей гарантией обеспечения верховенства и стабильности Конституции. Особо важна роль Конституционного Суда для государств, находящихся в переходном периоде. Он является гарантией обеспечения верховенства права, свободной реализации, защиты и обеспечения закрепленных Конституцией прав и свобод человека и гражданина, предусмотренного Конституцией разделения и баланса властей, обеспечения непосредственного действия Конституции. Хотя обществом однозначно не были приняты решения, принятые Конституционным Судом по результатам выборов, однако большая роль и значение Конституционного Суда в деле обеспечения конституционности выборов и референдумов вне всякого сомнения.

Конституционный Суд РА создает новые правовые традиции для дальнейшего развития общества и государства в русле народных и демократических принципов, гарантии постоянного и непрерывного правового, экономического, политического, культурного развития и прогресса общества.

Емкая тема этой Международной конференции актуальна и достойна особого внимания именно с точки зрения национальных учреждений по правам человека, так как последние также играют свою роль в деятельности по контролю за конституционностью законодательства, в частности с точки зрения соответствия нормативных актов закрепленным Конституцией основным правам и свободам человека и гражданина.

В научно-практическом смысле я считаю крайне важным созыв настоящей Конференции. Любая конференция, инициированная Конституционным Судом, – школа для всех нас, в том числе для студентов, преподавателей, ученых, практических работников и вообще для лиц, интересующихся вопросами конституционного правосудия, так как здесь предметом всестороннего обсуждения становится не только международная практика, но и обсуждаются актуальные проблемы конституционных развитий в стране и их конкретные решения.

Уважаемые участники, позвольте горячо поздравить Вас по случаю 15-летия создания Конституционного Суда РА, пожелать дальнейшей плодотворной деятельности и новых успехов во благо укрепления и развития законности и демократии в стране.

Желаю участникам Конференции интересных дискуссий.

### ***KAREN ANDREASYAN***

#### *Human Rights Defender of the Republic of Armenia*

Honorable Mr. Harutyunyan!

Ladies and Gentlemen!

Participants and guests of the Conference!

The Republic of Armenia was declared a sovereign, democratic, social and legal state by the Constitution of 1995 and entered the new path of development proceeding from the idea of recognizing the individual, his dignity and his rights and freedoms as ultimate value.

The mentioned initial provision, which considers the fundamental human rights and freedoms as directly acting right, determined the content of the further constitutional reforms carried on in the republic and it was put on the basis of the legislation, thus creating true prerequisites for the protection of human rights.

While examining complaints, we often clash with the issues regarding the conformity of the legislation with the requirements of the Constitution and the generally acknowledged international norms and principles, the gaps of legislation and the issues of internal contradictions. It is known that not only legislation, itself, can often be the main cause of violation of human rights, but the legislative discrepancies, gaps, incorrect interpretation and application of the norm of the law as well lead to violation of human rights.

In this aspect, the circumstance that the RA Constitutional Court, while determining the constitutionality of the legal act, evaluates both the given act and the existing law enforcement practice.

The role and the mission of the RA Constitutional Court are great undoubtedly. The activity of the Court deserves high assessment. Constitutional justice is the most important guarantee of ensuring the supremacy and stability of the Constitution. The role of the Constitutional Court is more important for the states of transitional period. It is a guarantee for ensuring the rule of law, free exercise and protection of human and civil rights and freedoms stipulated in the Constitution, checks and balances of powers provided by the Constitution and the ensuring of the direct effect of the Constitution. Though, the decisions of the RA Constitutional Court, concerning the results of elections, were not accepted unequivocally. However, the role and significance of the Constitutional Court is beyond dispute in ensuring the constitutionality of elections and referenda.

The Constitutional Court creates new legal traditions for the further development of the society and the state in the course of national and democratic principles, guarantees for timeless and continuous legal, economic, political, cultural development and progress of the society.

The capacious topic of this international conference is timely and deserves special attention especially from the viewpoint of national institutions of human rights, as the latest also play their role in the process of control of constitutionality of the legislation especially from the viewpoint of conformity of the normative acts with the fundamental human and civil rights and freedoms stipulated in the Constitution.

I think that from the scientific-practical viewpoint, the convocation of the present conference is very important. Any conference, initiated by the Constitutional Court, is a training for all of us, including students, lecturers, scientists, practitioners and, in general, for those who are interested in matters of constitutional justice, as, in this case, not only the international experience becomes a subject of thorough discussion, but also the contemporary main issues of constitutional developments in the country and their specific solutions are discussed.

Honorable participants, let me warmly congratulate you with the 15-th anniversary of formation of the RA Constitutional Court and wish you further fruitful activity and more and more success for the benefit of strengthening and development of democracy and legality in the country.

I wish the participants of the conference to have interesting and motivated discussions.



# ДОКЛАДЫ<sup>1</sup>

# REPORTS<sup>1</sup>

# RAPPORTS<sup>1</sup>



---

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

# CONSTITUTIONAL COURT FUNCTIONS IN PROTECTING DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL ORDER

EVGENI TANCHEV

*Chief Justice, Constitutional Court of the Republic of Bulgaria,  
Member Venice Commission of the Council of Europe*

## **Types of Constitutional Review and its Relationship to Constitutional Review Functions**

Constitutional provisions and legislative norms attribute constitutional courts long lists of powers that are most often identified or regarded as functions. When constitutional court functions are identified with powers although, they vary considerably from country to country in addition to the constitutional review of laws, their jurisdiction might include controlling electoral processes and cancellation of the elections, guaranteeing the autonomy of municipalities, policing the constitutionality of political parties or resolving criminal proceedings against high government officials.

Deciding on conformity of the international treaties before ratification by the parliament to the nation state constitution or judging the compliance of laws to the international treaties already signed ratified and enforced and the international customary law principles consists another particular set of issues in the list of constitutional courts powers.

It should be emphasized that while the list of powers entrusted to the constitutional courts are mistakenly treated for functions they are only means or weapons instrumental to carry the functions of judicial review of constitutionality of laws..

Although the genesis and evolution of constitutional review followed different pattern depending on the constitutional design and the legal family to which the particular institution that was assigned to review the parliamentary legislations compliance to the constitution belonged they have shared the same set of liberal democratic principles and values. Protection of the rule of law starting with the constitutional supremacy and fundamental human rights has been the common denominator while the difference concerned paths of development, growth, logistics of enforcement and quantity of the courts enforcing constitutional review.

Often the genesis and development of the institutionalized patterns of constitutional review has been interpreted to be a pure intellectual exercise of judges and professors rather than as being an outcome of the essential features of Anglo American (Anglo Saxon) and civil law systems. With no

whatsoever intention to diminish Chief Justice John Marshall or Hans Kelsen's contributions in the area of founding constitutional review it seems that the legal family context is somewhat more influential and is crucial to the content and form of principles and agents of constitutional review introduced. Both legal families attributed different roles to the judges and legislators. Within the common law tradition the law was developed mostly by the judges finding the legal rule to reach judicial decision complying to justice in every concrete case. By the system of precedent the validity of the rule acquired normative meaning by applying it to the identical cases and situations.

While in the US since colonial times judges were trusted and held in high esteem, in Europe courts were looked with a great suspicion.

Two premises were indispensable for the emerging of diffuse decentralized incidental judicial review of constitutionality of legislation - the system of precedent and courts of general jurisdiction. Within the civil law family especially after the French revolution the system of positive legislation and general validity rule making was affirmed on one side and different limitations on judge made law were devised and imposed, on the other<sup>1</sup>. The ultimate forms of these were the prohibition for the judges to enforce the laws but not to interpret them, known as "gramophone justice" meaning that the judge is under the obligation to play the record that has been produced by the legislator in concrete cases and "telephone justice" when the executive put a pressure on the court to achieve a beneficial decision by the court<sup>2</sup>. To contain the positive legislator within the limits of the constitution a negative one was needed and ordinary courts could not be entrusted with this function since the judges of general jurisdiction were themselves constrained by the parliamentary statutes. Decentralized, diffuse review in the civil law system would be inoperative for the lack of doctrine and practice of *stare decisis* unifying the system by the rule of the precedent. Thus a specialized constitutional court had to be created and assigned abstract posterior review of parliamentary statute to ensure their compliance to the constitution as the supreme law of the land<sup>3</sup>. Today the constitutional courts or other forms of constitutional review is universally accepted as a part of the European constitutional heritage<sup>4</sup>. Scholars still

<sup>1</sup> Some attribute genesis of centralized of centralized concentrated constitutional review having jurisdictional monopoly over constitutional issues to legal education in Europe, the role of career judges in deciding policy issues, the merger of the executive and legislative power in the prime minister through his position as leader of the party that has won the general elections, recognition and protection of fundamental human rights, G.F.de Andrade, *Comparative Constitutional Law: Judicial Review*, *Journal of Constitutional Law*, vol.3, 977

<sup>2</sup> F. Neumann coined the term phonograph or gramophone justice, see F. Neumann *The Democratic and Authoritarian state*, The Free Press, New York, 1957, 38

<sup>3</sup> For extensive treatment see V.F.Comella, *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale Univ. Press, London, 2006, 3-29

<sup>4</sup> More than 80% of the written constitutions around the world have special provisions on constitutional review see T.Ginzburg, *The Global Spread of the Constitutional Review*, in the *Oxford Handbook on Law and Politics*, eds.K.Whittington et al., Oxford University Press, 2008, 81



argue whether it was due to the popular sovereignty and democratic cravings rising from the grassroots or either it is introduced by the political elites<sup>5</sup>. The latter has been titled insurance model of introducing judicial review for it is kind of a security investment protecting a former governing party when becoming an opposition one<sup>6</sup>.

Several types of functions might be distinguished among the institutions for judicial or constitutional review functions might be divided into universal exemplified by all bodies entrusted or recognized by the constituent power to control compliance to the constitution or specific - consisting of those particular institutions that have been assigned in some nation states to be the guardians of the law of the land. According to their nature constitutional courts functions might be constitutional (legal) or socio political. They might be strictly national when entrusted by nation state constitution to the national courts or supranational if performed by supranational courts. Finally they might be treated as manifest ( indispensable), implicit or surrogate when the bodies of constitutional review act to compensate an institution that has not been created by the national constituent authority but exists in other nation state constitutions.

### Short List of Constitutional Court Functions

An attempt to produce most important functions of the constitutional courts would include the enumeration without any contention of exhaustive list of them. It would be also contra productive to declare a priori which of them is more important than the others or to propose a hierarchical structure of various functions of the constitutional courts.

*Constitutional Courts have been recognized by the constitution drafters to be the Guardians of Constitutional Supremacy. Constitutional courts perform the function of supreme policeman of the Constitution.* It seems that all of the constitutional court powers are oriented in this direction. However, this is obviously the case with the most typical of the powers - abstract control of the constitutionality of laws having erga omnes effect. Where the constitutional courts were established abstract posterior control has been monopoly of the constitutional court though constitutionality and constitutional conformity might be recognized and more than this accepted by all other legal subjects until its unconstitutionality would not be declared by the court.

*Constitutional review has been the voice and Guardian of the constitution's content as established by the constituent power.* According to the classical democratic theory the nation state constituent power being an expression of popular sovereignty creates the constitution and has no place in legis-

<sup>5</sup> M.Schor, Mapping Comparative Judicial Review, Washington University Global Studies Review, vol 7., 2007, 257 -287 [www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7\\_2/Schor.pdf](http://www.law.wustl.edu/WUGSLR/Issues/Volume7_2/Schor.pdf)

<sup>6</sup> T.Ginzburg, Judicial Review in the New Democracies, Constitutional Courts in Asian cases, Cambridge University Press, 2003, 24-25

lation, practical executive government and adjudication of justice and deciding cases by the courts. The constituent power does not disappear but assumes a latent status or it "falls into sleep". It springs to life and becomes active when the terms of the constitutional contract need an amendment or the nation and its political elites have arrived to political decision to adopt new constitution<sup>7</sup>. While being in a latent position it is the constitutional court that voices the exact meaning of constitutional provisions, might interpret them but staying within the limits of the founding fathers will. Even the boldest judicial activist should accept that the constitutional court interpretation might update the constitutional provisions but it cannot amend or develop the constitutional content beyond the will of the founders. The process of growth of the constitution is not tantamount to constitutional amendment which is a legitimate monopoly of constituent power as emanation of popular sovereignty.

Within this function the constitutional courts primary role would be in voicing and keeping the content of the constitution as established through popular sovereignty by constituent power. Though it is generally accepted that division between constituent and constituted powers is a monopoly belonging to the civil law family firmly established since E.Sieyes it should be emphasized that in the American system it was stipulated as a premise to the birth and enforcement of judicial constitutional review by the court itself<sup>8</sup>.

*Constitutional courts act as ultimate judicial safeguard of fundamental human rights.* No doubt this position of the courts is cornerstone in the legitimation of judicial review of constitutionality of laws. It was the status of the courts as guardians of fundamental constitutional rights and liberties that defeated the radical democratic opposition to review of constitutionality of laws by judiciary. Parliaments are product of direct ascending procedural democratic legitimation through election and are entrusted with the democratic will of the nation or majority of the electorate. To this source of legitimation courts consisting of judges that are never directly elected by the people bring their constitutional legitimacy defending fundamental human right as a last and supreme national institution to protect human rights and ultimate resort to defend constitutional freedom against an encroachment on human rights by parliamentary legislation.

*Constitutional courts act as border guards containing the state institutions within the constitutional limits of their powers.* This function of Constitutional courts has been performed though in different ways and forms with all of their constitutional powers.

*Constitutional courts act as legal arbiters as agents of constitutional and*

<sup>7</sup> On drafting a constitution as an act of supreme political decision over the type and form of political unity see Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke Univ.Press, 2008, 75-94

<sup>8</sup> UK legal system with the principle of parliamentary sovereignty respected should be considered to be an exception, for the idea that there should be power above the parliament and beyond the reach of parliamentary amendment undermines the parliamentary sovereignty principle. In the famous *Marbury v. Madison* decision judicial review has been affirmed as a safeguard ruling out the option that "the legislature may alter the constitution by an ordinary act" *Marbury v. Madison*, 5.U.S.(1 Cranch) at 177

*legal arbitrage resolving the conflicts.* In this respect status of the constitutional courts might be compared to the neutral power or *pouvoir neutre* described by B.Constant<sup>9</sup> and attributed to the head of state conceived to be performing neutral arbitrage to resolve, diminish, accelerate, prevent, mediate institutional conflict or compromise an outcome beneficial to the participants and the whole nation. In contrast to this position of the head of state performing political arbitrage, the constitutional courts exercise constitutional arbitrage - i. e. the conflicts between the powers are resolved on the basis and within the constitution.

*Constitutional courts as counter majoritarian check.* In the context of liberal democracy courts perform function of preventing the majority to quash the opposition by protecting minority rights. Probably the most symptomatic of this function has been the action of filing petitions demanding unconstitutionality decision by the parliamentary minorities - parties or MP groups.

With the introduction of the individual constitutional complaint individuals when their fundamental rights are abrogated by parliamentary legislation adopted by majority have an important source to veto tyranny of the majority that has overstepped the constitution.

*Constitutional Courts as a safety valve decreasing the level of the social strain, unrest and prevent the system of government from self destruction or destruction by the violent extraconstitutional or illegal action.* One of the first explanations of the function of procedures and institutions as a safety valve belongs to N. Machiavelli long before constitutional review of legislation emerged<sup>10</sup>. Another approach by converting a political or extra-

<sup>9</sup> B.Constant, Principle of Politics Applicable to All Representative Governments, in Political Writings, Cambridge Univ.Press, 1989, 183-194

<sup>10</sup> "To those set forward in a commonwealth as guardians of public freedom, no more useful or necessary authority can be given than the power to accuse, either before the people, or before some council or tribunal, those citizens who in any way have offended against the liberty of their country. A law of this kind has two effects most beneficial to a State: first, that the citizens from fear of being accused, do not engage in attempts hurtful to the State, or doing so, are put down at once and without respect of persons: and next, that a vent is given for the escape of all those evil humors which, from whatever cause, gather in cities against particular citizens; for unless an outlet be duly provided for these by the laws, they flow into irregular channels and overwhelm the State. There is nothing, therefore, which contributes so much to the stability and permanence of a State, as to take care that the fermentation of these disturbing humors be supplied by operation of law with a recognized outlet" In respect of this incident I repeat what I have just now said, how useful and necessary it is for republics to provide by their laws a channel by which the displeasure of the multitude against a single citizen may find a vent. For when none such is regularly provided, recourse will be had to irregular channels, and these will assuredly lead to much worse results. For when a citizen is borne down by the operation of the ordinary laws, even though he be wronged, little or no disturbance is occasioned to the state: the injury he suffers not being wrought by private violence, nor by foreign force, which are the causes of the overthrow of free institutions, but by public authority and in accordance with public ordinances, which, having definite limits set them, are not likely to pass beyond these so as to endanger the commonwealth". 40

DISCOURSES ON THE FIRST DECADE OF TITUS LIVIUS BY NICCOLO MACHIAVELLI CITIZEN AND SECRETARY OF FLORENCE TRANSLATED FROM THE ITALIAN BY NINIAN HILL THOMSON, M.A. A PENN STATE ELECTRONIC CLASSICS CHAPTER VII [www2.hn.psu.edu/~machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf](http://www2.hn.psu.edu/~machiavelli/Machiavelli-Discourses-Titus-Livius.pdf)

parliamentary conflict into legalistic one has been emphasized by A. De Tocqueville<sup>11</sup>. Instead of being resolved by violence on the streets the conflicting issue is given in the hands of the court to decide. By this procedure the degree of social discontent is reduced from the melting pot of boiling emotions and hostilities to impartial and universally accepted procedures by people and institutions where the decision is worked out based on reason with rational arguments.

*Constitutional courts act as harmonizer of national constitutional and supranational values, principles and norms and resolving conflicts between national and supranational institutions.* In the context of multilevel constitutionalism constitutional courts harmonize relationship between national and supranational values and resolve conflicts between different constitutional orders.

*Constitutional judicial review on parliamentary legislation is a structural check on governmental power proceeding out or contrary to the constitutional limitations enumerated powers of the institutions.* Though situated outside any of the classic branches of constituted powers of legislative, executive and judiciary powers constitutional courts can be tackled as an important checks on arbitrary powers and on despotic government as a whole.

*Appeal and resort to the constitutional review is a fundamental human right to protect fundamental constitutional rights where individual complaint has been envisaged*

*Constitutional courts exercise transforming function when updating the constitution and providing the growth of the constitution so in T. Jefferson's words the constitution should belong to the living and not to the dead.*

*Constitutional courts might play a compensating role for a second chamber especially in impeachment trials especially in those countries where the constitution provides impeachment trial while establishing unicameral assembly.*

### **Modern (contemporary) context of constitutional courts functions performance national and international context**

With constitutional democracy triumph during the last decades of the 20<sup>th</sup> century, rule of law has become a common denominator among the principles entrenched in the new constitutions.

Besides the traditional obstacles practical enforcement of the rule of law or *rechtstaat* has to cope with new challenges which affect the functions of the constitutional courts.

<sup>11</sup> "The influence of legal habits extends beyond the precise limits I have pointed out. Scarcely any political question arises in the United States that is not resolved, sooner or later, into a judicial question", Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* Vintage books, New York, 1945, Volume I, Chapter XVI CAUSES WHICH MITIGATE THE TYRANNY OF THE MAJORITY IN THE UNITED STATES, 290

Three of them deserve special attention.

In the emerging democracies constitutional design of the rechtsstaat confronts underdeveloped legal culture on the part of the rulers and ruled. Due to the lack of active civil society and perceptions like legal nihilism and fetishism the living rule of law abounds with unenforcible provisions and ineffective law enforcement. These defects of the rule of law might be cured gradually and the treatment might take generations that have lived their life in a constitutional democracy.

One of the most fascinating events in the contemporary global age is the emergence of multi level constitutionalism. Constitutional monism of the nation states is supplemented with supranational constitutional dimension by gradual constitutionalization through establishing international and European standards of constitutional democracy. Within European context two variously shaped and encompassing different sets of nation member states supranational constitutional streams evolve - Council of Europe, ECHR and jurisprudence of the Strasbourg court of Human Rights on the one side and the EU constitutional order for its member states on the other side.

In contrast to federations, multilevel constitutionalism is not hierarchically structured like supremacy of the nation state constitutions within the national legal system. For the time being and in the foreseeable future integration through law and economic integration have not scheduled emergence of European super state. Neither EU would be transformed in omnipotent statal entity identical to that of the nation states. Primacy of the EU law and validity of the EU standards will be guaranteed not by supremacy of a written formal supranational constitution but by contrapunctual constitutionalism where conflicts between the constitutional orders and harmony are achieved by the same democratic constitutional values and principles shaped by the common European constitutional heritage after the Westphalian peace treaty.

As contrapunctual music harmony is achieved only if different melodies are composed in one key, contrapunctual constitutionalism resolves and avoids conflicts by foundation of the national and supranational levels of the same set of democratic constitutional values and principles with the each one contents being modified and adapted to its respective constitutional orders.

In a constitutional pluralism rule of law transcends the rechtsstaat and the rule of law within the national legal system which is supplemented by the rule of law beyond the nation state on a supranational and international law level. The conflicts between different legal orders are unavoidable but the mechanisms for their resolution are built, negotiated and agreed upon in order to overcome them peacefully.

Perhaps it might be appropriate to draw a comparison with M. Maduro's concept of hierarchy within contrapunctual constitutionalism and legiti-

macy within the national, EU and global constitutionalism. In our contemporary globalized age constitutional pluralism is at a stage where separate constitutional locations have reached a different level of hierarchy within the legal order. The global constitutionalism has been the weakest of all where different currents mark the emerging priorities of governance and the legal order. In contrapunctual constitutionalism harmonizing the different loci of constitutionalism should be done in a harmonious manner. Harmony, however, would require certain premises to be observed. For example, simultaneous melodies in music should be performed within one key and should not be sung in a capella or in a canon fashion. Hierarchies and legitimacies in national, EU and global constitutionalism should be built on the consensus concerning some democratic values and should not be aimed at repetition, although with a different consequence<sup>12</sup>.

The heterogeneity of governance modes in the EU requires the use of all avenues of legitimacy available to the various modes of governance<sup>13</sup>. One should not fear that in this way complex and differentiated legitimacies will be the result. EU citizenship and, which is not intended to destroy national citizenship, has moreover been introduced and is based on national citizenship. The human rights belonging to the EU citizens are not meant to impair the citizens rights provided in the nation state constitutions but to guarantee more opportunities for the EU citizens<sup>14</sup>. However multilevel recognition and protection of human rights are probably the soundest legitimacy building factor for supranational governance facilitating the interaction of different entities of multilevel governance forming the contemporary constitutional pluralism.

Terrorism and transnational crime pose the most formidable threat to the rule of law in contemporary constitutional democracies. The constitutional democracies confront actual dilemma that they have to preserve and protect the principle of the rule of law and constitutional democracy with the established procedures and instruments of the rule of law from indi-

<sup>12</sup> See for contrapunctual constitutionalism M. Maduro, 'Europe and the Constitution: What if this is as Good as it gets?', in J.H.H. Weiler and M. Wind, eds., *Rethinking European Constitutionalism* (Cambridge, Cambridge University Press 2000). Also available at: <<http://www.umich.edu/~iinet/euc/PDFs/2002%20Papers/Maduro.PDF>>.

<sup>13</sup> See R. de Jonghe and P. Bursens, 'The Quest for more Legitimacy in the EU as a Multilevel Political System' (Paper for ECPR Congress in Edinburgh 28 March - April, 2003) available at: <<http://www.clingendael.nl/library/litlijst/litlst2004.1/European.integration.pdf>>

<sup>14</sup> Admitting that EU citizenship actually exists based on the prerequisite of citizenship of one of the member states of the Union automatically means the direct participation of EU citizens, thereby creating input legitimacy, but this should not be seen as more valuable or impairing the indirect or output legitimacy of intergovernmentalism, as within the nation-state this is built on the direct participation of the people in government elections. Therefore the conclusion that there should be a prevalence of one mode of legitimacy in the EU above all others seems to be somewhat misleading. Within different EU governance methods various types of legitimacy will undoubtedly prevail. For example, intergovernmental legitimacy will be based on indirect and output legitimacy, while direct and input legitimacy will normally develop more efficiently at the supranational level of community and federal methods of integration.



viduals or groups that do not recognize the very fabric of the principle but aim to destroy democratic societies built on the rule of law. Indeed there has not been agreement between scholars and politicians on the content of terrorism neither there has been a legal definition of this term in any international law instrument. However, considering some of their implications terrorism and the rule of law are diametrically opposites. While on the one side of the antinomy lie values like predictability, security and legitimate expectations of people on the other side the goals are to be achieved by intimidation, fear, insecurity and unexpected harms to physical persons in order to exert pressure on government. While the constitutions and the rule of law aim to limit coercion and resolve conflicts peacefully terrorism and transnational crime resort to unlimited coercion in order to achieve their goals<sup>15</sup>. Rule of law is universal and integral principle and once it is suspended or unrestricted violence to the criminals without observing fair trial, presumption of innocence etc. is imposed, then the guarantee that the government and law enforcement would not become criminals themselves, standing on one and the same path with the criminals, will wither away. Leaving the rule of law ground to protect it though legitimated by the reason of state, constitutional dictatorship or limited emergency formulae transforms the law enforcement into criminal activity. Constitutional democracies and the principle of rule of law seem to be ill equipped to defend themselves against terrorist and international crime threats with the legal means of peaceful conflict resolution.

### **Models of Implementation of International Norms in the National Legal Order and 1991 Bulgarian Constitution**

The classical principle of constitutional supremacy is assuming new dimensions with the development of the relations between the national legal systems and the supranational legal orders in contemporary globalized world. Modern democratic constitutional states recognize the primacy of international law principle. The systems implementing treaty obligations however are different due to the choice of monism or dualism in the national constitutions<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> One of the best liberal definitions of constitutionalism emphasizing the constitutions role as frame of government was offered in the second half of the 19 century in the US by John Potter Stockton " The constitutions are chains with which men bind themselves in heir sane moments that they may not die by a suicidal hand in the day of their frenzy.", J.E.Finn, *Constitutions in Crisis*, Oxford University Press, 1991, 5

<sup>16</sup> See for different legal orders in dualistic system and integrating the both legal orders in monism M.Kumm , *Towards a Constitutional Theory of the Relationship between National and International Law* International Law Part I and II, National Courts and the Arguments from Democracy, p. 1-2, [www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/kumm1and2.pdf](http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/kumm1and2.pdf) ; L.Wildhaber, *Treaty-Making Power and the Constitution*, Bazel, 1971, 152-153

In general incorporation of the treaties provisions follows two types of procedures<sup>17</sup>.

According to the dominant in Europe monistic system the international treaty becomes an integral part of the national law after having been ratified. Under dualism implementation of treaties can take place not by ratification but by drafting a special law or by amending the existing national legislation.

Comparative analysis of the European systems demonstrates another type of difference due to the position of the international treaties in the national legal order.

In some countries like Belgium, Luxembourg and Netherlands, the international treaties provisions have a supranational effect and stand above the legal system superseding the authority of constitutional norms.

According to the constitutional practice of other countries like Austria, Italy and Finland, the treaties, having been ratified with parliamentary supermajority vote, have the same legal binding effect as constitutional provisions.

The third type of implementation of treaties obligations under the monistic system in Europe places them above the ordinary parliamentary legislation but under the national constitutions according to their legally binding effect. This is the current practice in Bulgaria, Germany, France, Greece, Cypress, Portugal, Spain and others.

In the Czech Republic, Lichtenstein, Romania, Russia, and the Slovak republic only the treaties relating to human rights stand above the ordinary legislation<sup>18</sup>.

The 1991 Bulgarian Constitution proclaims primacy of international law treaties which have legally binding effect and supersede the contradicting provisions of the national legislation. Under the monistic approach, International treaties, constitutionally ratified, promulgated, and having come into force in the Republic of Bulgaria, shall be a part of the domestic law of the country. They shall take precedence over any conflicting legal rules under the domestic legislation. The Constitutional Court of the Republic of Bulgaria in an interpretative ruling has extended the validity of this constitutional provision i.e. art. 5, par.4 to include all the treaties

<sup>17</sup> P. van Dijk, G. , J. H. van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Boston,1990,11-12; A.Drzemczewski, European Human Rights Convention in Domestic Law, Oxford, 1985, 33-35;E Wagnerowa, Direct Applicability of the Human Rights Treaties in The Status of International Treaties on Human Rights,Collection Science and Technique of Democracy, N 42, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006,111-127

<sup>18</sup> C. Economides, The Elaboration of Model Clauses on the Relationship between International and Domestic Law, The European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe, 1994, 91-113, 101-102 ; L.Erades, Interactions between International and Municipal Law , T.M.C. Asser Institute - The Hague, 1993 ; The French Legal System: An Introduction, 1992,45; ., See Й.Фровайн, Европейската конвенция за правата на човека като обществен ред в Европа,София,1994, 32 ; Вж също така Л.Кулишев, Прилагането на Европейската конвенция за правата на човека в българския правен ред, сп. Закон, бр.2,1994, 3-25

which were signed before the entry in force of the Constitution if they fulfill the requirements of art. 5, par.4<sup>19</sup>.

Interpretation of art. 85, par. 3 and art.149, par.1, 4 in connection with art 5, par. 4 makes apparent that the 1991 Constitution of Bulgaria has situated treaties only second to the Constitution itself but above all the national legislation<sup>20</sup>. Thus, the primacy of international law has complied with the requirements of art. 2 of the UN Charter respecting the nation state sovereignty<sup>21</sup>.

The process of implementing a treaty is different from interaction between the EU legal order and EU member states' legal systems. Due to the transfer of sovereignty, provisions of EU law prevail over the national constitutional norms and have legal binding effect after the EU member states have been notified. That is why implementing of the international treaties bears no similarity to the obligation to comply with *acquis communautaire* in adapting the national constitutions and approximation of legislation in order to provide supranational, direct, immediate and horizontal effect of primary and institutional EU law<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Article 5 of the Bulgarian 1991 constitution provides:

(1) The Constitution is the supreme law, and no other law may contradict it.

(2) The provisions of the Constitution shall have direct applicability.

(3) No one may be sentenced for any action or inaction that was not legally provided for a crime when it was committed.

(4) International treaties, constitutionally ratified, promulgated, and having come into force as for the Republic of Bulgaria, shall be a part of the domestic law of the country. They shall take precedence over any conflicting legal rules under the domestic legislation.

(5) All the normative acts shall be promulgated. They shall come into force three days after their promulgation, unless other period of time shall be stipulated therein.

The Constitutional court ruled that the legal effect of treaties signed and ratified before 1991 Constitution entered in force is determined by the regime that was in effect at that time and especially according to the requirement for their publication. The treaties are part of the Bulgarian legal system if they are published or if there was no requirement to be published. If they are not published they do not have primacy to the contravening provisions of the national legislation. They might acquire the superseding effect over the contravening norms of Bulgarian legislation from the moment of their official publication. See *Мотиви на Решение N 7 от 1992 г. по к.д. N 6 1992 г., ДВ, N 56, от 1992 г.*

<sup>20</sup> Article 85. (3) stipulates that the signing of international treaties that require constitutional amendments must be preceded by the passage of such amendments. Under Art.149.(1), 4 The Constitutional Court rules on the consistency between the international treaties signed by the Republic of Bulgaria and the Constitution, prior to their ratification, as well as on the consistency between the laws and the universally accepted standards of international law and the international treaties to which Bulgaria is a signatory; *The Constitution and the Participation of Bulgaria in international agreements*, edited by E. Konstantinov, Sofia, 1993; G. Tisheva, I. Muleshkova, *Relations between the domestic legislation of the Republic of Bulgaria and the international human rights standards*, the *Human Rights magazine*, Issue No. 1, 1997, 4-9.

<sup>21</sup> The supranational, direct, immediate and horizontal effect of EU law is provided by the proposed EU clause in the constitution providing for transfer of sovereign powers to the EU and its institutions.

<sup>22</sup> These undoubted characteristics of the European law are formulated by the Court as early as the beginning of the 60s, *N.V. Algemeine Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loos, v. Netherlands Fiscal Administration*; Case 26/62; *Costa v. ENEL*; Case 6/ 64. See in a detail E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, vol.75, January 1975, N 1, 1-27; P. Pescatore, *The Doctrine of Direct Effect*, *European Law Review*, 8, 1983, 155-157; J. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, *Yearbook of European Law* 1, 1981; A. Easson, *Legal Approaches to European Integration in Constitutional Law of the European Union*, F. Snyder, *EUI*, Florence, 1994-1995

Bulgaria's Constitution of 1991 incorporates both functional and institutional guarantees for maintaining its supremacy. The democratic principles of popular sovereignty, separation of powers, political pluralism and the rule of law are designed to assure constitutional supremacy in the functioning of the constitutional government.

The specialized, concentrated, abstract and posterior review by the Constitutional Court is a constitutional guarantee for the supremacy of the Constitution.

The issue of the status of the international instruments on human rights has been extensively treated by the Venice commission of Democracy through law of the Council of Europe<sup>23</sup>.

Multilevel constitutionalism affects constitutional courts and the functions they perform in many ways. Here I will limit myself on the functional performance and interaction between the constitutional courts and their functions.

Supranational courts do not form another tier or instance in the system of courts neither they constitute another level of constitutional courts, though there are issues in their jurisdiction that are common to the national constitutional courts<sup>24</sup>.

European Court of HR and ECJ have brought structural and functional changes to the performance of national courts and even more substantially to the constitutional courts

No doubt the primary and most important effect of the supranational European courts were strengthening of community legal order and securing Europe as a legal space where human rights in the ECHR and political interaction in the Council of Europe form the current shape of regional cooperation between the nation states and their peoples in Europe.

However, the main effect on judicial protection of rights and on the functions of the constitutional courts should be traced in the direction that the supranational courts directly interact with national courts, on one side, and with the constitutional courts, on the other. Two trends might be observed in constitutional review in Europe within the relationship of European supranational and national courts, after the jurisprudence of ECJ and European Court HR has empowered the ordinary courts and judges in a way that they might undermine the role of the constitutional courts to review national legislation. On one side jurisprudence of the supranational European courts has centralized the system of review of legislation within their own jurisdiction and interpretation of EU law and ECHR. On the other, especially after Simmental revolution the system of judicial review in the nation states in Europe

<sup>23</sup> See The Status of International Treaties on Human Rights, Collection Science and Technique of Democracy, N 42, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006

<sup>24</sup> For extensive treatment see V.F. Comella, Constitutional Courts and Democratic Values, Yale Univ. Press, London, 2006, 123-128

that have opted for centralized concentrated posterior and abstract review by specialized constitutional courts has been to some extent decentralized by introducing judicial review of legislation by the national ordinary courts for compliance to EU law or ECHR in concrete incidental manner in concrete cases with the decisions validity inter partes

## РЕЗЮМЕ

Сегодня конституционные суды или другие органы конституционного контроля воспринимаются как часть европейского конституционного наследия. Среди функций институтов судебного конституционного контроля можно различить как общие для всех органов функции, которым законодательной властью вверено осуществление контроля за конституционностью, так и специфические функции органов, состоящих из тех частных институтов, которые в некоторых национальных государствах должны охранять закон страны. Конституционные суды выступают в качестве последнего судебного защитника основных прав человека. Несомненно, такая позиция судов является краеугольным камнем в легитимизации судебного контроля за конституционностью законов.

Автор перечисляет ряд важных функций Конституционного Суда.

Конституционные суды признаются авторами конституций как защитники конституционного верховенства. Конституционные суды осуществляют функцию верховного защитника Конституции.

Законодательной властью закреплено, что конституционный контроль является голосом и опекуном содержания Конституции.

Конституционные Суды выступают в качестве предохранительного клапана снижения уровня социальной напряженности, беспорядков, охраны государственного строя от саморазрушения или разрушения путем насильственного неконституционного или незаконного действия. Они являются согласователями национальных конституционных и наднациональных ценностей, принципов и норм разрешения конфликтов между национальными и наднациональными институтами. Обращение к конституционному контролю является фундаментальным правом человека. Обновляя Конституцию, конституционные суды осуществляют функцию преобразования и обеспечивают развитие Конституции.

С победой конституционной демократии в последние десятилетия XX века верховенство права стало общим знаменателем среди принципов, закрепленных в новых конституциях. Терроризм и транснациональная

преступность представляют самую серьезную угрозу для законности в современных конституционных демократиях.

Конституция Болгарии 1991 года включает как функциональные, так и институциональные гарантии поддержания своего верховенства. Демократические принципы народного суверенитета, разделения властей, политического плюрализма и верховенства права разработаны для обеспечения верховенства Конституции в конституционном государстве.

Европейский суд по правам человека внес структурные и функциональные изменения в деятельность национальных судов и, что более существенно, в деятельность конституционных судов. Непосредственное взаимодействие национальных и наднациональных судов имеет большое влияние на судебную защиту основополагающих прав человека.



# ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА КАК ИСТОЧНИК ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА

ГАГИК АРУТЮНЯН

*Председатель Конституционного Суда Республики Армения,  
член Венецианской комиссии Совета Европы*

Уважаемые участники Конференции!

Многоуважаемые гости!

На нынешнем этапе развития конституционного правосудия более актуальными становятся вопросы, касающиеся правовой роли и последствий решений Конституционного Суда. Это имеет место не только с точки зрения защиты объективных и субъективных прав человека или как источника права. Они во многом обуславливают также функциональные взаимоотношения органов государственной власти.

В разных странах степень актуальности этой проблемы в значительной мере зависит от полномочий Конституционного Суда, характера института индивидуальной жалобы, а также имеющих место процессуальных особенностей.

В тех странах, где акты всех конституционных институтов являются объектами конституционного контроля, существует полноценная система индивидуальной жалобы, Конституционный Суд решает также споры, возникающие по вопросу конституционных полномочий институтов власти, и имеет полномочие абстрактного толкования Конституции, место и роль решений Конституционного Суда в системе внутригосударственных правовых актов являются более конкретными и определенными.

Иная ситуация сложилась в странах, где отсутствует какое-либо из указанных обстоятельств и на конституционном уровне не конкретизированы функциональные взаимоотношения конституционного суда и общих судов.

Реальностью является и то, что во многих странах правовая и конституционная культура еще не достигла такого уровня, когда правовые последствия решений Конституционного Суда воспринимаются не только в рамках заключительных положений, но и в рамках всего решения, учитывая также прецедентное правовое значение правовых позиций суда.

В нашей практике часто встречаются такие парадоксы, когда в право-



применительной практике, обращаясь к Европейскому суду по правам человека, преимущественно ссылаются на правовые позиции, рассматривая их как прецедентное право этого Суда, однако когда речь идет о решениях Конституционного Суда, то значение в основном придается резолютивной части решения. Подобный подход весьма опасен и искажает суть конституционного правосудия.

Немаловажным является также и то обстоятельство, что в подобных условиях серьезной опасности подвергается эффективность защиты субъективных прав лица, особенно когда существует ограниченный институт индивидуальной жалобы.

Попробуем представить вопрос на конкретном примере.

Конституционный Суд РА Постановлением от 25 февраля 2011 года ПКС-943 признал пункт 1 части 1 статьи 426.4 Уголовно-процессуального кодекса Республики Армения в части содержания, данного ему в правоприменительной практике, противоречащим требованиям статей 3, 6, 18, 19, 93 Конституции Республики Армения и недействительным. Дело в том, что в случае применения закона в толковании, отличающемся от правовых позиций Конституционного Суда РА и приведем к нарушению прав человека, не предоставлялась возможность восстановления нарушенных прав посредством пересмотра дела по новым обстоятельствам.

Конституционный Суд Постановлением от 15 июля 2011 года ПКС-984 проявил подобный подход также касательно части 1 статьи 204.33 Гражданского процессуального кодекса РА. А в резолютивной части Постановления от 14 июня 2011 года выдвинул такой доктринальный подход, согласно которому в правоприменительной практике правовые положения не могут толковаться и применяться иначе, что будет противоречить раскрытому Конституционным Судом их конституционно-правовому содержанию. Подход Конституционного Суда заключается в том, что даже если правовое положение признается конституционным, однако судами оно применялось в таком толковании, которое противоречит раскрытому Конституционным Судом конституционно-правовому содержанию нормы, то для лица появляется основание возобновления пересмотра дела на основании новых обстоятельств.

Конституционный Суд подчеркнул, что, как правило, при признании оспариваемого акта соответствующим Конституции, толкуя оспариваемые правовые нормы, Конституционный Суд раскрывает их конституционно-правовое содержание, признавая **в резолютивной части постановления** соответствие этих норм Конституции либо их соответствие Конституции лишь в рамках определенных правовых позиций, и указывает:

- те правовые границы, в рамках которых восприятие и применение нормы обеспечит ее конституционность;
- те правовые границы, вне рамок которых данная применяемая или толкуемая норма приведет к антиконституционным последствиям;

- те конституционно-правовые стандарты, на основании которых компетентный орган публичной власти обязан обеспечить дополнительное правовое регулирование с целью полноценного применения данной нормы.

Конституционный Суд принял за основание то фундаментальное положение, согласно которому смысл конституционного правосудия заключается в гарантировании верховенства Конституции и ее непосредственного действия, и никакая процессуальная норма или ее нечеткая формулировка не могут стать препятствием для реализации его конституционной функции по гарантированию верховенства права.

Конституционный Суд также аргументировал, что судебная практика, исходя из нынешних законодательных формулировок, **не признавая** новым обстоятельством те постановления Конституционного Суда, в **резольютивной части** которых указано, что норма признана конституционной в рамках правовых позиций, выраженных Конституционным Судом по данному делу, не предоставляет возможность восстановления и защиты нарушенных прав и свобод лица. Количество таких постановлений в год составляет около 4-5, и они касаются тех случаев, когда антиконституционная ситуация возникает **не в результате пробела в законе или неопределенности нормы, а когда судебная практика применяет эту норму, толкуя ее не в соответствии с Конституцией**. При подобных обстоятельствах в тупике оказывается реализация принципа гарантирования верховенства права и, следовательно, верховенства Конституции. Конституционный Суд считает также, что подобная ситуация обусловлена несовершенством отдельных положений не только процессуальных кодексов, но и Закона РА "О Конституционном Суде", и, исходя из необходимости их системного совершенствования, предусмотрел отсрочить утрату силы положения, признанного противоречащим Конституции и недействительным.

Данная проблема получила бы иное решение, если бы в условиях обоснованных сомнений или неопределенности нормы суды общей юрисдикции или специализированные суды приостанавливали рассмотрение дела и в установленном законом порядке обращались в Конституционный Суд для оценки конституционности применяемой ими нормы. Конституция РА предоставила такую возможность всем судам, в том числе и Кассационному Суду. Однако в нашей стране со дня внедрения института индивидуальной жалобы на основании обращений более сотни граждан положения примененных в отношении них законов были признаны антиконституционными, в том случае, когда все другие субъекты, имеющие право обращения в Конституционный Суд, в том числе суды, имели возможность заранее обратиться по данному вопросу в Конституционный Суд. Причем немало случаев, когда гражданин в ходе судебного разбирательства в суде общей юрисдикции ходатайствовал о приостановлении производства по делу и обращении в Конституционный Суд по вопросу конституцион-

ности применяемого в отношении него положения. Однако в ходатайстве было отказано с таким обоснованием, что данное положение соответствует Конституции. В дальнейшем в рамках дела, принятого к рассмотрению на основании конституционной жалобы гражданина, данное положение Конституционным Судом было признано противоречащим Конституции. То есть со стороны судов не было равноценного восприятия обоснованного сомнения.

Такое положение присуще не только Армении. Его основной причиной, по нашему мнению, является неравноценное восприятие рамок судебного усмотрения. Международная судебная практика свидетельствует, что для судов общей юрисдикции есть два ограничения судебного усмотрения:

1. **Правовое регулирование**, которое предполагает, что суд, насколько бы он не был компетентен своими правовыми позициями содействовать развитию права, все же не может вторгнуться в поле правового регулирования настолько, чтобы изменить или исказить правовое содержание положения закона. Уместно вспомнить меткое замечание бывшего Председателя Верховного Суда Израиля Аарона Барака касательно судебного усмотрения. Он отмечает, что данное понятие предполагает правомочие совершения выбора из двух или более альтернатив, однако из таких альтернатив, которые являются законными (Аарон Барак. Судейское усмотрение. - М., 1999. - С. 13-19);

2. **Конституционность**, согласно которой суд общей юрисдикции не может взять на себя функцию конституционного правосудия. Раскрытие конституционно-правового содержания правовой нормы является высшей миссией конституционного правосудия, которая требует совершенно иных процессуальных процедур. Соприкасаясь с проблемой конституционности нормы, общий суд обязан приостановить рассмотрение дела и обратиться в Конституционный Суд (естественно, когда наделен такой компетенцией).

В обоих случаях нарушение границ судебного усмотрения является поправлением конституционного принципа разделения властей и несовместимо со стандартами правового государства.

К этой проблеме часто обращаются во время различных международных обсуждений. В частности, Европейская комиссия "За демократию через право" (Венецианская комиссия) Совета Европы 17-18 января 2011 года на 85-м пленарном заседании, утверждая доклад, подводящий итоги европейского опыта осуществления конституционного правосудия на основании индивидуальной жалобы, в частности, констатировала также, что когда Конституционный Суд, осуществляя свою функцию по обеспечению конституционности посредством определенных толкований, обязывает все остальные государственные органы применять нормативный акт **только в определенном толковании, признанном Конституционным Судом соответствующим Конституции**, норма-

тивный акт не теряет юридической силы. Однако для внесения ясности в этот вопрос данную проблему необходимо законодательно регламентировать, **чтобы все государственные органы, в том числе суды, руководствовались конституционными толкованиями, данными Конституционным Судом**, что для представляющих индивидуальное обращение может стать основанием требования защиты своих прав в суде (Strasbourg, 27 January 2011, CDL-AD(2010)039rev., пункт 165).

Современные императивы, предъявляемые конституционному правосудию, требуют нового качества конституционного мышления и культуры. Не имеющий альтернативы вывод заключается в том, что главной задачей правового государства является уточнение границ свободы и власти и гарантирование верховенства права. Это возможно только в условиях гарантирования верховенства Конституции и в результате гарантирования конституционного баланса в реальной жизни. Это также явилось главной предпосылкой формирования новых механизмов судебного конституционного контроля на протяжении последнего столетия. Однако роль этих возникших в прошлом веке институтов может быть эффективной, когда правовые последствия постановлений Конституционного Суда будут иметь воздействие и станут ощутимы в плане утверждения конституционализма в стране. Это возможно только в условиях гарантирования необходимых и достаточных **предпосылок реализации прецедентного права конституционных судов**.

Современные вызовы конституционализации общественных отношений и тенденции развития конституционной культуры свидетельствуют, что в настоящее время понятие "прецедентное право Конституционного Суда" **относительно конституционно-правового содержания конкретных положений Конституции и иных правовых актов надо воспринимать как целостность правовых позиций и заключений Конституционного Суда, которые в силу Конституции общеобязательны, обеспечивают гарантию верховенства Конституции, защиту объективных и субъективных прав человека и являются источником права**.

Утверждение подобной концепции правового мышления, ее равноценное восприятие всей государственно-правовой системой станет действенной гарантией стабильного развития и обеспечения верховенства права.

Спасибо за внимание.

The decisions of the Constitutional Court essentially determine functional relationship of the bodies of state power.

The Constitutional Court also resolves issues regarding the constitutional power of the authorities and it has the power of abstract interpretation of the Constitution.

The sense of the constitutional justice is to guarantee the supremacy of the Constitution and its direct action.

The judicial practice does not provide with the ability to restore and protect the violated rights and freedoms of citizens, when it does not recognize as new circumstances those decisions of the Constitutional Court in which the norm is acknowledged as constitutional in the frames of legal positions. It concerns those cases when the unconstitutional situation arises not as a result of a gap of the law or uncertainty of the norm, but when the judicial practice applies this norm interpreting it as contradicting to the Constitution.

In such circumstances the implementation of the principle of guaranteeing the rule of law is in deadlock and the rule of the Constitution as well.

The international judicial practice indicates that the courts of general jurisdiction have two limitations of judicial discretion:

1. Legal regulation, which supposes that the court cannot invade the field of the legal regulation to change or distort the legal content of the law;
2. Constitutionality, which supposes that the court of general jurisdiction cannot undertake the function of constitutional justice.

In both cases the violation of the boundaries of the judicial discretion is a violation of the constitutional principle of separation of powers and it is inconsistent with the standards of the legal state.

The main objective of the legal state is to clarify the boundaries of power and freedom and to guarantee the rule of law. It is possible only in conditions of guaranteeing the supremacy of the Constitution and by guaranteeing the constitutional balance in real life. It is as well possible only in conditions of guaranteeing the necessary and sufficient preconditions for the implementation of the case law of the constitutional courts.



# THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF GEORGIA IN THE DEVELOPMENT OF THE STATE'S CONSTITUTIONAL ORDER

**GEORGE PAPUASHVILI**

*President of the Constitutional Court of Georgia*

Mr. President of the Constitutional Court of Armenia,

Dear colleagues,

Ladies and gentlemen,

First of all, allow me to thank the organizers of this seminar for giving me an opportunity to participate in the XVI (sixteenth) Yerevan International Conference and to wish the participants fruitful and successful working sessions. The topic of the conference, addressing the impact of the Constitutional Court decisions on the strengthening of a state's constitutional order, arouses profound interest and is of great importance. A state's constitution is the most important legal text expressing the state's social and legal foundations. Having a sound constitutional order serves as a precondition to a firm and stable statehood. The Constitutional Court, exercising constitutional control within a particular state, is an instrumental organ for the improvement of the constitutional order of that state.

It must be stated that proceedings before the Constitutional Court of Georgia can be initiated by a wide scope of applicants exercising their right under the respective legal procedure governing the question of eligibility to approach the Court. Accordingly, a constitutional complaint or submission can be lodged with the Court by the following: the President of Georgia, the Parliament of Georgia, the Georgian government, the highest representative organs of autonomous republics and ordinary courts. The main emphasis is attached, in this sense, to the right of natural persons and legal entities, to apply to the Constitutional Court of Georgia in order to protect the fundamental rights and freedoms entailed in the second chapter of the constitution of Georgia. At the same time, it should be noted, that the Georgian public defender enjoys the so called *actio popularis* right, right to apply to the Constitutional Court to ensure that those rights and freedoms mentioned above are fully respected.

It is worth noting that on the basis of the constitutional law passed in 2010 a new chapter was added to the constitution of Georgia, expanding the circle of complainants eligible for applying to the Constitutional Court. this chapter states that, a representative body of local self-government is per-

mitted to lodge an application with the Constitutional Court challenging the constitutionality of a normative act within the scope of the chapter containing the novelty mentioned above. At the same time, in accordance with respective amendments of legislation, the High Council of the Justice of Georgia is also authorized to apply to the Constitutional Court.

According to Article 89 of the Constitution of Georgia, the judgment of the Constitutional Court is the final one and once its decision has been published, the normative act or the segment found to be unconstitutional ceases to be valid. At the same time, in accordance with the legislation on the Constitutional Court, failure to implement the decision of the Court is punishable by law. The act of the Constitutional Court has to be enforced immediately, once it has been published, unless it fixes a specific time-limit for its enforcement. If, according to the judgment of the Constitutional Court, a legal norm or its part contradicts the constitution, it is forbidden to pass the legal act entailing the provisions of the same content that have been found unconstitutional.

Bearing in mind the considerations presented above, the *res judicata* effect of decisions by the Georgian Constitutional Court has to be acknowledged, the latter implying irrevocability and unappealability of respective judgments. The Constitutional Court cannot revoke its own decision. Subsequently, legal consequences expressed in the resolutive (final) section of the judgment, are no longer at the Constitutional Court's disposal. Thus, the *res judicata* effect also denotes that the decision of the Constitutional Court is unreviewable, there are no legal remedies against the judgment in question.

Among the wide range of issues falling under the jurisdiction of the Court, an overwhelming portion are attached to the matters of constitutionality of legal acts adopted in relation to the fundamental human rights and basic freedoms entailed in the second chapter of the Georgian constitution. A close look is necessary in order to demonstrate the impact of the Constitutional Court's decisions on the development of the constitutional order of a state. At this stage, the decisions adopted on some landmark cases have to be reviewed briefly, the latter denoting, on the one hand, the improvement of the human rights protection, and the enhancement of the legislation in respective fields, on the other. I will also address the case in which the Court "confirmed" existing legal regulations in a tangible way by upholding the legal norm the validity of which has been challenged.

The Constitutional Court of Georgia passed judgment in 2007 on the constitutional complaint lodged with the Court by Georgian citizens and the public defender of Georgia concerning the so called squeeze out legal concept of the obligatory sale of shares: the shareholder being in possession of more than 95% of shares in a joint-stock company was entitled to the redemption of stocks of other shareholders under a fair price. The complainants challenged the constitutionality of the above mentioned legal



norm in relation to the constitutional prohibition of discrimination and the constitutional right to property.

While the Court found the challenged norm unconstitutional and declared the norm void, it does not mean that the legal concept, as such, has been repealed. Within the case in question the Court made the constitutional assessment of the obligatory sale of shares valid under certain circumstances, i.e. the concrete form of a legal concept within the framework of Georgian legislation was under close scrutiny. Thus, the Court left space for the Parliament for further enhancement of legislation. The indirect impact of this judgment would be that human rights protection has been improved within a specific field.

In the same context, the decision of the Constitutional Court delivered on April 18th, 2011 is of landmark importance. In this decision certain legal norms of the Georgian legislation prohibiting the organization of meetings and manifestations within a radius of 20 meters from the entrances of certain institutions and administrative organs, including courts, were found unconstitutional. The Court emphasized that such prohibition contravenes the provisions of the constitution, as far as in certain circumstances it makes it practically impossible to hold meetings and manifestations. The legal norm requiring immediate termination of a meeting in the event of a street being blocked or otherwise violating respective legal rules, has been found unconstitutional. The Court stressed that the participants of a meeting or manifestation should be given the opportunity to bring it in line with the legislation requirements. At the same time, the Court defined the criteria for restricting the right to assembly. It has been stated that limitations can be imposed on the enjoyment of the right in question, if the latter impedes the proper functioning of an institution, or the restriction is conditional upon special security measures. Furthermore, the termination of a meeting or manifestation can solely take place in case of disobeying the lawful demand of an assigned government official.

One should note that the latter judgment, together with the first decision referred above, had a considerable impact upon the specific legislation governing meetings and manifestations, as well as on the Administrative Procedures Code of Georgia. Therefore it is evident that the adjustment of Georgian legislation with the Constitutional norms as a consequence of the Constitutional Court decision has taken place.

On the basis of these considerations, it can be concluded that in the case of revoking a challenged legal norm the Constitutional Court of Georgia acts as a negative legislator thus adjusting the legislation on the basis of substantial consequences of its decisions. While, simultaneously upholding the challenged norm the Court "confirms" existing legislation. In doing so, the Court, in both cases, acts as a guarantor of stability and development of constitutional order as it strives for consistency in its decisions.

While dealing with the issue of the impact of the Georgian Constitutional

Court decisions on the constitutional order of the state, it has to be noted that according to Article 82 of the Constitution of Georgia, acts of a court, in general, are binding upon all state organs and persons within the entire territory of the state. At the same time, in accordance with Article 24 of the Organic Law on the Constitutional Court of Georgia, all state bodies, natural persons and legal entities, political and social unions of citizens, bodies of local self-government are obliged to fulfill the requirements (falling within the realm of their competence) established by the Court or its members and connected with the resolution of a dispute pending before the Court. Accordingly, the erga omnes binding force of the Georgian Constitutional Court decisions has to be emphasized: the judgment of the Court is obligatory for each and every single person or body corporate.

It is also true that within the realm of the Georgian legal system there is no provision available directly stipulating that the decisions of the Court bear the force of a legal rule, but the judgment of the Court has its considerable impact upon the development of the "legislative will", because a lawmaker is bound by the constitution as well as by the decisions of the Constitutional Court.

Georgia belongs to the category of countries described as "new democracies" which, within the context of their government and legal culture, share hard, difficult historical legacies. And The role of constitutional courts in such countries is perhaps much more important . The Constitutional Court of Georgia, as the guarantee of supremacy of the state's basic legal text, plays an important role in the development of modern Georgian statehood as it ensures the stability of constitutional norms and the protection of fundamental human rights and freedoms.

Thank you for your attention!

## РЕЗЮМЕ

Конституция государства - важнейший правовой документ, выражающий социальные и правовые основы государства. Наличие конституционного порядка служит предпосылкой крепкой и устойчивой государственности.

Среди широкого круга дел, подпадающих под юрисдикцию Конституционного Суда Грузии, огромную часть составляют дела о конституционности правовых актов, принятых относительно основополагающих прав и свобод человека, закрепленных во второй главе Конституции Грузии.

Аннулируя оспариваемую норму, Конституционный Суд Грузии действует как негативный законодатель, согласовывая законодательст-

во на основе реально существующих последствий своих решений. Одновременно, одобряя оспариваемую норму, Суд "подтверждает" существующее законодательство. Таким образом, Суд в обоих случаях действует как гарант стабильности и усовершенствования конституционного порядка, стремясь к устойчивости в своих решениях.

Грузия принадлежит к категории стран, характеризующихся как "новые демократии", и роль конституционных судов в таких странах наиболее важна. Конституционный Суд Грузии, как гарант верховенства основного правового документа государства, играет важную роль в развитии современной грузинской государственности, так как обеспечивает устойчивость конституционных норм и защиту основополагающих прав и свобод человека.



# LATENT AND MANIFEST FUNCTIONS OF CONSTITUTIONAL COURTS

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Judge of the European Court of Human Rights*

## 1. The "democratic criticism" of constitutional courts.

One of the most common and continuous criticisms of the role of constitutional courts refers to the contradiction between the powers exercised by these Courts and democratic principles. These powers imply that the opinions of judicial bodies with very little direct connection with the will of popular will are considered superior and more decisive than the opinions of those bodies (mainly Parliaments) that derive their powers directly from the people<sup>1</sup>.

Addressing this criticism first requires verifying what are the real functions of constitutional courts in European democracies. Concerning constitutional courts, the well-known academic tendency to develop and apply "ideal types" sometimes prompts us to overlook the diversity of individual cases. Furthermore, in order to understand constitutional practice at a given time and country, the peculiar nature of constitutional law demands taking into account not only the legal norms in force, but also other factors of considerable relevance, such as constitutional conventions, and the behaviour of political actors, among them constitutional courts themselves.

From this perspective, to evaluate the adequacy of the role of constitutional courts with respect to democratic principles, two questions must be addressed:

- a) What are today the real functions of constitutional courts?
- b) What mechanisms are usually introduced in constitutional systems to avoid the undemocratic exercise of constitutional courts' powers?

## 2. Express and "Latent" Functions

Constitutional provisions and legislative norms regulating the composition and operation of constitutional courts often attribute to them long lists of functions. These vary considerably depending on the country and, in addition to the constitutional review of laws, may include controlling electoral processes, guaranteeing the autonomy of municipalities, policing the constitutionality of political parties or resolving criminal proceedings against high government officials<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> See V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values, A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, as well as his previous book *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>2</sup> For a comparative listing of the functions of constitutional courts, M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996.

But despite this (apparent) diversity of functions, a historical analysis of the origin and development of constitutional courts makes it possible to reduce this variety of tasks to several generic functions or categories. Moreover, this analysis and a look at what constitutional courts really do demonstrate that in addition to the functions expressly entrusted to them in constitutions and legislation, constitutional courts presently have assumed latent functions that undoubtedly deviate from the classic Kelsenian model which inspired the creation of these institutions.

### 3. The Mixed Nature of Constitutional Courts

Today it is possible to affirm that none of the existing constitutional courts completely conforms to either of the "typical" models of constitutional justice outlined in textbooks: the "diffuse" American model, or the "concentrated" European model. From the creation of the first constitutional courts in Czechoslovakia and Austria in 1920 to the present, the functions of the constitutional courts in the countries in which they were adopted have evolved toward mixed formulas which display characteristics of both systems. From the American model modern constitutional courts have adopted the system for protecting individual rights in concrete cases, while taking from the Kelsenian model the system for abstract protection of the constitutional order.

- a. In the "diffuse" or American model of constitutional justice, constitutional review of public acts (legislative and otherwise) is carried out within the scope of concrete judicial proceedings, in which decisions are rendered concerning specific individuals who are the parties to the proceedings. The ultimate objective of constitutional review is the protection of these individual rights, and the immediate effects of the judicial decisions are, thus, *inter partes*. The general impact of decisions rendered in these constitutional review proceedings are therefore not the result of a formal declaration of unconstitutionality with *erga omnes* effects, but rather are the indirect result of the structure of the courts and the fact that inferior courts are bound by the precedents set by higher courts.
- b. In contrast, in the European/Kelsenian model constitutional justice procedures are conceived as techniques to protect the constitutional order by means of resolving conflicts or controversies between the powers of the state (or part thereof). We should bear in mind that the immediate predecessor of the Austrian Constitutional Court designed in the "Kelsenian" Constitution of 1920 was the Imperial Court (Reichsgericht), which was essentially a court of conflicts. Thus, these proceedings do not address specific complaints involving the rights of individual citizens, but rather they rule on the constitutionality of the acts of public powers *in abstracto*, seeking to protect the constitutional order<sup>3</sup>. Public

<sup>3</sup> The classical discussion on constitutional justice is the one represented by the well known writings of C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1931 and Hans KELSEN, "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?" *Die Justiz*, 11-12 (1930-31) pps. 576-628.

powers are the protagonists of these proceedings rather than individual citizens, and they are resolved by decisions having *erga omnes* effects.

The mixed nature of the structure of modern constitutional courts has resulted in their adopting functions derived from both models. There are a series of procedures to protect individual rights; there are others designed to protect the constitutional system in abstracto; and there are those which accomplish both goals to a greater or lesser degree.

- a. An example of procedures designed to defend individual rights is the individual complaint existing in numerous systems (*Verfassungsbeschwerde* in Germany; *recurso de amparo* in Spain) against acts of both the public powers and individuals.
- b. In contrast, the abstract defence of the constitutional order on the part of public authorities (or part of them, such as parliamentary groups or parliamentary minorities) against the actions of other powers of the State is implemented principally through direct appeals of unconstitutionality. But this abstract defence of the constitution is also present in other procedures designed to resolve conflicts between the territorial entities of the state, or among the branches of government. Also falling within this category of procedures to defend the constitution are those which review the constitutionality of political parties or those which control the electoral process, as well as those in which the constitutional courts have the competence to resolve criminal proceedings against high government officials.
- c. An example of a mixed procedure (which serves both to defend the Constitution and to protect the rights of specific individuals) can be found in the so-called "question of constitutionality." In such cases, in the course of legal proceedings a judge may choose to refer the case to the constitutional court for a preliminary ruling on the constitutionality of the legal norms he must apply in those proceedings. This procedure has both an abstract dimension (the constitutional court must rule on the constitutionality of a give law, not on an individual claim), and a concrete dimension (since the court's ruling will ultimately determine the outcome of the individual proceeding which the judge referred to the constitutional court).

#### 4. Is there a crisis in the traditional functions of constitutional courts?

But in practice, the traditional functions attributed to European constitutional courts reflected in these procedures are only a part (and perhaps not the most important part) of their present functions. I will refer to the evolution of constitutional courts in Western Europe, since they provide a longer period of development for the analysis of their characteristics; but very probably similar tendencies could be observed in the constitutional courts of the countries of Central and Eastern Europe after 1989.

- a. As for the constitutional courts' role in defending the constitution, the

political evolution of Western Europe has considerably reduced the relevance of the procedures of abstract review of constitutionality. The majority of the Western European constitutional courts were created (in the Italian Constitution of 1948, the Fundamental Law of Bonn of 1949, the Portuguese Constitution of 1976 and the Spanish Constitution of 1978) in the context of very real threats to the constitutional system derived from the political situation of the cold war in the 1940s, the existence of anti-constitutional forces, or the influence of authoritarian traditions. When these constitutions were enacted there was a real possibility of anti-constitutional forces gaining control of the branches of government (among them, the legislature). But subsequent developments in the political life of Western Europe have greatly diminished this danger (with brief exceptions more striking than real). And in conflicts between political parties, the adversary's loyalty to the constitution is now generally taken for granted.

In consequence, the traditional procedures for defending the constitution are now used only sporadically. The direct appeal of unconstitutionality is now practically non-existent in Italy (except in matters involving territorial disputes), and in relative terms, statistical data provided from the courts show that it is scarcely used in Spain or Germany. The same may be said (respecting the peculiarities of each country) of other procedures for defending the constitution.

- b. The situation is (apparently) different with regard to procedures totally or partially intended to protect individual rights. Constitutional complaints (*Verfassungsbeschwerde, recursos de amparo*) are so numerous that they have practically flooded the German and Spanish constitutional courts, causing long delays. In Italy, where this procedure does not exist, the question of constitutionality used frequently to protect individual rights has also created a considerable backlog of pending cases in the Italian Constitutional Court. But the frequency with which such procedures are used cannot hide their real significance. It is evident that despite their best efforts, a single court with only 12 or 15 judges cannot truly guarantee the protection of the constitutional rights of individuals in countries whose populations number in the tens of millions. In fact, to counteract the large number of appeals filed (which can never be resolved by a single court), systems to filter and select cases are being used more and more often. The German and Spanish constitutional courts now only grant leave to those appeals deemed to be of special relevance, declining to hear those which in their opinion are lacking in "constitutional content."

##### 5. "Latent" Functions of Constitutional Courts

This phenomenon is an example of the evolution of the role and functions of constitutional courts. Being no longer widely warranted, its function as defender of the constitution has diminished, at least in those countries



enjoying a degree of political stability and a climate of consensus among political parties, as is the case in the countries of Western Europe. On the other hand, these courts can no longer truly fulfill their function to protect individual constitutional rights, due to their very composition and structure. And, nevertheless, the role of constitutional courts is increasingly becoming more relevant in the overall European legal system.

An explanation for this may be found in the fact that these courts fulfill a function, which is often not explicit in their countries' constitutions and is far removed from the initial expectations of Hans Kelsen, but which is reflected in their will (and the need) to select constitutionally relevant cases from the thousands which are filed each year. When deciding which criteria these courts should apply when selecting cases to hear (in admission procedures which are becoming more like the U.S. Supreme Court's *writ of certiorari*) academic analysis and daily practice show that the criterion applied, whether explicitly or implicitly, is increasingly whether the specific case will contribute to the interpretation of the constitution and to the establishing of guidelines for the future. It is progressively becoming more evident that the most crucial task of constitutional courts is the interpretation of constitutional precepts. This implies providing judges, legislators, attorneys and civil servants with general guiding criteria, not only as to how to interpret the constitutional text, but also as to how to interpret ordinary (infraconstitutional) laws, so that their application conforms with the mandates of the constitution. This is achieved, not only through so-called "interpretative judgments," or *Verfassungskonforme Auslegung*, but also through guidelines and instructions to the public powers as to how existing legal norms should be applied. The "*sentence additive di principio*" in the case of Italy, the *Warn- und Ankündigungs-entscheidungen* of the German Constitutional Court, as well as some decisions in the Spanish Court's amparo proceedings are examples of this tendency.

Thus, European constitutional courts have taken on an unexpected task: that of introducing general rules through their judicial decisions in a manner that is unthinkable for those who still believe in the radical difference between the civil law and common law systems. This is manifested in the continuous citation of maxims or general rules taken from the judgments of the constitutional courts, which can be found in the decisions of the ordinary courts, in the grounds cited in administrative resolutions, and in the preambles of newly-passed laws.

This question becomes very complex concerning the introduction by the constitutional courts of interpretative criteria of the Constitution or of the laws. For instance, the Spanish Constitutional Court has considered that from article 24 of the Constitution, declaring the right to a fair process, derive many consequences concerning legal proceedings, as well as the need for requisites not mentioned in legislative norms on procedure. As an example, the Court recognized very early the need to establish a general

appeal in cassation in military proceedings<sup>4</sup>, or the obligation to be subject to DNA testing in family proceedings<sup>5</sup>, or the requisites to be observed by some type of statutes concerning the territorial organization of the State<sup>6</sup>. All these aspects were not contained, at the moment, in the legislation in force. In practice, the Constitutional Court becomes a positive legislator. In many cases, the Constitutional Court's function becomes a function of substituting itself for the legislator, when the Legislative Assemblies (State or territorial) do not accomplish (in the opinion of the Court) the tasks attributed to them by the Constitution.

### **6. Constitutional Courts and democratic legitimacy.**

Several instruments have been introduced in the European political systems in order to avoid a dangerous divorce between the task of the constitutional courts as a positive legislator in practice, and the democratic principle represented by legislative Assemblies. First, members of constitutional courts are in most cases appointed by Parliament, so that a link is established between the court and what could be considered as the "popular conscience" on law and justice. Furthermore, special majorities are required in order to obtain a maximum consensus in the process of appointment. In some cases, some other bodies (Government, Presidency of the Republic, Council of the Judiciary) also participate in the selection and appointment process. However, even in these cases, the majority of the members of constitutional courts are usually appointed by Parliament.

Secondly, members of constitutional courts are appointed in many countries for a limited mandate, so that there is a permanent renovation of the court in order to keep it in contact with the "conscience of the law" of the community, by way of democratic parliamentary representation. As an additional guarantee to this effect, and also in order to secure the independence of constitutional judges, in many cases re-election is forbidden. In this way, it is possible to effectively apply the concept of a "living Constitution" (i.e., a Constitution which is adapted to the needs derived from social and legal development) And, of course, the Constitution can be amended, following procedures established in the Constitution itself.

Third, in cases in which there is a contradiction between the parliament's intention to approve a norm and a contradictory opinion of the constitutional court as to the constitutionality of that norm, the solution to the conflict to guarantee the democratic principle may be to resort to a process of constitutional reform, in order to eliminate the alleged contradiction. From this point of view, constitutional reform (usually by means of reinforced majorities, or including popular referendums) appears as a means for enabling elected parliaments to approve norms that have been considered

<sup>4</sup> STC 76/1982, from 14 December 1982, *Casación militar* case.

<sup>5</sup> STC 7/1994, from 17 January, *Paternidad* case.

<sup>6</sup> STC 69/1988, from 19 April, *Etiquetaje* case.

unconstitutional by constitutional courts, as long as these norms have enough popular support so as to be legitimized by a reform of the constitutional text.

I wish to finish by pointing out another way in which constitutional courts, as positive legislators, may avoid a divorce from the principle of separation of powers and the primacy of the will of the people. This involves the constitutional court's changing its previous interpretations of the Constitution to reflect the development of public opinion expressed through the democratic process. This phenomenon known as overruling, that is, a Court's correcting itself, is well known. Perhaps the most famous cases involve changes of opinion of the Supreme Court of the United States from *Plessy v. Ferguson* in 1898 to *Brown v. Topeka* in 1954, or the overruling of previous Supreme Court decisions in economic and social matters as a consequence of the New Deal<sup>7</sup>.

In Spain such overrulings have been made on several occasions, mostly concerning procedural matters, in the interpretation of article 24 of the Constitution. Of course, the most relevant question is how to make two different (and sometimes opposite) principles compatible, adapting the case law of the Court to new needs and circumstances, while at the same time preserving legal certainty.

## РЕЗЮМЕ

Одна из критик в адрес конституционных судов касается противоречия между полномочиями этих судов и демократическими принципами. Конституционные положения и законодательные нормы часто приписывают им длинный перечень функций. Они могут включать в себя контроль за избирательными процессами, гарантирование автономии муниципалитетов, контроль конституционности политических партий и разрешение уголовных дел в отношении высокопоставленных должностных лиц правительства. Но несмотря на это разнообразие функций, исторический анализ возникновения и развития конституционных судов позволяет сократить их до нескольких общих функций или категорий. Более того, анализ показывает, что в дополнение к функциям, прямо возложенным на них в Конституции и в законодательстве, конституционные суды имеют в настоящее время скрытые функции, которые, несомненно, отличаются от классической Кельзе-

<sup>7</sup> A classical study of overruling, still enlightening despite the time elapsed is Albert P. BLAUSTEIN and Andrew H. FIELD, "Overruling' Opinions in the Supreme Court", *Michigan Law Review*, vol. 57, Dec. 1958, pps. 151-194. Nearer in time, and concerning the place of work of the author of these lines, Dragolub POPOVIC, "Overruling Precedents", Chapter 5 of *The Emergence of Human Rights Law*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2011, pps. 91-110.

нской модели. С созданием первых конституционных судов в Чехословакии и Австрии с 1920 года до настоящего времени функции конституционных судов эволюционировали в сторону смешанной модели, отображающей характеристики "распространенной" американской модели и "концентрированной" европейской модели.

В американской модели конституционного правосудия конституционный контроль актов осуществляется в рамках конкретных судебных разбирательств, в которых решения выносятся в отношении конкретных лиц, являющихся сторонами разбирательства. В европейской (Кельзенской) модели конституционного производства задуманы методы для защиты конституционного строя путем разрешения конфликтов и разногласий между властями государства. Смешанный характер структуры современных конституционных судов привел к принятию функций от обеих моделей.

Примером смешанной процедуры является так называемый "вопрос о конституционности". В таких случаях в ходе судебного разбирательства судья может решить передать дело в Конституционный Суд для решения конституционности подлежащих применению в данном деле правовых норм.

И тем не менее роль конституционных судов становится все более актуальной в общей европейской правовой системе.

Европейские конституционные суды взяли на себя неожиданную задачу: введение общих правил через свои судебные решения. На практике конституционные суды стали позитивным законодателем. Во многих случаях функции Конституционного Суда заменяют функции законодателя, когда законодательные собрания не выполняют (по мнению суда) возложенные на них Конституцией задачи.



## ПРАВОВАЯ ПРИРОДА И ЮРИДИЧЕСКАЯ СИЛА АКТОВ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ

АНАТОЛИЙ ГОЛОВИН

*Председатель Конституционного Суда Украины*

Уважаемый председательствующий!

Уважаемые участники и гости XVI Ереванской международной конференции!

Дамы и господа!

Прежде всего хочу выразить благодарность за приглашение принять участие в этом представительском форуме и предоставленную возможность выступить перед Вами.

Выбор темы моего выступления обусловлен тем, что вопросы о правовой природе и юридической силе актов органа конституционной юрисдикции на сегодняшний день изучены недостаточно, хотя и представляют как научно-теоретический, так и чисто практический интерес.

Российский конституционалист Л. Лазарев сформулировал эту проблему в виде такого вопроса: "Акты конституционного правосудия, что это: нормативно-правовые акты, конституционно-судебные прецеденты, правовые констатации или решения, которые обладают преюдициальным характером?"<sup>1</sup>.

Безусловно, вопрос поставлен правильно, однако следует согласиться и с Председателем Конституционного Суда Республики Армения профессором Г. Арутюняном, что однозначного ответа на него современная юридическая наука еще не дала, несмотря на то, что изучением этой проблемы занимались многие выдающиеся учёные-правоведы, в том числе и украинские.

Следует также согласиться и с его мнением о том, что для выявления места и роли конституционного суда в установлении конституционной демократии и стабильности принципиальное значение имеет, в первую очередь, методологический подход к проблеме раскрытия системного характера функционирования конституционного контроля.

Г. Арутюнян также определяет несколько условий успешного функционирования конституционного контроля, в частности, он пишет, что

<sup>1</sup> Лазарев Л.В. Конституционный Суд России и развитие конституционного права // Журнал российского права. - М., 1997. - № 11. - С. 10.

"конституционный контроль как целостная система может быть дееспособным только при необходимой и достаточной функциональной сбалансированности. Имеется в виду не только место и роль специализированных институтов судебного конституционного контроля, но и функциональная роль законодательной и исполнительной властей, других конституционных субъектов, а также порядок и традиции сохранения нравственных, национальных и духовных ценностей"<sup>2</sup>.

Ни у кого не вызывает сомнения то, что правовая природа конституционного суда обусловлена функциональным назначением этого института конституционного контроля и его местом в механизме государственной власти. Применительно к Конституционному Суду Украины его основная функция - это гарантирование верховенства Конституции Украины как Основного Закона на всей территории государства. Соответственно отличительные характеристики актов Конституционного Суда Украины, о которых пойдет речь, находятся в прямой зависимости от его места и роли в государственном механизме, исполняемых им функций, а также его правового статуса.

При этом надо иметь в виду, что в Конституции Украины и в Законе Украины "О Конституционном Суде Украины" термин "акт Конституционного Суда Украины" не употребляется. В этих документах речь идет исключительно о решениях, заключениях и определениях единого органа конституционной юрисдикции. Понятие акт как обозначение документа, в котором фиксируется результат рассмотрения дела или отдельных процессуальных действий, был введен в обиход Регламентом Конституционного Суда Украины.

Согласно этому Регламенту и с учетом основных направлений деятельности Конституционного Суда Украины, целей принятия его актов, их юридических особенностей, последние можно классифицировать следующим образом: 1) акты конституционного контроля; 2) акты официального толкования Конституции и законов Украины; 3) процедурные (процессуальные) акты; 4) внутриорганизационные акты, в частности Регламент.

Актами конституционного контроля являются:

- 1) решения о конституционности правовых актов;
- 2) заключения о соответствии Конституции Украины международных договоров;
- 3) заключения о соблюдении конституционной процедуры смещения Президента Украины с поста в порядке импичмента;
- 4) заключения о нарушении Верховной Радой Автономной Республики Крым Конституции Украины или законов Украины;

---

*Арутюнян Г.Г.* Дееспособность конституционного правосудия - гарант конституционной стабильности. Доклад на московском международном семинаре 27-28 февраля 2004 года // "Гражданин". - М., № 2, 2004. - С. 36-40.

5) заключения о соответствии законопроекта о внесении изменений в Конституцию Украины требованиям статей 157 и 158 Конституции Украины.

Кроме этого, следует учесть мнение авторов комментария к Конституции Украины о том, что "официально толкуя Конституцию Украины, Конституционный Суд Украины разъясняет содержание ее отдельных положений и тем самым гарантирует верховенство Конституции Украины. Эту же задачу выполняет Конституционный Суд Украины, осуществляя официальное толкование законов. Такая его деятельность является по природе конституционным контролем уже потому, что согласно законодательству, в случае, если при толковании конкретного закона будет установлено наличие признаков его несоответствия Конституции Украины, Конституционный Суд Украины в этом же производстве решает вопрос о неконституционности соответствующего закона. По сути, осуществление официального толкования законов напрямую зависит от одновременного решения вопросов об их соответствии Конституции Украины"<sup>3</sup>.

В последнее время в юридической литературе (например, последнее издание комментария к Конституции Украины<sup>4</sup>) для определения статуса конституционного правосудия все чаще употребляется термин "негативный законодатель".

Отдавая должное Гансу Кельзену - основателю концепции органа конституционной юрисдикции и конституционного контроля, необходимо отметить, что применение им в начале XX века термина "негативный законодатель", по всей видимости, имело популистский характер, что-то вроде модной в наше время презентации нового правового института.

В современном же употреблении понятие "законодатель" имеет устойчивое единое значение, а именно это орган государства, "имеющий право (в соответствии с установленной процедурой) принимать законы, реже - иные нормативные правовые акты"<sup>5</sup>. Этот орган не может быть ни негативным, ни позитивным, а только таким, который действует на основании, способом и в пределах полномочий, установленных конституцией.

Однако, как часто бывает, чем более спорным является определение, тем легче оно усваивается и тем быстрее входит в повседневную жизнь.

Я затронул этот вопрос неслучайно, ведь ни для кого из участников

<sup>3</sup> Науково-практичний коментар Конституції України [В.Б. Авер'янов, О.В. Батанов, Ю.В. Баудін та ін.] Ред. кол. В.Я. Тацій, Ю.П. Битяк, Ю.М. Грошевой - Харків.: Видавництво "Право". - К.: Концерн. "Видавничий Дім "Ін Юре". - 2003. - С.740.

<sup>4</sup> Науково-практичний коментар Конституції України / редкол.: В.Я.Тацій (голова рекол.), О.В.Петришин (відп. секр.). Ю.Г.Барабаш - Нац. акад. прав. наук. України. - 2-ге вид., переробл. і допов. - Х.: Право. - 2011. - С. 1030.

<sup>5</sup> Законодатель. Правотека // <http://www.pravoteka.ru/enc/2121.html>



Конференции не секрет, что уже не один год в научных кругах ведется дискуссия о том, обладают ли органы конституционного правосудия нормотворческой, то есть законодательной функцией или нет.

Согласно общепринятой практике, к продукту нормотворчества - нормативно-правовым актам - относятся "законы и подзаконные акты"<sup>6,7</sup>, которые действуют в государстве и составляют единую систему (законодательство). Вписываются ли в эту систему акты конституционного суда, ведь они однозначно не законы и не подзаконные акты, поскольку последние принимаются на основании законов и должны им соответствовать и, конечно же, не могут признавать нормы законов неконституционными?

Очевидно, что акты конституционного суда - это особая правовая категория, которая требует своего отдельного статуса в правовом поле государства и четкого определения их влияния на правотворческий процесс.

По мнению известного итальянского ученого-конституционалиста А. Пиццоруссо, "правотворчество судебных органов осуществляется тремя способами: посредством установления прецедента, посредством признания незаконными или неконституционными нормативных актов, прежде имевших силу, и через издание правил судов"<sup>8</sup>. Прошу обратить внимание, что ни один из указанных способов, по сути, не является нормотворчеством, а на первое место поставлен прецедент, который, как отмечают многие ученые, имеет особое значение.

Так, Л. В. Лазарев считает, что решения конституционного суда являются "нормативно-интерпретационными", прецедентными или "прецедентно-обязательными"<sup>9</sup>.

Соглашаясь с мнением о прецедентном значении актов конституционного суда, следует иметь в виду, что они не совсем те судебные прецеденты, которые являются источниками права в странах общего права, где система позитивного (писаного) права в основном не действует, например в Англии. Акты органа конституционной юрисдикции де-факто являются прецедентами толкования, как, скажем, акты и правовые позиции Европейского суда по правам человека, прецедентный характер которых давно признается в континентальной Европе.

В Украине прецедентность этих решений нашла своё отражение в Законе Украины "Об исполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека", который законодательно ввел систему институциональных и процедурных механизмов их исполнения. За пятнадцать лет своей деятельности Конституционный Суд Ук-

<sup>6</sup> Нормативный правовой акт. Википедия. Свободная энциклопедия // <http://ru.wikipedia.org/wiki>.

<sup>7</sup> Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. - К.: Юрінком Інтер, 2006. - С. 342

<sup>8</sup> Law in the Making: A Comparative Survey (A. Pizzorusso, ed.). Berlin, 1988. P. 55.

<sup>9</sup> Петров А.А. К дискуссии о правовой природе решений Конституционного Суда РФ // Академический юридический журнал. - № 3. - 2002.

раины в своих актах неоднократно ссылался непосредственно на соответствующие решения этого международного судебного органа, в частности, при решении вопросов о применении мер пресечения на стадии предварительного следствия, реализации права на судебную защиту и юридическую помощь, приоритета прав ребенка и тому подобное.

Необходимо отметить, что значительная группа как украинских ученых, так и зарубежных не одобряют эту концепцию, считая ее "осторожной". Например, авторы редакционной статьи в бюллетене законодательства и юридической практики полагают, что "такая осторожность обусловлена, как видно, инерционностью имеющихся подходов при анализе системы источников права и, соответственно, абсолютизацией нормативно-правовых актов в этом аспекте"<sup>10</sup>.

Их поддерживает кандидат юридических наук Н. Гураленко (Черновицкий национальный университет), которая пишет, что "доминирующая в последние десятилетия нормативистская концепция правопонимания, которая признает единым источником права нормативно-правовой акт, препятствует развитию других важных механизмов надлежащего и эффективного регулирования правоотношений в обществе. Односторонний подход к признанию источником права только продукт деятельности государства и сведение его сути и содержания только к закону не соответствует в полном объеме современной реализации права"<sup>11</sup>.

С таким определением продукта деятельности государства вряд ли можно согласиться, поскольку судебные решения принимаются именем Украины и являются неотъемлемой частью деятельности механизма государственной власти.

Нельзя также отрицать и тот факт, что признание правовой нормы неконституционной или официальное ее толкование не означает создание новой нормы.

А ведь смысл законодательной деятельности именно в создании новой нормы, а не в удалении старой, причем без заполнения появившегося пробела в законодательстве. Различия между законотворчеством и исследованием законов на предмет их неконституционности несомненны и существенны.

Как указал в этой связи Конституционный Суд Украины, "исходя из того, что государственная власть в Украине осуществляется на основе её разделения на законодательную, исполнительную и судебную, Конституционный Суд Украины не может вмешиваться в законодательную деятельность законодательного органа государственной вла-

<sup>10</sup> Роль суду у конституціоналізації державного та суспільного життя в Україні // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - К. - 2011. - № 7. - С. 16.

<sup>11</sup> Гураленко Н.А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект. - Львів. - 2009. - С.1-2.

ти и заполнять пробелы в законах"<sup>12</sup>. При этом даже в случаях, когда эти пробелы образовались в результате принятия Судом решения о неконституционности закона либо отдельных его положений<sup>13</sup>.

В этом аспекте имеет смысл прислушаться к Представителю Верховной Рады Украины в Конституционном Суде Украины профессору А. Селиванову, который подчеркивает, что акты конституционного суда являются признанными наукой источниками понимания правовых норм при их применении<sup>14</sup>, то есть не "источниками права", а именно "источниками понимания права".

Его в принципе поддерживает и судья Конституционного Суда Украины в отставке, доктор юридических наук В. Шаповал, который считает, что решения и заключения Конституционного Суда Украины не могут иметь и характер нормативно-правовых актов, активно регулирующих общественные отношения. Конституционно и законодательно обозначенная компетенция Конституционного Суда Украины не предусматривает нормотворчества, кроме связанного с регламентацией части вопросов организации его внутренней работы<sup>15</sup>.

Сторонники нормативно-правовой природы актов органа конституционной юрисдикции в качестве аргумента в свою пользу также приводят положение статьи 74 Закона Украины "О Конституционном Суде Украины", согласно которому Суд имеет право признать свое решение преюдициальным. Они утверждают, что тем самым такой акт становится правовым основанием для обращения граждан в суды общей юрисдикции с целью восстановления их конституционных прав и законных интересов<sup>16</sup>.

Однако нельзя смешивать понятия "основание для обращения" и "основание для решения дела судом по сути", поскольку последнее постановляется исключительно на основании норм закона, а не акта конституционного суда.

Как отмечается в юридической литературе, акты Конституционного Суду Украины, в том числе и акты официального толкования, не мо-

<sup>12</sup> Определение Конституционного Суда Украины от 10 марта 1998 года № 1-уп о прекращении конституционного производства по делу по конституционному представлению народных депутатов Украины о соответствии Конституции Украины (конституционности) указов Президента Украины о назначении первых заместителей, заместителей министров и заместителей руководителей других центральных органов исполнительной власти Украины, изданных в течение июля - декабря 1996 года и января 1997 года // <http://upiter/pls/wccu/p0062?lang=0&rej=0&pf5511=33302>.

<sup>13</sup> Решение Конституционного Суда Украины от 25 марта 1998 года № 3-рп по делу по конституционному представлению Центральной избирательной комиссии об официальном толковании положений частей одиннадцатой и тринадцатой статьи 42 Закона Украины "О выборах народных депутатов Украины" // Офіційний вісник України. - № 23. - С. 110.

<sup>14</sup> Систематизоване зібрання правових позицій Конституційного суду України. - К.: Відділ зв'язків з органами правосуддя Апарату Верховної ради України, 2002. - Вид. 3-є, доповнене. - С. 3.

<sup>15</sup> Шаповал В.М. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії // Право України. - 1998. - № 5. - С. 29.

<sup>16</sup> Роль суду у конституціоналізації державного та суспільного життя в Україні // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. - К. - 2011. - № 7. - С.16.

гут рассматриваться как самостоятельные источники права, "они являются интерпретационными актами, обладают дополнительным характером и могут быть применены исключительно в связи с применением соответствующей нормы"<sup>17</sup>.

Например, в Решении от 7 июля 2004 года Конституционный Суд Украины указал, что "ссылка авторов конституционного представления на мотивацию, которую применил Конституционный Суд Украины, рассматривая вопрос о неконституционности нормы Закона Украины "О высшем образовании", является необоснованной и не может учитываться при решении вопроса о конституционности иных законов, поскольку правовая позиция Конституционного Суда Украины в этом деле обосновывалась на разделении характера деятельности руководителей высших учебных заведений и государственных служащих"<sup>18</sup>.

Существенным признаком юридической природы актов, принятых по результатам осуществления конституционного правосудия, является их юридическая сила. Общеизвестно, что эта сила соразмерна с видом объектов конституционного контроля. В зависимости от вида этих объектов также определяется и сфера распространения действия таких актов (на всех (*erga omnes*) или только на участников дела (*inter partes*)).

В российской юридической литературе существует мнение, что юридическая сила решения конституционного суда тождественна конституционным законам, являясь их нетрадиционным подвидом<sup>19</sup>. Эта концепция, безусловно, заслуживает внимания, однако не может быть применена нами, поскольку в украинском законодательстве конституционных законов не существует<sup>20</sup>.

В соответствии с законодательством Украины момент утраты силы, прекращение действия и обязанность неприменения акта, признанного неконституционным (его отдельных норм), как правило, совпадает с моментом принятия соответствующего акта Конституционным Судом Украины.

В большинстве случаев обратная сила актам Конституционного Суда Украины не придается. Например, в решении по делу о назначении заместителей глав местных государственных администраций Суд уточнил, что его решение не распространяется на правоотношения, возникшие вследствие действия изданных до его принятия распоряжений Президента Украины о назначении таких лиц<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Гергелійник В.А. Правові проблеми становлення і функціонування конституційної юстиції України: Автореф. дис... канд. юрид. наук. - К., 2000. - С. 14.

<sup>18</sup> Решение Конституционного Суда Украины от 7 июля 2004 года по делу о предельном сроке кандидата на должность руководителя высшего учебного заведения // Офіційний вісник України. - 2004. - № 28. - Т. 1. - Ст. 1909. - С. 241.

<sup>19</sup> Овсяня Ж.И. Правовая защита конституций. Судебный конституционный контроль в зарубежных странах. - Ростов-на-Дону: Литера-Д, 1992. - С. 284.

<sup>20</sup> Цимбалістий Т.О. Правова природа актів Конституційного Суду України // Університетські наукові записки. - 2007. - № 1 (21). - С.51.

<sup>21</sup> Решение Конституционного Суда Украины от 24 декабря 1997 года по делу о назначении заместителей глав местных администраций // Офіційний вісник України. - 1998. - № 1. - С. 165.

В отличие от органов конституционного правосудия ряда государств, Конституционный Суд Украины законодательно не уполномочен откладывать своим решением момент утраты силы оспариваемым актом с предложением законодательно (до наступления указанного срока) урегулировать надлежащим образом спорные правоотношения.

Акты Конституционного Суда Украины имеют характер *erga omnes*, то есть являются обязательными для всех и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Украины. Не менее важной характеристикой юридической силы актов Конституционного Суда Украины является их окончательность. Так, Конституция Украины закрепляет, что его решения являются обязательными для исполнения на территории государства, окончательными и не могут быть оспорены. Это положение воспроизводится в каждом акте Конституционного Суда Украины и является неотъемлемой составляющей его резолютивной части.

В то же время необходимо отметить, что Конституционный Суд Украины может открыть новое производство по делу при выявлении новых обстоятельств, которые не были предметом рассмотрения, но существовали на момент рассмотрения и принятия решения или дачи заключения (статья 68 Закона Украины "О Конституционном Суде Украины").

В случае необходимости Суд может определить в своем решении, заключении порядок и сроки их исполнения, а также возложить на соответствующие государственные органы обязанности относительно обеспечения исполнения решения, соблюдения заключения. Также Суд уполномочен истребовать от соответствующих органов письменное подтверждение исполнения решения, соблюдения заключения (часть третья статьи 70 Закона).

Кроме того, Конституционный Суд Украины отметил, что "решения Конституционного Суда Украины имеют прямое действие и для вступления в силу не требуют подтверждения со стороны органов государственной власти", а "дополнительное определение в решениях, заключениях Конституционного Суда Украины порядка их исполнения не отменяет и не подменяет общей обязательности их исполнения"<sup>22</sup>.

Исследование проблем правовой природы и юридической силы актов Конституционного Суда Украины было бы не полным без изучения понятия "правовая позиция".

Прежде всего, следует отметить, что хотя термин "правовая позиция" часто применяется в юридической литературе, ни Конституция, ни законы Украины (в отличие, например, от законодательства Российской Федерации) не определяют правовую позицию как продукт деятельности органа государственной власти.

Дискуссия о том, что надо понимать под понятием "правовая позиция"

<sup>22</sup> Решение Конституционного Суда Украины от 14 декабря 2000 года по делу о порядке исполнения решений Конституционного Суда Украины // Офіційний вісник України. - 2001. - № 51. - Ст. 2226. - С. 80.

(в частности конституционного суда), в чем заключается ее суть и роль в формировании его решений и заключений, имеет ли она юридическую силу или нет, продолжается уже не один год. Однако четкого ответа на эти вопросы мы еще не получили.

Причиной этого является, по-видимому, то, что большинство ученых, которые исследовали эти вопросы, отождествляли понятия "решение (заключение) конституционного суда" и "правовая позиция конституционного суда", беспелляционно предоставляя последним такие характерные признаки указанных актов Суда, как обязательность, прецедентность и возможность быть признанным преюдициальным.

Нельзя также согласиться с довольно широко распространенной в научных кругах мыслью о том, что правовые позиции конституционного суда могут быть сформулированы в любом его акте, в том числе в процессуальных определениях и даже в особом мнении судьи.

Отличительной характеристикой юридической природы процедурных (процессуальных) актов (протокольных и процессуальных определений) является то, что они обычно касаются процессуальных вопросов и имеют промежуточный характер, то есть являются результатом завершения определенной стадии производства и, как правило, принимаются простым большинством от присутствующих на заседании Суда.

Поэтому разъяснения, понятия, доктрины или дефиниции, которые содержатся в этих актах, не могут отражать коллективное мнение конституционного суда.

Этот вывод соотносится с мнением некоторых российских ученых-конституционалистов. В частности, они определяют правовые позиции конституционного суда как "логично-правовое обоснование окончательного вывода, размещенного в постановляющей его части и сформулированное в виде правовых заключений, имеющих общеобязательное значение"<sup>23</sup>. При этом, по их мнению, правовая позиция - это "коллективное решение, которое выражает понимание судом конкретных положений конституции в отношении проверяемой правовой нормы"<sup>24</sup>.

Современная украинская доктрина понимания правовой нормы, по сути, совпадает с этими теоретическими разработками, однако учитывает и особенности отечественного законодательства. Так, судья Конституционного Суда Украины в отставке, кандидат юридических наук П. Ткачук определяет правовые позиции как "результат интерпретационной деятельности суда в форме выводов, разъяснений, правовых положений, доктрин, в которых содержится толкование неясного смысла закона, правовая оценка или правовое обозначение, суть правовых представлений и знаний о разрешении конкретной ситуации,

<sup>23</sup> Кряжков В.А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации. - М., 1999. - с. 109.

<sup>24</sup> Лучин В.О., Мойсеенко М.Г. Формирование правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по проблемам конституционного права // Теоретические проблемы российского конституционализма. - 2000. - С. 58.



которые являются обязательными для всех субъектов правоотношений"<sup>25</sup>.

Из этого логически следует вывод, что поскольку правовые позиции конституционного суда де-факто отождествляются с его официальным мнением, то такой статус могут иметь лишь те разъяснения, догмы, концепции понятия или дефиниции, которые одобрены установленным законом большинством от конституционного состава суда.

По сути, правовые позиции конституционного суда являются формой и результатом интерпретации им конституции и законов. Такая интерпретация осуществляется не только при отправлении конституционного производства в рамках официального толкования, но и при рассмотрении дел о конституционности правовых актов и при реализации других полномочий конституционного суда.

В научных кругах также продолжается дискуссия о месте правовых позиций в акте конституционного суда, которая в основном сводится к определению части акта суда, в которой они должны располагаться. Одна группа ученых считает, что правовые позиции содержатся исключительно в мотивировочной части такого акта<sup>26</sup>, другая - в резолютивной<sup>27</sup>. На наш взгляд, истина где-то между, и правовые позиции конституционного суда могут быть сформулированы как в мотивировочной, так и в резолютивной частях его акта.

Очевидно также, что правовыми позициями нельзя признавать все положения акта конституционного суда. К ним должны относиться только правовой вывод, то есть понимание и разъяснение судом положений и принципов конституционного регулирования правоотношений, их неявный, скрытый смысл<sup>28</sup>.

Изложенное, на мой взгляд, является достаточным основанием для вывода о том, что деятельность органа конституционной юрисдикции следует рассматривать не как "негативное законодательство" или нормотворчество, а как осуществление функции государственного судебного контроля с полномочиями арбитра в рамках его юрисдикции. В таком аспекте эта деятельность является скорее государственной правовой экспертизой с общеобязательными для исполнения результатами, а не нормотворчеством.

Вполне осознаю, что высказывание римского юриста Яволенуса Прискуса "*omnis definitio in iure civili periculosa est*" (любое определение в гражданском праве опасно) вполне подходит и к конституционному праву и изложенное вызовет неоднозначную реакцию в научной среде.

Спасибо за внимание!

<sup>25</sup> Ткачук П.М. Правові позиції Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. - 2006. - № 2. - С. 21.

<sup>26</sup> Скакун О. Конституційний Суд як учасник правотворчості (законотворчості) в Україні // Юридична Україна. -2003. - № 1. - С. 33.

<sup>27</sup> Кряжков В.А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации. - М., 1999. - С. 109.

<sup>28</sup> Ткачук П. Правові позиції Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. - 2006. - № 2. - С. 18-19.



## SUMMARY

Issues concerning the legal nature and legal force of the acts of the bodies of constitutional jurisdiction are examined insufficiently, though they are subjects of both theoretical and practical interest. The task of the Constitutional Court of Ukraine is to guarantee the supremacy of the Constitution of Ukraine as the Fundamental Law of the State throughout the entire territory of Ukraine.

The distinctive features of the acts of the Constitutional Court of Ukraine directly depend on the role of the Constitutional Court in the functioning of state mechanism and its legal status.

The term "Act of the Constitutional Court" is not used in the Constitution of Ukraine and in the Law of Ukraine on "The Constitutional Court of Ukraine".

The fundamental directions of the activity of the Constitutional Court of Ukraine and the aims of adoption of constitutional acts and their juridical features might be classified as: 1) acts of constitutional control; 2) acts of official interpretation of the Constitution and the laws of Ukraine; 3) procedural acts; 4) interorganizational acts, particularly the Procedure.

Officially interpreting the Constitution of Ukraine, the Constitutional Court of Ukraine clarifies the content of its provisions, and thus guarantees the supremacy of the Constitution of Ukraine. The Constitutional Court of Ukraine has the same mission and fulfils the official interpretation of laws.

The normative-legal acts constitute a unique system in the state - the legislation, which is composed of laws and regulations. The acts of the Constitutional Court are neither laws, nor regulations: they constitute a special legal category, which requires an individual status in the legal system of the state and a discrete definition of influence on lawmaking process.

The Constitutional Court of Ukraine cannot interfere with the legislative activity of the legislative body of the state and fill up gaps of law.

The acts of the Constitutional Court of Ukraine are obligatory for everyone and they are subjects to rigorous fulfillment throughout the entire territory of Ukraine.



# THE SIGNIFICANCE OF CONSTITUTIONAL REVIEW FOR THE DEVELOPMENT OF LAW

TOMA BIRMONTIENĖ

*Justice of the Constitutional Court  
of the Republic of Lithuania*

## 1. Introduction

The establishment and development of constitutional courts in the countries of Eastern and Middle Europe at the end of the 20th century - the beginning of the 21st century has not only brought about changes in the structure of state powers by giving the judiciary greater powers of state authority, but the judiciary has also earned an equal footing with other state powers, and the emergence of the institute of constitutional control has made a great impact on the development of law and has influenced the essential changes in the system of law. As a result of the activity of and effective cooperation between constitutional courts changes took place within the European space of law, with exceptional conditions being created for the comparative law studies. This scientific field of law is currently enjoying a particularly great amount of attention among law scholars and practitioners.

The jurisprudence of constitutional courts, wherein exceptional attention is given to the guarantees of human rights, has created additional effective possibilities for international law instruments inter alia the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights) to integrate into national law systems, and the human rights protected by the convention (as well as by constitutions of the states), which are interpreted in acts of constitutional courts, have become part of national legal systems. The convention law has brought new possibilities for the protection of human rights and at the same time has raised some important questions about the relations of international law instruments with the Constitution and the ordinary rules of collision of sources of law can not be applied by employing the formal criteria alone.

Constitutional review, carried out by various forms and methods determines not only the content but also the system of sources of law. The purpose of this presentation is to analyse how the constitutional control has changed the concept of law and the paradigm of the sources of law of Lithuania, what changes have been undergone in the system of sources of law, and how the primary source of law-the Constitution itself-has become "living law" and is creating a new paradigm of the entire law.

## 2. Acts of the Constitutional Court as sources of law

The adoption of the 25 October 1992 Constitution of the Republic of Lithuania (hereinafter-the Constitution) was the crucial factor that determined and is determining the development of the entire law and constitutional law in particular<sup>1</sup>.

The 1992 Constitution provided for the establishment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (hereinafter-the Constitutional Court), the institution of constitutional review, and defined the areas of its activities. The emergence of the Constitutional Court also determined the development of a new area of constitutional law-the institute of constitutional review-and the growth of the newly formed law of constitutional review procedure.

The Constitutional Court was formed and began its activities in 1993. For a long time, the Constitutional Court did not speak about the meaning of the acts adopted by it and the perception of these acts as sources of law. There were scientific discussions about the legal power of Constitutional Court acts and that of their constituent parts; there were also discussions about the role of the Constitutional Court as the "negative legislator", about which legal acts of the Constitutional Court must be attributed to sources of law, etc. Institutes of law were interpreted predominantly not on the grounds of the Constitution and the jurisprudence of the Constitutional Court, but were widely construed on the basis of ordinary law.

The year 2000 was marked by an essential breakthrough, when in the jurisprudence of the Constitutional Court the doctrine of integrity of an act (*ruling*) of the Constitutional Court was formulated-in its decision of 12 January 2000<sup>2</sup>, the Constitutional Court noted that a ruling of the Constitutional Court constitutes one whole; its ruling part is based on the arguments of the stating part; while construing its ruling, therefore, the Constitutional Court is bound by both the content of the ruling part and that of the stating part; a decision adopted in connection with the construction of a ruling of the Constitutional Court is inseparable from the ruling of the Constitutional Court.

In 2001 the Constitutional Court formulated an essential principle, which has been reiterated more than once in the later acts<sup>3</sup>, that it is impermissible to construe constitutional norms and principles on the basis of the legal acts adopted by the legislator and other law-making entities, as then the supremacy of the Constitution in the legal system would be denied.

<sup>1</sup> The Constitution has been amended several times, whereas its essential amendment was the adoption of the Constitutional Act of the Republic of Lithuania "On Membership of the Republic of Lithuania in the European Union", which defined the relations between constitutional and supranational law (in this act inter alia the place of the norms of EU law in the Lithuanian legal system is described).

All in all, seven articles of the Constitution have been amended, whereas some of these articles have been amended more than once.

<sup>2</sup> The Constitutional Court decision of 12 January 2000 "On the request to construe a Constitutional Court ruling" *Full texts of all final acts adopted by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania can be found at [www.lrkt.lt/index\\_e.html](http://www.lrkt.lt/index_e.html).*

<sup>3</sup> Constitutional Court rulings of 12 July 2001 and 1 July 2004, and decision of 10 February 2005

Another important ruling of the Constitutional Court was its ruling of 30 May 2003<sup>4</sup>, wherein the Constitutional Court held that only the Constitution itself (with amendments) and final acts of the Constitutional Court, in which the constitutional doctrine is formulated, may constitute sources of constitutional law. The Constitutional Court noted that, under the Constitution, decisions (rulings) of the Constitutional Court are obligatory to everyone; acts of the Constitutional Court are a source of law; under the Constitution, only the Constitutional Court is empowered to construe the Constitution officially; the Constitutional Court does so by deciding whether the laws are not in conflict with the Constitution, whether other acts of the Seimas (Parliament) are not in conflict with the laws and the Constitution, and whether acts of the President of the Republic and the Government are not in conflict with the laws and the Constitution.

Emphasising the importance of its legal acts as sources of law, in the aforesaid ruling the Constitutional Court stated that, while considering the compliance of laws and other legal acts (or parts thereof) with the Constitution, the Constitutional Court develops its concept of constitutional provisions which was presented in its earlier rulings and other acts, by disclosing new aspects of the regulation established by the Constitution, which are necessary for the consideration of a particular case. The institutions that adopt the acts—the Seimas, the President of the Republic, and the Government—while adopting new, amending and supplementing the already adopted laws and other legal acts, are bound by the concept of constitutional provisions and other legal arguments presented in the reasoning part of the Constitutional Court ruling.

For the clarification of the power of acts of the Constitutional Court, the Constitutional Court ruling of 6 June 2006<sup>5</sup>, wherein the Constitutional Court spoke about its own status, is significant. The Constitutional Court even had to solve the question whether the Constitutional Court is a court—a group of members of the Seimas (Parliament) applied to the Constitutional Court with such a doubt. In its ruling of 6 June 2006 the Constitutional Court emphasised that, under the Constitution, the Constitutional Court is the institution of constitutional justice executing constitutional judicial review, within its competence deciding on the compliance of legal acts (parts thereof) of lower power with legal acts of higher power, *inter alia* (and, first of all) with the Constitution, and executing its other constitutional powers, as well as guaranteeing the supremacy of the Constitution in the legal system and securing constitutional justice. The fact that only the Constitutional Court has the constitutional powers to officially construe the Constitution—to provide the concept of the provisions of the Constitution, which is binding on all the law-making and law-applying institutions as well as on the Seimas, the representation of the

<sup>4</sup> The Constitutional Court ruling of 30 May 2003 "On elections to municipal councils".

<sup>5</sup> The Constitutional Court ruling of 6 June 2006 "On the status of the Constitutional Court".

Nation, obviously testifies that the Constitutional Court may not be an institution not implementing state power.

Quite a few acts of the Constitutional Court were devoted for interpretation of the constitutional doctrine and its significance. The Constitutional Court has held more than once *inter alia* in the decision of 3 May of 2010 that, under the Constitution, only the Constitutional Court enjoys the powers to officially construe the Constitution; it is the Constitutional Court that formulates the official constitutional doctrine: the provisions of the Constitution-its norms and principles-are construed in the acts of the Constitutional Court; the official constitutional doctrine *inter alia* discloses the content of various constitutional provisions, their interrelations, the balance between the constitutional values, and the essence of the constitutional legal regulation as a single whole.

The Constitutional Court has emphasised that the constitutional doctrine cannot be finished at some point, and that it is being formed in constitutional justice cases in the course of interpreting the norms and principles of the Constitution (Constitutional Court rulings of 30 May 2003, 28 March 2006<sup>6</sup>, 9 May 2006<sup>7</sup>, etc.). The doctrine of reinterpretation of the constitutional doctrine, which is formed in Constitutional Court acts, is also significant. The Constitutional Court has formulated the criteria determining in what situations its doctrine may be reinterpreted in Constitutional Court acts.

In the decision of 21 November 2006 the Constitutional Court emphasised that correction and reinterpretation of the constitutional doctrine is possible not only in cases after corresponding amendments to the Constitution have been made.

In its ruling of 26 March 2006 the Constitutional Court formulated the principles of reinterpretation of the constitutional doctrine, which are based on the principle of a state under the rule of law. While construing in what situations the constitutional doctrine may be reinterpreted, in the ruling of 28 March 2006 the Constitutional Court formulated the constitutional principle that the development of the official constitutional doctrine, or the reinterpretation of the official constitutional doctrinal provisions formulated in previous cases, may not be the grounds for reviewing the acts of the Constitutional Court, nor their reasoning, and notified that any change of the precedents of the Constitutional Court or correction of the official constitutional doctrine may not be determined by accidental (in the aspect of law) factors; the necessity to reinterpret certain official constitutional doctrinal provisions so that the official constitutional doctrine would be corrected may be determined only by the circumstances as the neces-

<sup>6</sup> The Constitutional Court ruling of 28 March 2006 "On the powers of the Constitutional Court to review its own decisions and dismiss the instituted legal proceedings as well as on reviewing financing of courts".

<sup>7</sup> The Constitutional Court ruling of 9 May 2006 "On the constitutional system of the judiciary and its self-government, on appointment, promotion, transfer of judges and their dismissal from office".

sity to increase possibilities for implementing the innate and acquired rights of persons and their legitimate interests, the necessity to better defend and protect the values enshrined in the Constitution, the need to create better conditions in order to reach the aims of the Lithuanian Nation declared in the Constitution and on which the Constitution itself is based, the necessity to expand the possibilities of the constitutional control in this country in order to guarantee constitutional justice and to ensure that no legal act (part thereof) in conflict with the legal acts of higher power would have the immunity from being removed from the legal system.

A new doctrine of sources of pure constitutional law, under which one distinguishes the sources of two levels—the sources of constitutional law that include the Constitution itself and the constitutional doctrine formulated by the Constitutional Court and the sources of constitutional law that also include other sources such as constitutional laws, the Statute of the Seimas, etc., becomes increasingly consolidated in the tradition of Lithuanian constitutional law.

The jurisprudence of the Constitutional Court has also "expanded" the limits of constitutional law. At present it would be difficult to answer the question "what relations are not covered by constitutional law".

### **3. The influence of the Constitutional Court doctrine on the development of sources of law**

#### *3.1. The doctrine of international treaties as a legal source*

The Constitutional Court has not only formulated the doctrine of its legal acts as sources of law, but it has also disclosed the significance of other sources of law inter alia international treaties and constitutional laws and has had influence on the formation of certain new sources of law. The Constitutional Court has formulated the doctrine of international treaties as a legal source, which has been gradually developed with some elements of this doctrine being specified<sup>8</sup>.

The Constitutional Court has held that the treaties ratified by the Seimas acquire the power of the law (Constitutional Court conclusion of 24 January 1995, ruling of 17 October 1995<sup>9</sup> and decisions of 25 April 2002<sup>10</sup> and 7 April 2004<sup>11</sup>). While interpreting this doctrinal provision, in its ruling of 14 March 2006<sup>12</sup> the Constitutional Court held that it may not be con-

<sup>8</sup> In a certain aspect, at the initial stage (in its conclusion of 24 January 1995) the Constitutional Court formulated the legal doctrine of the Convention as a legal source applied differently in criminal and civil law, however, later on, such differentiated application of the Convention was not developed, and the Constitutional Court has assessed the Convention as a directly applicable legal source without differentiating the fields of law.

<sup>9</sup> The Constitutional Court ruling of 17 October 1995 "On the Law 'On International Treaties of the Republic of Lithuania'".

<sup>10</sup> The Constitutional Court decision of 25 April 2002 "On the State Pensions of Prosecutors and Soldiers".

<sup>11</sup> The Constitutional Court decision of 7 April 2004 "On the refusal to investigate part of the petition"

<sup>12</sup> The Constitutional Court ruling of 14 March 2006 "On the refusal to construe the provisions of a Constitutional Court ruling".

strued as meaning that, purportedly, the Republic of Lithuania may disregard its international treaties, if a different legal regulation is established in its laws or constitutional laws than that established by international treaties. Quite to the contrary, the principle entrenched in the Constitution that the Republic of Lithuania observes international obligations undertaken on its own free will and respects universally recognised principles of international law implies that in cases when national legal acts (*inter alia* laws or constitutional laws) establish the legal regulation that competes with that established in an international treaty, then the international treaty is to be applied.

The European Convention on Human Rights is applied in Lithuanian law directly. While construing the relationship between the ratified international treaty and a law, in its decision of 25 April 2002 the Constitutional Court held that, under the Constitution, the Constitutional Court considers and adopts rulings concerning the conformity of laws of the Republic of Lithuania and legal acts adopted by the Seimas with the Constitution of the Republic of Lithuania. Thus, under the Constitution, the Constitutional Court does not consider the conformity of a law with a legal act having the power of the law. Therefore, the Constitutional Court does not investigate the compliance of a law with a legal act that has the power of the law, it refuses to investigate the petitions of the petitioners regarding the compliance of laws with the international treaties, however, it investigates the compliance of substatutory legal acts with international treaties.

The Constitutional Court has emphasised the significance, first of all, of the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the course of deciding on the compliance of legal acts with the Constitution. The European Convention on Human Rights, being an international treaty, is quite often interpreted as belonging not only to the field of international law, but also to constitutional law. While considering the questions on human rights which are to be also attributed to the area of regulation of the Convention, the courts must at the same time refer not only to the Constitution, but also to the provisions of the Convention. Therefore, the Convention and judgments of the European Court of Human Rights have the dimension of constitutional law, even though, as a rule, Convention law is considered as subordinate, according to its legal power, to constitutional law. However, such a formal point of view may not deny the important circumstance that, while influencing the construction of the catalogue of human rights that is enshrined in the constitutions, it essentially determines the principles of interpretation of the rights and sometimes even the content thereof itself. The Constitutional Court interprets the jurisprudence of the European Court of Human Rights as a particularly important source for the construction of law. Such a role of the Convention determines the consolidation of the concept of constitutional human rights as innate rights based on the democratic values of the European culture and helps to foster the constitutional values of human rights.



The Convention and the jurisprudence of the European Court of Human Rights play a vital role in the development of the doctrine of human rights that is formulated by the Constitutional Court. The interpretation of the guarantees of constitutional rights by the Constitutional Court is to a great extent influenced by the understanding the European Court of Human Rights gives to corresponding guarantees in the Convention. The concept of the Constitution as a living instrument permits the Constitutional Court to find an answer to most of the questions linked to human rights in the Constitution and not to oppose the principles of the Constitution and the Convention.

After Lithuania had become a member of the EU and after the 13 July 2004 amendment to the Constitution-the Constitutional Act of the Republic of Lithuania "On Membership of the Republic of Lithuania in the European Union"-had been adopted (the latter came into force on 14 August 2004), the Constitutional Court had also to interpret the relation of EU law (supra-national law) with the Constitution. In the Constitutional Court decision of 8 May 2007<sup>13</sup> "On applying to the Court of Justice of the European Communities" the Constitutional Court decided to apply to the Court of Justice of European Communities for a preliminary ruling<sup>14</sup>.

In the arguments of the aforesaid decision the Constitutional Court underlined that, when investigating whether the disputed law (part thereof) is not in conflict with the Constitution, the Constitutional Court officially construes both the Constitution and the law. While doing so, the Constitutional Court applies various methods of construction of law. The Constitutional Court has construed the collision rule, which consolidates the priority of application of European Union legal acts in the cases where the provisions of the European Union arising from the founding treaties of the European Union compete with the legal regulation established in Lithuanian national legal acts (regardless of what their legal power is), save the Constitution itself<sup>15</sup>. Therefore, it is necessary to construe the disputed provision of the law which was passed while implementing inter alia Directive 2003/54/EC in the context of the legal regulation established in the said directive. Under Article 220 of the Treaty Establishing the European Community, the Court of Justice of European Communities ensures that in the interpretation and application of this treaty the law is

<sup>13</sup> The Constitutional Court decision of 8 May 2007 "On applying to the Court of Justice of the European Communities".

<sup>14</sup> The Constitutional Court decided to apply to the Court of Justice of European Communities for a preliminary ruling on this issue: is Article 20 of Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC to be construed as obliging Member States to establish the legal regulation whereby any third party has the right, at its discretion, providing there exists "the necessary capacity" of electricity system, to choose as to which system-electricity transmission or electricity distribution-it wishes to connect, while the operator of such system has a duty to grant access to such network?. The Constitutional Court ruled that the issue of consideration of constitutional justice case No. 47/04 at the judicial hearing of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania would take place after the requested preliminary ruling of the Court of Justice of European Communities is received.

<sup>15</sup> These provisions were also interpreted in the Constitutional Court rulings of 14 March 2006 and 21 December 2006.

observed, while under Article 234 of the Treaty Establishing the European Community, the Court of Justice of European Communities has jurisdiction to give preliminary rulings concerning the interpretation of acts of the institutions of the Community (thus, also of Directive 2003/54/EC).

The issue of the relation of international law with the Constitution has remained important and will be further developed in the jurisprudence of the Constitutional Court. One of such areas where the Constitutional Court will have to search for an answer is the issue of consequences of the intersection of the jurisprudences of the Constitutional Court and international courts, which has become not only an appealing theoretical subject, but has also grown into a topical and practical question.

#### *Intersection of the jurisprudences*

The intersection of the national legal system sources of different power is, as a rule, resolved by employing the doctrine of the hierarchy of legal acts (collision of sources). However, in cases where the constitutional doctrinal provisions formulated by the Constitutional Court are interpreted in a different manner in the sources of international law, *inter alia* the jurisprudence of the European Court of Human Rights, in order to ensure the principle of the supremacy of the Constitution, one needs to invoke other instruments, the rules for the collision of sources of law may not be applied by employing the formal criteria alone.

When analysing the impact of the Constitutional Court doctrine on the doctrine of international treaties as legal sources, the importance is also placed on the means for solving the intersection between these treaties and the doctrine that is formulated by the Constitutional Court.

The exceptional significance of the European Convention on Human Rights, nevertheless, does not create in certain situations absolute preconditions for avoiding the intersection of the jurisprudences in the course of interpretation of law by the Constitutional Court. The intersection of the jurisprudences, which comes into being due to different assessments of the legal regulation in the cases where the same legal act was recognised by the Constitutional Court as being in compliance with the Constitution, while the European Court of Human Rights recognised that the application of the said act was a cause of violation of a certain person's rights protected by the Convention (or vice versa), is one of the most important questions and raises many theoretical and practical problems.

After, on 6 January 2011, the European Court of Human Rights delivered the Judgement<sup>16</sup> *Paksas v. Lithuania*<sup>17</sup>, wherein Lithuania was recognised as

<sup>16</sup> In the Judgement of 6 January 2011 *Paksas v. Lithuania*, sitting as a Grand Chamber, the European Court of Human Rights *inter alia* recognised that the fact concerning the applicant's inability to stand for election to the Seimas constituted a violation of Article 3 of Protocol No. 1.

It needs to be noted that the said judgement included a partly dissenting opinion of Judge Costa joined by Judges Tsotsoria and Baka.

<sup>17</sup> In the Judgement *Paksas v. Lithuania* (Application No. 34932/04), the European Court of Human Rights also took into account its doctrine of Article 3 of Protocol No. 1 of the Convention formulated in such its previous cases as *inter alia* *Ždanoka v. Latvia* (Application No. 58278/00), *Adamsons v. Latvia* (Application No. 3669/03), *Tănase v. Moldova* (Application No. 7/08).

having violated the human rights protected by the provisions of Article 3 of Protocol No. 1 of the Convention, the intersection of the jurisprudences of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court has no longer been only an object of theoretical discussions<sup>18</sup>.

The powers of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights essentially differ, but the fact that the European Court of Human Rights treats the human rights protected by the Convention as certain values, which are also protected in the Constitution, and the Constitutional Court, while deciding on the compliance of the legal acts with the acts of higher power, and first of all with the Constitution, *inter alia* construes the provisions of the Constitution designed for the protection of those values, makes the jurisprudences of these courts significant to both of these institutions while dealing with the issues attributed to their competence<sup>19</sup>.

While elucidating the relationship between the jurisprudence of the Constitutional Court and that of the European Court of Human Rights, first of all, it needs to be noted that, under the provisions of the Convention consolidating the conditions for the admissibility of applications (Paragraph 1 of Article 35 of the Convention), the Constitutional Court may not be regarded as providing such a remedy for domestic legal defence that must be exhausted by the person before lodging a petition with the European Court of Human Rights.

The Constitutional Court may not be viewed as one of the aforesaid judicial institutions due to the peculiarities of its constitutional status, *inter alia* due to its exceptional competence as a judicial institution, since the Constitutional Court is the institution of constitutional justice executing constitutional judicial control (as well as due to the impossibility for a person to apply to it directly). Thus, the Constitutional Court may not be regarded as an institution providing an effective remedy for legal defence in terms of Article 13 of the Convention<sup>20</sup>.

The Convention does not offer a person a guarantee of a right that his case

<sup>18</sup> The intersection of the jurisprudences of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court could also subsume such a situation that occurred after the European Court of Human Rights, on 27 July 2004, issued the Judgement *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* (Application Nos. 55480/00, 59330/00), and, on 7 April 2005—the Judgement *Rainys and Gasparavičius v. Lithuania* (Application Nos. 70665/0, 74345/01). In the Constitutional Court ruling of 8 May 2000 certain guarantees of a person's rights are treated in a different manner than compared to the aforesaid decisions of the European Court of Human Rights.

<sup>19</sup> While assessing the relationship between Convention law and the doctrine formulated by the Constitutional Court, it needs to be noted that not only Convention law is making impact on the jurisprudence of the Constitutional Court, but certain acts of the Constitutional Court are also taking on particular importance, since the constitutional doctrine formulated therein, which elucidates the constitutional rights and possibilities for their defence, helps to prevent violation of not only the constitutional human rights, but also that of the rights defended by the Convention. However, this objective can be reached only if the courts, while implementing the powers of administering justice, which are attributed to them by the Constitution, as well as defending the human rights and applying law, take account of the constitutional doctrine formulated in the acts of the Constitutional Court.

<sup>20</sup> This article of the Convention *inter alia* provides that everyone whose rights and freedoms as set forth in the Convention are violated will have an effective remedy before a national authority.

be considered by an institution of constitutional justice<sup>21</sup>. In the Judgment of 6 January 2011 *Paksas v. Lithuania* the Grand Chamber of the European Court of Human Rights<sup>22</sup> also noted that one cannot require the provision of a remedy allowing a constitutional precedent with statutory force to be challenged.

After, on 6 January 2011, the European Court of Human Rights issued the Judgement *Paksas v. Lithuania*, the object of the intersection of the jurisprudences has come to be related to different assessment of the constitutional values and values defended by the Convention as well as different treatment of the guarantees of a person's passive electoral right to stand for election as a candidate to the legislative institution (Seimas).

The constitutional doctrine of elections has been formulated by the Constitutional Court in different constitutional justice cases in various aspects, one of which relates to the conditions under which a person may not stand for election as the President of the Republic (or a member of the Seimas). The doctrine of limitation of a person's right to stand for election as the President of the Republic (or a member of the Seimas) was formulated in the Constitutional Court ruling of 25 May 2004, which, as it was mentioned, assumes especial importance in terms of the development of the constitutional doctrine of elections.

In its ruling of 25 May 2004 the Constitutional Court, while construing the provisions of inter alia Paragraph 2 of Article 34 and Paragraph 1 of Article 78 of the Constitution, held that, under the Constitution, a person who has been removed from office or whose mandate of a member of the Seimas has been revoked according to the procedure for impeachment proceedings for breach of the oath, gross violation of the Constitution, or the crime that grossly violates the Constitution and breaches the oath may never be elected President of the Republic.

The Constitutional Court, while interpreting the provisions of the Constitution, inter alia also stressed that the Constitution consolidates such legal regulation whereby a person whose mandate of a member of the Seimas has been revoked according to the procedure for impeachment proceedings for gross violation of the Constitution and breach of the oath, or a person who has been removed from the office of the President of the Republic, the President and a justice of the Constitutional Court, the President and a justice of the Supreme Court, the President and a judge of the Court of Appeal, for gross violation of the Constitution and breach of the oath, under the Constitution, may never be elected President of the Republic, a member of the Seimas, and may not hold the office established in the Constitution, the

<sup>21</sup> The European Court of Human Rights in the case *Pronina v. Ukraine* (the Judgement of 18 July 2006 of the European Court of Human Rights in the case *Pronina v. Ukraine* (Application No. 63566/00)), by invoking the previously formulated precedents, noted that the Convention does not guarantee, as such, a right of access to a court with competence to invalidate or override a law, or to give an official interpretation of a law; neither does it guarantee any right to have a case referred by a domestic court to another national or international authority for a preliminary ruling.

<sup>22</sup> The Judgment of 6 January 2011 *Paksas v. Lithuania* of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights (Application No.34932/04).

beginning of holding of which, according to the Constitution, is linked with the taking of the oath set forth in the Constitution.

In the aforesaid ruling the Constitutional Court also construed the essence of the constitutional institute of impeachment and its relation with the implementation of a person's passive electoral right and noted that one of the forms of public democratic control is the constitutional institute of impeachment; the application of impeachment, the institute of a special parliamentary procedure, and the constitutional sanction-removal from office, which are entrenched in the Constitution, is one of the measures of self-protection of the state community, the civil Nation, a way of its own defence from the said top officials of state power who ignore the Constitution and law.

Differently from what is established by the Constitutional Court in its doctrine of limitation of a person's right to stand for election *inter alia* as a member of the Seimas, in the Judgment *Paksas v. Lithuania* the European Court of Human Rights held that with regard to the permanent and irreversible nature of the applicant's disqualification from holding parliamentary office, the Court found this restriction disproportionate, and thus concluded that there had been a violation of Article 3 of Protocol No. 1<sup>23</sup>. Before reaching such a conclusion, the European Court of Human Rights assessed various circumstances relating to the case and *inter alia* indicated that Article 3 of Protocol No. 1 applies only to the election of the "legislature"; taking into consideration the constitutional order of Lithuania, no doubts are raised as to the applicability of Article 3 of Protocol No. 1 to elections of members of the Seimas<sup>24</sup>.

The European Court of Human Rights noted that it follows from the foregoing that Article 3 of Protocol No. 1, which enshrines a fundamental principle of an effective political democracy and is accordingly of prime importance in the Convention system, implies the subjective rights to vote and to stand for election; although those rights are important, they are not absolute; there is room for "implied limitations", and Contracting States must be given a margin of appreciation in this sphere<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Article 3 of Protocol No. 1 provides: "The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature".

<sup>24</sup> In the Judgment *Paksas v. Lithuania* the European Court of Human Rights referred to the general principles concerning Article 3 of Protocol No. 1 which were elaborated in the Judgments *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* (No. 9267/81, 2 March 1987); *Ždanoka v. Latvia* (No. 58278/00, 16 March 2006), *Adamsons v. Latvia* (No.3669/03, 24 June 2008); and *Tănase v. Moldova* (No. 7/08, 27 April 2010).

<sup>25</sup> The European Court of Human Rights interpreting the state's margin of appreciation in the sphere of regulation of the election laws notes that the margin in this area is wide, seeing that there are numerous ways of organising and running electoral systems and a wealth of differences, *inter alia*, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe, which it is for each Contracting State to mould into its own democratic vision; thus, for the purposes of applying Article 3 of Protocol No. 1, any electoral legislation or electoral system must be assessed in the light of the political evolution of the country concerned; features that would be unacceptable in the context of one system may accordingly be justified in the context of another, at least so long as the chosen system provides for conditions which will ensure the "free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature". In particular, the Contracting States enjoy considerable latitude in establishing criteria governing eligibility to stand for election, and, in general, they may impose stricter requirements in that context than in the context of eligibility to vote.

Interpreting the state's limits of margin of appreciation in the area of restriction of election rights, the European Court of Human Rights concludes that, although the margin of appreciation is wide, it is not all-embracing. It is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with. It has to satisfy itself that the restrictions imposed do not curtail the right in question to such an extent as to impair its very essence and deprive it of its effectiveness; that they pursue a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate. In particular, such restrictions must not thwart "the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature".

The European Court of Human Rights, while assessing the respective legal regulation of elections to the Seimas, observed that the principle that a person removed from office as President following impeachment proceedings is no longer entitled to stand for election to the Seimas is clear from the Constitutional Court's ruling of 25 May 2004 and the Act of the Seimas of 15 July 2004.

The European Court of Human Rights also assessed the elements of the institute of impeachment and emphasised that the prohibition imposed on the applicant is the consequence of his removal from office following impeachment proceedings, the purpose of which, according to the Statute of the Seimas, is to determine the constitutional liability of the highest-ranking State officials for acts carried out while in office which undermine the authorities' credibility; the measure thus forms part, according to the reasons given in the Constitutional Court's ruling of 24 May 2004, of a self-protection mechanism for democracy through "public and democratic scrutiny" of those holding public office, and pursues the aim of excluding from the legislature any senior officials who, in particular, have committed gross violations of the Constitution or breached their constitutional oath (as a former President removed from office following impeachment proceedings for a gross violation of the Constitution and a breach of the constitutional oath, there is no doubt whatsoever that the applicant of the aforesaid case belongs to that group).

The European Court of Human Rights, while not wishing either to underplay the seriousness of the applicant's alleged conduct in relation to his constitutional obligations or to question the principle of his removal from office as President, noted the extent of the consequences of his removal for the exercise of his rights under Article 3 of Protocol No. 1; as positive constitutional law currently stands, the applicant is permanently and irreversibly deprived of the opportunity to stand for election to Parliament; this appears all the more severe since removal from office has the effect of barring the applicant not only from being a member of parliament but also from holding any other office for which it is necessary to take an oath in accordance with the Constitution<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> While construing the provisions of Article 3 of Protocol No. 1, the European Court of Human Rights draw a conclusion that "the decision to bar a senior official who has proved unfit for office from ever being a member of parliament in future is above all a matter for voters, who have the opportunity to choose at the polls whether to renew their trust in the person concerned. Indeed, this is apparent from the wording of Article 3 of Protocol No. 1, which refers to 'the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature'".



Assessing the legal regulation entrenched in the Law on Elections to the Seimas, also, indirectly, the reasoning of the Constitutional Court ruling of 25 May 2004, and expressing its dissent, the European Court of Human Rights noted that this, however, is not sufficient to persuade the Court that the applicant's permanent and irreversible disqualification from standing for election as a result of a general provision constitutes a proportionate response to the requirements of preserving the democratic order, and that it reaffirms in this connection that the "free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature" must be ensured in all cases.

In this judgment the European Court of Human Rights had to assess the relation of the values protected by the Convention (and the Constitution), considering which one of these values must be given priority.

Thus, in assessing the balance and intersection of the values—a self-protection mechanism for democracy, by means of which one seeks to exclude from the legislature any senior officials who have committed gross violations of the Constitution or breached their constitutional oath (the restriction of the said right of such officials for an indefinite period of time), and the freedom of expression of the opinion of the people in the choice of the legislature—the European Court of Human Rights has given priority to the freedom of expression of the opinion of the people in the choice of the legislature. The absolute restriction for the person (state official), who has grossly violated the Constitution or has breached his constitutional oath, to stand for election as a member of the Seimas (the constitutionally grounded non-establishment of a certain time-limit as well as of any possibility of reviewing the measure in question), even by taking into account the political context of the State (Lithuania), has been construed by the European Court of Human Rights as disproportionate and constituting a violation of a person's right to stand for election as a member of the legislative institution (the Seimas), which is guaranteed in Article 3 of Protocol No. 1.

When assessing the aforementioned constitutional values, in its ruling of 25 May 2004 the Constitutional Court, differently from the European Court of Human Rights, gave priority not to the right of the person who has grossly violated the Constitution or has breached his constitutional oath to stand for election to the legislative institution, but to a self-protection mechanism for democracy, i.e. the safeguarding of democratic order as a legitimate and constitutionally defended objective.

Therefore, one can draw a conclusion that the different weighing of the values which are defended by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court (as well as the Convention) and different prioritisation of one of these values has determined the intersection of the jurisprudences.

A considerable number of questions has been raised as a result of the intersection of the jurisprudences of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court, a solution regarding which should be reached by



searching for the means of reconciling, without denying the principle of the supremacy of the Constitution, the differing at times protection of the values defended by the Constitution and the Convention. Different assessment of the provisions of the legal acts of the European Court of Human Rights from the aspect of the compliance with the Convention could not be viewed as such an essential circumstance due to which one could pursue the aim of reviewing the said legal acts at the Constitutional Court.

In a situation of the intersection of the jurisprudences that occurs not due to a different assessment of the legal regulation directly stemming from the Constitution, which conditioned a violation of a person's rights defended by the Convention, it would be possible to invoke the doctrine of international treaties as legal sources, formulated by the Constitutional Court, under which, in the cases where the national legal acts (inter alia laws or constitutional laws) establish such a legal regulation that competes with the one established in an international treaty and which does not arise directly from the Constitution itself, one must apply the international treaty. Meanwhile, the reaching of a decision regarding the intersection of the jurisprudences caused by different assessment, from the aspect of the Constitution and the Convention, of the legal regulation entrenched both in the law and substatutory legal act should be aided by the ordinary courts considering the cases, particularly in those situations where the legislator would not amend the legal regulation deficient from the point of view of the Convention. However, in situations where such legal regulation derives directly from the Constitution, the question of amending the corresponding provisions of the Constitution is raised; thus, in this situation the legal process also determines the political decision-making. Such precisely is the nature of the aforesaid intersection of the jurisprudences<sup>27</sup>.

### 3.2. *The doctrine of a precedent as a source of law*

The Constitutional Court has also broadened the circle of sources of law, by substantiating the doctrine of precedent—a new source of law in the legal system of Lithuania, and has formulated the main principles of application thereof in the practice of the courts. The Constitutional Court has substantiated the doctrine of a precedent as a source of law while interpreting the principle of a state under the rule of law, which is entrenched in the Constitution and which implies the continuity of jurisprudence. In this latter aspect, the Constitutional Court ruling of 26 March 2006 is of particu-

<sup>27</sup> On this issue the Constitutional Court expressed its opinion by announcing the official statement of 10 January 2011 "On implementing the Judgement of 6 January 2011 of the European Court of Human Rights" ([http://www.lrkt.lt/Pranesimai/txt\\_2011/L20110110c.htm](http://www.lrkt.lt/Pranesimai/txt_2011/L20110110c.htm)).

It needs to be mentioned that by the Ordinance of 17 January 2011 of the Prime Minister of the Republic of Lithuania (No. 15) the working group was formed for preparing proposals regarding the implementation of the Judgement of 6 January 2011 of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in the case *Paksas v. Lithuania*. The proposals of the said working group received an assent of the Government.

lar significance, since the Constitutional Court formulated therein the doctrine of a precedent as a source of law, which was developed in other acts of the Constitutional Court *inter alia* the ruling of 24 October 2007.

In the Constitutional Court decision of 21 November 2006<sup>28</sup> the Constitutional Court noted that not only ordinary courts, but the Constitutional Court itself is bound by the precedents that it itself has created as well as by the official constitutional doctrine, which has been formulated by the Constitutional Court and which substantiates the said precedents.

In its ruling of 24 October 2007<sup>29</sup> the Constitutional Court held that court precedents are sources of law-*auctoritate rationis*; the reference to the precedents is a condition for the uniform (regular, consistent) court practice and for implementation of the principle of justice entrenched in the Constitution. Therefore, it is not permitted that court precedents be unreasonably ignored. In order to perform this function properly, precedents themselves should be clear. Court precedents may not be in conflict with the official constitutional doctrine, either. On the other hand, it is not permitted that the significance of court precedents as sources of law be overestimated, let alone be made absolute. One must refer to the court precedents with particular care. The Constitutional Court stressed that the Constitutional Court, while referring to its already formulated constitutional doctrine and precedents, must ensure the continuity of the constitutional jurisprudence (its consecution, consistency) and the predictability of its decisions. It may be possible to deviate from the Constitutional Court precedents created while adopting decisions in the cases of constitutional justice, and new precedents may be created only in the cases when this is unavoidably and objectively necessary, constitutionally grounded and reasoned; also the official constitutional doctrinal provisions on which the precedents of the Constitutional Court are based may not be reinterpreted so that the official constitutional doctrine would be corrected.

The theory of sources of law *inter alia* sources of constitutional law that is being formulated by the Constitutional Court constitutes a very important factor as a new paradigm of constitutional law is coming into existence.

#### **4. The transformation of the Constitution from declaration into norms and principles**

The emergence of constitutional review and its development determined the growth of the importance of law and the emergence of the concept of the Constitution as "living" law. While searching for an answer whether the norms of ordinary law are not in conflict with the Constitution, the Constitutional Court has had to construe and interpret the Constitution, helping it to become the "living Constitution".

<sup>28</sup> The Constitutional Court decision of 21 November 2006 "On the formation of Seimas provisional investigation commissions"

<sup>29</sup> The Constitutional Court ruling of 24 October 2007 "On court precedents and on lodging complaints against court rulings whereby one applies to the Constitutional Court or an administrative court"

Of course, we could only guess how constitutional law and its significance might be understood if constitutional review did not exist. However, even though the scientific thought "rivalled" with the jurisprudence of the Constitutional Court, the essential changes in interpreting the concept of constitutional law (the principal source of which is the "living Constitution") as supreme law were determined by the jurisprudence of the Constitutional Court.

One should mention the Constitutional Court ruling of 25 May 2004<sup>30</sup>, wherein the Constitutional Court formulated the doctrine of interpretation of the Constitution (norms and principles thereof) and the concept of the Constitution as supreme law without gaps. The Constitutional Court emphasised that due to the fact that the Constitution is an integral act, that it is comprised of various provisions-both the constitutional norms and the constitutional principles-among which there may not exist and there is no contradiction, and which constitute a harmonious system, that the constitutional principles are derived from the entirety of the constitutional legal regulation expressing the spirit of the Constitution, and from the meaning of the Constitution as the act consolidating and protecting the system of the major values of the state community, the civil Nation, and which provides the guidelines for the entire legal system, as well as due to the fact that the letter of the Constitution may not be interpreted or applied in the manner that denies the spirit of the Constitution, only comprehensive interpretation of the Constitution may provide conditions for realisation of the purpose of the Constitution, as a social agreement and the act of the supreme legal power, and for ensuring that the meaning of the Constitution will not be deviated from, the spirit of the Constitution will not be denied and the values upon which the Nation has based the Constitution adopted by it will be consolidated in reality.

These provisions have been reiterated and have been developed in subsequent rulings of the Constitutional Court. In the doctrine of the Constitutional Court the Constitution is interpreted as law without gaps and any institute of ordinary law can be assessed in the aspect of its compliance with the Constitution.

The Constitutional Court has also interpreted various issues of direct application of the Constitution by ordinary courts in situations where a court, while solving issues related to human rights is confronted by significant gaps in ordinary law. In the constitutional jurisprudence, while deciding cases related to a person's constitutional rights, more often than not one has to deal with an inactive legislator, as well as legal gaps, which especially encumber the implementation of constitutional social rights. In its decision of 8 August 2006<sup>31</sup> the Constitutional Court noted that in a situation of legislative omission, which is prohibited by the Constitution, courts must fill the gaps in the respective individual case, and that this must be

<sup>30</sup> The Constitutional Court ruling of 25 May 2004 "On the Law on Presidential Elections"

<sup>31</sup> The Constitutional Court decision of 8 August 2006 "On the dismissal of the legal proceedings"

carried out by applying, first of all, the Constitution, general principles of law; however, such a decision of the court does not remove the duty of the legislator to fill the corresponding legal gap. The said Constitutional Court decision may be of significance when deciding cases regarding a person's social rights, the implementation and restoration of which (where these rights have been violated) would be impossible if the legislator tried to avoid regulating the corresponding relations in a due manner by means of ordinary law.

It is the Constitution itself where the Constitutional Court has to find answers to the questions that could not be reflected *expressis verbis* in the text of the Constitution when it was being drafted and adopted. One of such important current questions is reduction of social guarantees in the conditions of an economic crisis. The Constitutional Court has formulated the doctrine of limitation of social rights during an economic crisis. In its decision of 20 April 2010<sup>32</sup> the Constitutional Court, while providing construction of provisions of its previous rulings, emphasised the importance of adherence to constitutional requirements during an economic crisis, when various issues of social guarantees are being decided, and reiterated some of the principles formulated previously, whereby in exceptional cases where, due to a grave economic and financial situation that has occurred in the state, the salaries of servants financed from the state and municipal budgets, as well as the awarded pensions that are paid from *inter alia* social insurance funds, may be reduced, however, it can be done only by law, when there is no other economic and financial alternative, and by following the constitutional principle of proportionality and other constitutional principles. Such reduction in the remuneration for work (and pensions<sup>33</sup>) must be temporary and grounded upon the circumstances of the extremely difficult economic and financial situation in the state.

The Constitutional Court, while interpreting in its decision of 20 April 2010 the provisions of its previous doctrine, formulated the constitutional imperatives that must be followed by the legislator while solving the issues of reduction of social guarantees, *inter alia* reduction of the salaries and the pensions paid from the social insurance fund.

Thus, the doctrine of "the living Constitution" enables institutions of constitutional control to reconcile various interests and arrive at the answers to the most complex issues as well as to ensure the supremacy of the Constitution in the whole system of law.

<sup>32</sup> The Constitutional Court decision of 20 April 2010 "On the construction of the provisions of acts of the Constitutional Court related to reduction of pensions and remunerations during an economic crisis"

<sup>33</sup> The Constitutional Court in the same decision also formulated a duty of the legislator whereby, upon occurrence of an extreme situation, when *inter alia* due to an economic crisis it is impossible to accumulate the amount of the funds necessary to pay old-age pensions, the legislator must, while reducing old-age pensions, provide for a mechanism of just compensation for the incurred losses to the persons to whom such pensions were awarded and paid, also whereby, after the said extreme situation is over, the state would undertake an obligation before such persons to compensate them, in a fair manner and within a reasonable time, for the losses incurred by them due to the reduction of the old-age pension.

## РЕЗЮМЕ

Конституционный контроль, осуществляемый различными формами и методами, определяет систему источников права.

Принятие 25 октября 1992 года Конституции Литовской Республики стало ключевым фактором, определяющим развитие права в целом и конституционного права в частности. В 2001 году Конституционный Суд Литвы сформулировал важнейший принцип, согласно которому толкование конституционных норм и принципов на основании принятых законодателем правовых актов недопустимо, так как при этом будет нарушен принцип верховенства Конституции. Конституционный Суд установил, что конституционная доктрина не может закончиться в одной точке и что она формируется в пределах конституционного судопроизводства путем толкования норм и принципов Конституции.

Юрисдикция Конституционного Суда "расширяет" границы конституционного права, и в настоящее время трудно ответить на вопрос "какие отношения не охватываются конституционным правом".

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, будучи международным договором, нередко толкуется как принадлежащая не только к сфере международного права, но и к сфере конституционного права. Конституционный Суд Литвы придает особое значение судебной практике Европейского суда по правам человека при решении вопроса соответствия правовых актов Конституции. Конвенция и юрисдикция Европейского суда играют жизненно важную роль в развитии теории прав человека.

Много вопросов возникает в результате пересечения юрисдикций Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда, решение которых должно быть найдено путем поиска средств согласования, без отрицания принципа верховенства Конституции. В ситуациях пересечения юрисдикций должна быть возможность ссылки на доктрину международного договора как источника права.

Конституционный Суд Литвы также расширил круг источников права, воплощая в реальность доктрину прецедента как нового источника права в правовой системе Литовской Республики. Внедрение конституционного контроля и его развитие определили рост важности права и появление новой концепции Конституции как "живого права". Теория "живой Конституции" дает право институтам конституционного контроля согласовать различные интересы и прийти к ответам по самым сложным вопросам, одновременно обеспечивая верховенство Конституции во всей правовой системе.



# THE ROLE OF SOCIAL RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM: A VIEW FROM TURKEY

ENGIN YILDIRIM

*Judge of the Constitutional Court of the Republic of Turkey*

The concept of social rights refers to the different capacities and conditions of human beings. The basic rationale lying behind social rights is the idea of a social safety net that guarantees minimum social provisions for basic needs and foundations of an adequate quality of life. Social rights may also be seen as claims against the state to have certain basic social and economic needs of life satisfied. These rights have been recognised internationally as being as important as civil and political rights generally. Not surprisingly, the major international documents on human rights embody social rights along with economic and cultural rights as part of human rights corpus.

The development of economic and social rights in Turkey can be traced to the 1961 Constitution, which stipulated in Article 2 that the Turkish Republic was a social state and Article 10 of the Constitution enshrined a "positive liberty" view about the nature of human rights. Article 10 was read as follows:

Every individual is entitled, in virtue of his existence as a human being to fundamental rights and freedoms, which cannot be usurped, transferred or relinquished. The state shall remove all political, economic and social obstacles that restrict the fundamental rights and freedoms of the individual in such a way as to be irreconcilable, with the principles embodied in the rule of law, individual well-being and social justice. The state prepares the conditions required for the development of the individuals' material and spiritual existence.

Although the 1961 Constitution included a section about social and economic rights, Article 53 of the Constitution stipulated that "The state shall carry out its duties to attain the social and economic goals provided in this section only insofar as economic development and its financial resources permit". The state was under the obligation to provide social and economic rights as long as it had sufficient financial means at its disposal. This means that the 1961 constitution did not offer constitutional social rights to citizens but rather empowered the state to consider these rights in its policies.

The 1982 Constitution adopted a similar understanding of social rights in its provisions. Article 2 of the Constitution, which defines the characteristics of the state and which is an irrevocable provision, stipulates that

"Turkey is a democratic, secular and social state governed by the rule of law". Article 5 of the Constitution states that it is fundamental aim and duty of the state:

to ensure the welfare, peace, and happiness of the individual and society; to strive for the removal of political, social and economic obstacles which restrict the fundamental rights and freedoms of the individual in a manner incompatible with the principles of justice and of the social State governed by the rule of law; and to provide the conditions required for the development of the individual's material and spiritual existence.

There are 25 articles in a section related to social rights. While some rights regulate policy objectives for the state, the others endow citizens with certain social rights, which cannot be claimed before a court by right holders. As a result, the Constitutional provisions concerning with social rights are not directly applicable in any court case.

Similar to the 1961 Constitution, there is an article (Article 65) about the limits of social rights in the 1982 Constitution, which was amended in 2001. Before the amendment the title of the article was "the limits (or extent) of social and economic rights". The article was read as follows: "The State shall fulfil its duties as laid down in the Constitution in the social and economic fields within the limits of its financial resources, taking into consideration the maintenance of economic stability". The 2001 amendment changed the title of the Article as "the limits of the social and economic duties of the state" and the Article reads as follows:

"The State shall fulfil its duties as laid down in the Constitution in the social and economic fields within the limits of its financial resources, taking into consideration the priorities appropriate with the aims of these duties".

The basic aim of the amendment was to strengthen the binding power of social rights on the Parliament and narrow its margin of discretion while determining policy priorities. There was a debate about the scope of Article 65 among scholars before the amendment, because there are some articles in section three which impose only negative duties to the state like Articles 51, 53 and 54. For example, Article 51 guarantees right to organise labour unions, Article 53 right of collective bargaining and Article 54 right to strike and lockout. None of these rights impose direct economic burden on the state treasury. Therefore, some scholars argued that such rights could not be limited for the reasons of lack of economic resources and to maintain economic stability. The amendment aimed to clarify that reasons of lack of economic resources and maintenance of economic stability can be raised for only rights, provision of which impose positive economic obligations to the state treasury. Although the binding power of social and economic rights was increased by the amendment of 2001, they are still far from being individual claim rights; rather they can be called as programme norms to be taken into the account by the Parliament.



The Turkish Constitutional Court in many cases rejected annulment of claims on the ground that it is within the parliament's discretion to decide public policy priorities considering the economic resources and economic stability. But, in some cases, the Court annulled laws regulating social rights of public servants on the ground that they are contrary to the principle of social state and principle of equality without mentioning Article 65.

Social rights are usually located in labour laws regulating the relationship between employees and employers, by including provisions on such as the right to organize, protection against dismissal, minimum wages, leave and safe working conditions and the right to strike. The 1982 Constitution contains stringent regulations for labour unions and union activities. The new legislation imposed extensive restrictions and administrative controls on unions and imposed judicial and bureaucratic constraints on collective bargaining and strike activity. These laws have remained in force without major changes and constitute the main legal framework of the present industrial relations system. Although the law formally recognises freedom of association and the right to undertake collective bargaining and to strike, it imposes many restrictions. There have been many cases of anti-union practices, which are often subjected to ILO investigations.

The Turkish Constitution and Law recognise a limited right to strike. The employees' right of strike is regulated together with the employers' right of lock-out. Only workers have the right to strike. Civil servants cannot go to strike. Workers can go to strike for only to protect their interests in the event of a dispute during the collective bargaining process. This is called in Turkish law as the "strike of interest". The Constitution and the Law prohibit political and solidarity strikes as well as a strike aiming to get rights already incurred, which is called "the strike of right". The right to strike in many sectors and occupations is prohibited by law. Calling for a strike in such activities and undertakings is illegal and such a strike will be considered as unlawful strike. According to the law, only a labour union may call a strike if it has competence to collective agreement in a work place.

Considering these points, it can be said that the Turkish Constitution aims to balance the right to strike of workers with the corresponding right of employers to lockout. Nevertheless, the content of the right to strike is so limited that it can barely be utilised by workers. In reality, the activities of labour unions in Turkish private sector are very limited and most of the employees working in private sector are unorganised. In such a restricted constitutional area, the Turkish Constitutional Court has interpreted the right to strike within the boundaries of the Constitution very narrowly. For example, the Constitutional Court did not find a law prohibiting strike and lockout in free zones for ten years contrary to the Constitution and ruled that Constitution allows prohibition of strike in some activities and some industries (Decision date:6.10.1986 Registry No: E:1985/21, Decision No: K:1986/23). This law was later annulled by the Parliament.

The Court's record on social rights, especially with regard to labour rights, remains far from satisfactory. With some notable exceptions, the record of the Turkish Constitutional Court in enforcing internationally recognized social rights is patchy. In the area of labour rights, the record of the Court shows an inconsistent approach without affording protection to crucial rights such as the right to strike.

### РЕЗЮМЕ

Развитие экономических и социальных прав человека в Турции можно отнести к Конституции 1961 года, в статье 2 которой говорилось, что Турецкая Республика является социальным государством, а статья 10 Конституции закрепляла представление "реальной свободы" природы прав человека.

Хотя в Конституцию 1961 года был включен раздел о социальных и экономических правах, статья 53 Конституции предусматривала, что "государство должно выполнять свои функции для достижения социальных и экономических целей, предусмотренных в этом разделе, лишь постольку, поскольку позволяют экономическое развитие и финансовые ресурсы".

Конституция 1982 года в своих положениях закрепила схожее понимание социальных прав.

Поправка 2001 года закрепила, что "государство должно выполнять свои закрепленные в Конституции обязанности в социальной и экономической областях в пределах своих финансовых ресурсов с учетом приоритетов, соответствующих целям этих обязанностей".

Однако некоторые ученые утверждают, что такие права не могут быть ограничены по причинам отсутствия экономических ресурсов и поддержания экономической стабильности.

Социальные права, как правило, закреплены, в частности, в законах, регулирующих трудовые отношения между работниками и работодателями.

Хотя закон официально признает свободу объединений, право на проведение коллективных переговоров и право на забастовку, тем не менее они настолько ограничены, что едва ли могут быть использованы работниками.



# РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В ЗАЩИТЕ ОСНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ РЕСПУБЛИКИ ТАДЖИКИСТАН

**КАРИМ КАРИМОВ**

*Судья-секретарь Конституционного Суда  
Республики Таджикистан*

Уважаемый Председатель!

Уважаемые коллеги!

Дамы и господа!

Прежде всего хотелось бы от имени Конституционного Суда Республики Таджикистан и лично от себя поздравить наших коллег и всех работников Конституционного Суда Республики Армения с 15-летием образования Конституционного Суда и пожелать им всего самого хорошего в личной жизни и в профессиональной деятельности во имя торжества Конституции и её ценностей.

Уважаемые коллеги!

В политической истории народов мира бывают события, которые приобретают особую значимость и становятся судьбоносными. Они коренным образом меняют знания, видение и мировоззрение общества в отношении своего прошлого, настоящего и будущего, вносят значимые коррективы в существующую систему государственности и ведения общественных дел. В результате качественно новым содержанием дополняются национальная идеология и ценности этого общества.

Таким важным судьбоносным событием стало обретение государственной независимости Республикой Таджикистан, 20-ая годовщина которой отмечалась в сентябре.

Таджикистан и его народ на протяжении всей своей истории, особенно на нынешнем этапе, будучи приверженным идее свободы, братства, уважения ко всем народам и нациям, их культуре, государственности и суверенитету, поставил перед собой задачу создать справедливое, демократическое, правовое, гражданское общество.

Создание такого общества, обеспечивающего достойную жизнь и свободное развитие каждого человека, невозможно без подлинно демократической системы государственной власти, основанной на принципе разделения властей.

В принятой впервые путём референдума Конституции Республики

Таджикистан от 6 ноября 1994 года, наряду с законодательной и исполнительной властями, суд рассматривается как власть и Конституционный Суд, исходя из его особых полномочий, нашел свое место в главе о судебной власти.

Конституционный Суд в Таджикистане учрежден как специализированный орган конституционного контроля, который является независимым органом судебной власти и осуществляет свою деятельность в целях охраны и обеспечения верховенства и непосредственного действия норм Конституции, а также защиты прав и свобод человека и гражданина.

Несмотря на то, что принятие Конституции Республики Таджикистан и учреждение Конституционного Суда пришлось на сложный период в истории таджикского народа, период гражданской войны и противостояния, одним из первых решений Конституционного Суда Республики Таджикистан был признан неконституционным и утратил силу Указ Президиума Верховного Совета Республики Таджикистан от 15 ноября 1993 года о приостановлении действия ряда статей Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан, которым запрещалось обжалование в суде ареста и судебной проверки обоснованности ареста. Действие приостановленных статей УПК Республики Таджикистан было возобновлено, и у граждан вновь появилась возможность беспрепятственно обращаться в суд по указанным вопросам.

Другим постановлением Конституционного Суда Республики Таджикистан был признан неконституционным и утратил силу ряд статей Гражданского процессуального кодекса Республики Таджикистан, согласно которым стороны и другие участники процесса лишались права обжалования и опротестования решений и приговоров Верховного Суда Республики Таджикистан, вынесенных при рассмотрении дел по первой инстанции.

Данное постановление дало участникам процесса право обжалования и принесения кассационного протеста на решения и приговоры Верховного Суда Республики Таджикистан при рассмотрении дел по первой инстанции.

Эти решения характеризовались как смелый шаг суда во время гражданской войны, и у граждан Таджикистана появилась вера в верховенство Конституции и в Конституционный Суд как новый и надёжный механизм защиты основ конституционного строя, особенно конституционных прав и свобод граждан.

Таких примеров в деятельности Конституционного Суда Республики Таджикистан немало.

Введение Республикой Таджикистан в свою правовую систему конституционного правосудия указывает на то, что государство предпочитает предоставить полномочия по принятию решений о конституционно-правовых вопросах специализированному органу.

Само создание этого нового органа в системе нашей государственности является ярким примером интеграции правовой системы Таджикистана в современные правовые системы. Опыт развития европейских стран показывает, что создаваемые в послевоенный период в Европе органы конституционного контроля имели в качестве одной из главных задач защиту Конституции и обеспечение верховенства её норм, а также эффективную реализацию принципа разделения властей, который закреплён в их конституциях.

Кроме того, положительное отношение руководства страны, особенно Президента Республики Таджикистан Эмомали Рахмона, к судебной власти сыграло немаловажную роль в её развитии, он отмечает, что "формирование демократического, правового, светского и социального государства невозможно без существования точно определённой независимой и беспристрастной судебной системы".

Особая роль и место Конституционного Суда в системе государственной и судебной власти, его компетенция закреплены в отдельной статье Конституции страны с тем, чтобы он мог эффективно осуществлять судебную власть. Власть, которая возможна и эффективна лишь в контексте теории разделения властей, исключая излишнюю концентрацию власти и гарантирующей гражданам подлинную свободу. Власть, которая является результатом самоограничения государства, допускающего контроль над собой со стороны независимого органа конституционного контроля.

Поэтому Конституционный Суд Таджикистана по своей характеристике полностью соответствует природе и предназначению современных органов конституционного контроля.

В своей деятельности он осуществляет и предварительный, и последующий, как конкретный, так и абстрактный, обязательный и факультативный, решающий и внешний контроль, т.е. контроль за всеми нормативными правовыми актами, принятыми органами государства.

Как видно из предлагаемой характеристики Конституционного Суда Республики Таджикистан, в нем аккумулируются и интегрируются положительные характеристики и основные моменты всех современных моделей конституционного контроля, относящиеся к различным правовым системам.

Развитию института конституционного контроля в Таджикистане придается важное значение. В частности, в Программе судебно-правовой реформы в Республике Таджикистан отмечается, что "одной из главных ценностей Конституции суверенного Таджикистана является верховенство и непосредственное действие её норм. С целью обеспечения этих ценностей и защиты Конституции был создан Конституционный Суд, более чем десятилетняя деятельность которого доказала необходимость и значение этого органа для новой таджикской государственности, а также показала, что для прогресса и разви-

тия общества необходимо укрепление статуса и роли Конституционного Суда".

В соответствии с этим Конституционный Суд Республики Таджикистан наделён в 2008 году новыми, весьма важными полномочиями. Теперь он будет определять соответствие Конституции проектов изменений и дополнений, вносимых в Конституцию Республики Таджикистан, проектов законов и других вопросов, представляемых на всенародный референдум. Кроме того, существенно расширен круг субъектов, имеющих право на обращение в Конституционный Суд.

Надо отметить, что понятие "конституционный контроль" в Таджикистане непосредственно связывается с наличием Конституции, защитой конституционно закреплённых норм и принципов, обеспечивающих установленный баланс полномочий высших органов власти. Важное значение имеет также обеспечение конституционных гарантий защиты прав и свобод человека и гражданина.

Правовой статус Конституционного Суда обусловлен спецификой его полномочий и положением в системе органов государственной власти. Он стоит в одном ряду с другими ветвями власти и посредством реализации своей конституционной компетенции оказывает также непосредственное воздействие на процесс правотворчества в стране.

Главная миссия конституционного контроля в Таджикистане заключается в обеспечении верховенства и стабильности Конституции и сохранении конституционного баланса разделения властей. Он выступает как механизм сдержек и противовесов, и главной его задачей являются обнаружение, оценка и восстановление нарушенного равновесия. На уровне Конституции закреплено, что решения Конституционного Суда Республики Таджикистан являются окончательными.

Мы считаем, что юридическая сила итоговых решений Конституционного Суда превышает юридическую силу любого закона, соответственно она практически равна юридической силе самой Конституции, которую уже нельзя применять в отрыве от итоговых решений Конституционного Суда, относящихся к соответствующим нормам, и тем более вопреки этим решениям. Такая оценка бесспорно и в полном объёме относится и к решениям Конституционного Суда Республики Таджикистан.

Президент Республики Таджикистан Эмомали Рахмон в своем поздравительном послании к первому заседанию вновь избранного Парламента в марте 2010 года отметил, что "в условиях, когда сегодняшний мир стремительно движется к глобальной информационной цивилизации, беспрецедентным преобразованиям в науке и технике, острому экономическому противостоянию, наша правовая система также должна быть современной, соответствовать развитию общественной жизни и отвечать экономическим, социальным и политико-культурным отношениям в цивилизованном мире".

В реализации этого немаловажную роль играет Конституционный Суд Республики Таджикистан. Своими решениями он вносит свой вклад в дальнейшую демократизацию социально-политической жизни нашего государства, создание гражданского и социального общества, а также в защиту конституционных прав и свобод человека и гражданина.

И, бесспорно, такие конференции, как сегодняшняя, играют немаловажную роль в формировании единой позиции органов конституционного контроля в успешной и эффективной реализации задач, стоящих перед этими органами.

Ещё раз благодарю всех организаторов этой Международной конференции и её хозяев - Конституционный Суд Армении за радушный приём!

Спасибо за внимание.

## SUMMARY

The Constitutional Court of Tajikistan is a specialized body of constitutional control, which is an independent body of judicial authority and it fulfills its activities in order to protect and ensure the supremacy and direct effect of constitutional norms and in order to protect human rights and freedoms.

Introduction of the constitutional justice in the legal system of the Republic of Tajikistan indicates that the state prefers to provide this specialized body with the authority to make decisions on constitutional-legal issues.

The experience of development of European countries shows that the bodies of constitutional control in Europe have an important challenge as well, that is to protect the Constitution, provide the supremacy of the norms of the Constitution and effectively fulfill the principle of separation of powers which is determined in their constitutions.

The Constitutional Court of Tajikistan in its characteristic is fully consistent with the nature and purpose of the contemporary bodies of constitutional control.

The Constitutional Court of Tajikistan fulfills preliminary, sequential, concrete, abstract, mandatory, optional, conclusive and external control. The Constitutional Court of Tajikistan as well fulfills control over the all regulatory acts adopted by the State authorities.

Development of the institute of constitutional control in Tajikistan is as well very important.

The Constitutional Court of the Republic of Tajikistan is endowed with new and very important authorities. It will now determine the conformity



of draft amendments and additions with the Constitution of the Republic of Tajikistan. Furthermore, the scopes of entities eligible to apply to the Constitutional Court are significantly expanded.

The concept of "constitutional control" is directly related with the existence of the Constitution in Tajikistan, the protection of constitutionally determined norms and principles that provide the balance of authorities of the bodies of State Power. It is also important to provide the constitutional guarantees of human rights and freedoms. The Constitutional Court has a direct effect on the lawmaking process in the Republic of Tajikistan.

The main mission of the constitutional control in Tajikistan is to provide the supremacy and stability of the Constitution and to fulfill the constitutional balance of separation of powers. It is constitutionally determined that the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan shall be final.



# ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В УКРЕПЛЕНИИ КОНСТИТУЦИОННОГО ПОРЯДКА: ПРАКТИКА КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ЛАТВИЙСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

ГУНАРС КУТРИС

*Председатель Конституционного Суда Латвийской Республики*

АЛЛА СПАЛЕ

*Помощник Председателя Конституционного Суда  
Латвийской Республики, докторант Высшей школы бизнеса Turība  
(School of Business administration Turība)*

## Введение

Опыт различных стран мира, опыт нашей страны указывает на то, что в правовой практике нередки случаи принятия правовых актов, не соответствующих Основному Закону. Часто возникают споры по вопросам правильного толкования и применения Конституции.

Правовую охрану Конституции нельзя осуществить без наличия соответствующего действующего механизма. В настоящий момент является общепризнанным тот факт, что конституционный контроль является одним из эффективных средств правовой охраны Конституции.

Необходимость конституционного контроля обусловлена наличием Конституции, потребностью действия конституционно закрепленных норм и принципов для установления и поддержания баланса полномочий высших органов власти. Главная задача конституционного контроля - обеспечение верховенства и стабильности Конституции, сохранение конституционного разделения властей и гарантирование защиты конституционных (основных) прав и свобод человека и гражданина<sup>1</sup>.

Конституционный Суд, несомненно, влияет на обеспечение конституционного порядка государства. Проверя соответствие нормативных актов Конституции, Конституционный Суд осуществляет верховенство Конституции и обеспечивает конституционный порядок - порядок, установленный и функционирующий в соответствии с нормами Конституции и основанных на ней законах<sup>2</sup>.

Любое решение Конституционного Суда влияет на конституционный

<sup>1</sup> Конституционное (государственное) право зарубежных стран. В 4 т. Тома 1 - 2. Часть общая: Отв.ред. проф. Страшун Б.А. 3-е изд., - Москва: БЕК, 1999, - С. 84-85.

<sup>2</sup> Энциклопедический словарь конституционного права [http://constitutional\\_law.academic.ru/](http://constitutional_law.academic.ru/)

порядок. Излагая свои правовые позиции, Конституционный Суд указывает на ошибки законодателя и таким образом приводит в порядок правовую систему государства.

1. Конституционный Суд Латвийской Республики (далее - Суд) в рамках своей компетенции осуществляет как абстрактный, так и конкретный конституционный контроль, то есть оценивает соответствие оспариваемых норм (актов) правовому акту высшей юридической силы (в том числе - Конституции). В компетенцию Суда не входят решение споров о компетенции государственных институций, разъяснение содержания правовых норм и оценка процесса выборов. Поэтому и решения Конституционного Суда по своему типу являются лишь решениями, определяющими соответствие или несоответствие правовой нормы норме Конституции или другой норме высшей юридической силы. Решения, которыми оспариваемая норма признана соответствующей Конституции, не требуют особого исполнения, но одновременно могут значительно влиять на конституционный порядок. Как раз к таким решениям относится одно из наиболее сложных дел Конституционного Суда Латвии. А именно так называемое дело о подписанном 27 марта 2007 года Латвийской Республикой и Российской Федерацией Договоре о государственной границе между Латвией и Россией. По этому делу Суд провозгласил наиболее объемное решение за 15 лет своей работы. В решении<sup>3</sup> дается конституционно-правовая оценка основополагающих исторических событий, подчеркивается значение доктрины непрерывности Латвийской государственности и интерпретируются некоторые статьи Конституции, входящие в конституционные правовые основы Латвийского государства<sup>4</sup>.

В свою очередь, решения, признающие норму не соответствующей правовому акту высшей юридической силы, требуют внесения определенных изменений в правовую систему. Это может проявиться следующим образом:

- 1) исключение соответствующей нормы;
- 2) усовершенствование соответствующей нормы (внесение поправок);
- 3) создание новой нормы.

<sup>3</sup> Дело № 2007-10-0102 "О соответствии закона "О полномочиях Кабинета министров на подписание парафированного 7 августа 1997 года Латвийской Республикой и Российской Федерацией проекта Договора о государственной границе между Латвией и Россией" и слов "с соблюдением принципа нерушимости границ, принятого Организацией по безопасности и сотрудничеству в Европе" статьи 1 Закона "О Договоре Латвийской Республики и Российской Федерации о государственной границе между Латвией и Россией" преамбуле и пункту 9 Декларации Верховного Совета Латвийской ССР "О восстановлении независимости Латвийской Республики" от 4 мая 1990 года и подписанного 27 марта 2007 года Латвийской Республикой и Российской Федерацией Договора о государственной границе между Латвией и Россией и Закона "О Договоре Латвийской Республики и Российской Федерации о государственной границе между Латвией и Россией" статье 3 Конституции Латвийской Республики" // [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/verd\\_2007\\_10.htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/verd_2007_10.htm)

<sup>4</sup> См. подробнее: *Скудра В.* Защита конституционных ценностей Конституционным Судом Республики Латвия // "Международный Альманах" Конституционное правосудие в новом тысячелетии, Ереван, 2008.

Именно от необходимости изменить нормативное регулирование зависит исполнение решения и обеспечение конституционности.

Конституционный Суд Латвийской Республики, принимая решение о признании норм неконституционными, неоднократно сталкивался с такой ситуацией, когда признание правовой нормы недействительной с момента публикации решения Суда может нарушить конституционный порядок больше, чем сама антиконституционная норма. Практика Суда показывает, что можно разрешить и такие ситуации, одновременно обеспечив конституционный порядок.

2. Исключение оспариваемой нормы из правовой системы может привести к различным правовым последствиям. Правовое регулирование может быть таким образом усовершенствовано, но может и наступить отсутствие регулирования как такового, что еще хуже ситуации с оспариваемой нормой. Поэтому Суд в своих решениях тщательно оценивает последствия, которые могут быть вызваны отменой нормы.

В своей практике Суд применял различные механизмы разрешения таких ситуаций:

1) отменяя норму, Суд указывает регулирование, применимое в правовых отношениях:

- прямое применение нормы высшей юридической силы;
- применение антиконституционной нормы до внесения поправок, но с учетом правовых положений (выводов), высказанных в судебном решении;
- применение регулирования, существовавшего ранее;

2) Суд устанавливает дату, до которой норма продолжает действовать, давая возможность законодателю принять регулирование, соответствующее Конституции;

3) Суд устанавливает дату, с которой норма утратит силу, если не будет выполнено конкретное условие (так называемые решения с условием).

3. Существует механизм, при котором Суд, отменяя норму, одновременно указывает, как следует действовать в правовых отношениях, ранее регулировавшихся оспоренной нормой. Например, до тех пор, пока отсутствует новое регулирование, и старое регулирование уже утратило силу, напрямую следует применять норму Конституции и интерпретацию, предоставленную Судом. Так, в решение по делу № 2003-10-01<sup>5</sup> Суд включил следующую формулировку: "При определении момента, с которого оспариваемая норма утрачивает силу, Суд учитывает то, что при рассмотрении конкретного дела и при принятии решения по поводу представителя в гражданском процессе, выбранно-

<sup>5</sup> "О соответствии пункта 4 статьи 83 Гражданско-процессуального закона статье 92 Конституции Латвийской Республики" // <http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2003-10-01R.rtf>

го лицом, суды общей юрисдикции, руководствуясь высказанными в данном решении заключениями и статьей 84 Гражданского процессуального закона, имеют право применять статью 92 Конституции<sup>6</sup>".

4. Чаще всего в судебной практике встречаются случаи, когда Конституционный Суд своим решением признает какую-либо норму недействительной, в то же время констатируя, что до момента, когда законодатель исправит собственные ошибки, необходимо временное правовое регулирование. Имеются решения, в которых Суд указал, что до определенного момента (внесения поправок) учреждения и суды должны применять правовые нормы, признанные неконституционными, в соответствии с Конституцией и международными правовыми нормами, являющимися для Латвии обязательными<sup>7</sup>, а также соблюдая указания решения Конституционного Суда<sup>8</sup>.

Так, в решении по делу № 2006-28-01, определяя момент, с которого оспариваемая норма должна была утратить силу, Суд указал, что "законодателю требуется время для совершенствования нормативного регулирования, поскольку оспариваемая норма обеспечивала достижение легитимной цели, а именно эффективного налогового администрирования. Если оспариваемая норма признается утратившей силу до того, как законодатель ввел щадящее регулирование, достижение конкретной легитимной цели может оказаться под угрозой. Это означает, что не будет более дисциплинирующего регулирования и каждый налогоплательщик сможет позволить себе подавать оправдательные документы (доказательства) в любой момент. Такая ситуация, которая возникнет, если вообще не будет никакого регулирования по соответствующему вопросу, не соответствовала бы Конституции еще более, чем предыдущая [...], подобная ситуация допускается, когда не соответствующая Конституции норма еще известное время остается в силе, чтобы у законодателя имелась возможность найти для возникшей ситуации решение, при котором соблюдались бы интересы как общества, так и отдельных налогоплательщиков. Одновременно Суд принял во внимание, что у административного суда в каждом конкретном случае имеется возможность разрешать дело, применяя нормы Конституции непосред-

<sup>6</sup> Статья 92 "Каждый может защищать свои права и законные интересы в справедливом суде. Каждый считается невиновным, пока его вина не признана согласно закону. В случае необоснованного ущемления прав каждый имеет право на соответствующее возмещение. Каждый имеет право на помощь адвоката".

<sup>7</sup> Дело № 2006-03-0106 "О соответствии слов "или другими атрибутами" и "а также устно высказанные отдельные призывы, лозунги или обращения" части четвертой статьи 1, части первой статьи 9, слов "блюстителей порядка" пункта 1 части третьей статьи 12, слов "и пешеходов" части второй статьи 13, второго предложения части шестой статьи 14, слов "не ранее 10 дней" и части четвертой статьи 15, статьи 16 и части четвертой статьи 18 Закона "О собраниях, шествиях и пикетах" статье 103 Конституции Латвийской Республики, статье 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и статье 21 Международного пакта о гражданских и политических правах" // [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve\\_2006-03-0106.htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve_2006-03-0106.htm)

<sup>8</sup> Дело № 2006-28-01 "О соответствии второго предложения части четвертой статьи 22 Закона "О подоходном налоге с населения" статье 92 Конституции Латвийской Республики" // [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve\\_2006-28-01.htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve_2006-28-01.htm)

ственно. В свою очередь, чтобы решения налоговой администрации не приводили к ущемлению установленных Конституцией основных прав лица, пока оспариваемая норма еще в силе, оспариваемую норму в этот период времени следует применять, соблюдая, среди прочего, и указанное в настоящем решении Конституционного Суда".

5. В отдельных случаях, когда это необходимо и возможно, Конституционный Суд в постановляющей части своего решения может признать, что юридическую силу вновь приобретают правовые нормы, поправки в которые были внесены согласно оспариваемой норме (акту), которую Конституционный Суд признал не соответствующей правовым нормам высшей юридической силы<sup>9</sup>. Такое решение в практике Суда применялось на основании практики Конституционных Судов Германии и Австрии. Со стороны Суда такое решение требовало тщательного анализа, так как Закон "О Конституционном Суде" не предусматривает такое решение *expresis verbis*, в то же время наделяя Суд правом решать вопросы, не урегулированные законом<sup>10</sup>.

6. Признание правовой нормы недействительной, при котором в то же время предусматривается, что норма теряет силу только спустя некоторое время (*ex tunc*), обычно происходит в случаях, когда необходимо изменение нормативного регулирования, то есть Суд дает законодателю время на приведение нормативного регулирования в порядок и исправление допущенных ошибок. На усовершенствование регулирования отводятся разные сроки от трех месяцев до одного года, однако законом этот вопрос не регулируется. В каждом отдельном случае Суд принимает во внимание объем необходимых поправок, а также то, будет ли законодатель в состоянии в течение соответствующего промежутка времени принять поправки к нормативному акту (встречались случаи, когда на установленный промежуток выпадали каникулы Сазймы или же выборы). Обычно Суд назначает шестимесячный срок, являющийся оптимальным.

<sup>9</sup> Дело № 2005-12-0103 "О соответствии статьям 1 и 105 Конституции Латвийской Республики Правил № 17 Кабинета министров от 11 января 2005 года "Об изменениях в Законе "О принудительном отчуждении недвижимой собственности для государственных или общественных нужд"" и Закона от 9 июня 2005 года "Об изменениях в Законе "О принудительном отчуждении недвижимой собственности для государственных или общественных нужд"" // [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve\\_2005-12-0103.htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve_2005-12-0103.htm) и дело №.2006-13-0103 "О соответствии пункта 3 Правил № 272 Кабинета министров от 15 августа 2000 года "Об изменениях в Законе О пенсиях по выслуге военнослужащих", статьи 3 Закона от 30 ноября 2000 года "Об изменениях в Законе "О пенсиях по выслуге военнослужащих" и закона от 25 мая 2006 года "Об изменениях в Законе "О пенсиях по выслуге военнослужащих" первому предложению статьи 91 и статье 109 Конституции Латвийской Республики" // [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve\\_2006-13-0103.htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/ve_2006-13-0103.htm)

<sup>10</sup> Первая часть статьи 26 Закона о Конституционном Суде "Процессуальный порядок рассмотрения дел определяется настоящим законом и Регламентом Конституционного Суда. Для выполнения подсчета процессуальных сроков и процессуальных санкций - денежного штрафа - применяются положения Гражданского процессуального закона. По другим не отрегулированным в Законе о Конституционном Суде и Регламенте Конституционного Суда процессуальным вопросам решение принимает Конституционный Суд".

Следует признать, что в практике встречались случаи, когда законодатель исполнял решения Суда даже ранее установленного срока и с более благоприятным результатом в отношении лиц, чьи интересы были затронуты. Например, при рассмотрении дела о снижении возрастных пенсий на конкретный период<sup>11</sup>, Суд признал оспариваемые нормы не соответствующими Конституции и недействительными с момента принятия. В то же время Суду в процессе подготовки решения было ясно, что исполнение решения Суда потребует существенных дополнительных средств в бюджете государства. Поэтому Суд в решение от 21 декабря 2009 года включил механизм его исполнения: "Конституционный Суд обязан в рамках своей компетенции заботиться, по возможности, о наиболее эффективной защите ущемленных основных прав лиц и об их восстановлении. Ни защита ущемленных прав, ни их восстановление не были бы эффективными, если бы Саэйма не исполнила свою обязанность и не определила порядок возврата удержаний из пенсий. В таком случае следовало бы считать, что основанием для возврата являются содержащиеся в данном решении выводы и что возврат следует начать 1 марта 2010 года в таком объеме и в такие сроки, в которые удержания были осуществлены согласно оспариваемым нормам. То есть удержанная за один месяц часть пенсии должна быть возвращена в течение одного месяца. [...] При принятии решения о разработке и принятии такого регулирования необходимо учитывать, что получатели пенсий по старости представляют собой особую группу лиц, которая, однако, достаточно неоднородна в плане доходов, возраста и других факторов. Это означает, что возврат удержанной части пенсии следует осуществить в разумные сроки и, по мере возможности, с учетом неодинаковых ситуаций, в которых пребывают разные лица. С учетом экономического положения государства и возможностей бюджета государства часть пенсии, удержанной на основании оспариваемых норм, следует вернуть в установленном Саэймой порядке в полном объеме не позднее чем до 1 июля 2015 года." В постановляющую же часть был включен пункт, обязывающий Парламент разработать соответствующее регулирование до 1 марта 2010 года.

Удивителен тот факт, что Саэйма уже 21 января 2010 года в двух чтениях приняла Закон "О возврате удержанных пенсий", предусматривающий выплату всей удержанной суммы в апреле месяце. Этот факт, скорее всего, объясняется тем, что в стране приближалось время парламентских выборов (октябрь 2010 года).

7. Еще один механизм, который Конституционный Суд использует, чтобы обеспечить конституционность - это решения с условием "если". То

<sup>11</sup> Дело № 2009-43-01 "О соответствии части первой статьи 2 Закона "О выплате государственных пенсий и государственных пособий в период времени с 2009 года по 2012 год" статьям 1 и 109 Конституции Латвийской Республики и соответствии части первой статьи 3 статьям 1, 91, 105 и 109 Конституции Латвийской Республики"// [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/verd\\_2009\\_43\\_01.htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/verd_2009_43_01.htm).



есть Суд в своем решении предусматривает условие, при выполнении или невыполнении которого оспариваемая норма соответствует или не соответствует Конституции.

Часть третья статьи 32 Закона "О Конституционном Суде" определяет общий принцип утраты оспариваемой нормой силы, "если Конституционный Суд не установил иное".

Изначально слова "установил иное" в практике проявлялись лишь как иной момент, с которого оспариваемая норма теряла силу, например, "с момента издания акта". Однако решение от 27 ноября 1998 года<sup>12</sup> положило начало практике Конституционного Суда, в рамках которой "установил иное" разъяснялось каким-либо конкретным условием. В упомянутом деле было решено признать часть вторую статьи 4 Закона "О пособиях по материнству и болезни" не соответствующей статье 66 Конституции<sup>13</sup> с момента вступления в силу Закона "О государственном бюджете на 1999 год", "если в государственном бюджете на 1999 год не будут предусмотрены средства для выплаты пособий по материнству лицам, упомянутым в части второй статьи 4 Закона "О страховании материнства и болезни".

Чаще всего Конституционный Суд использует в своей практике решения с условием при признании нормы несоответствующей Конституции. Это стимулирует законодателя искать способ разрешения ситуации, ибо в противном случае норма утратит силу. Например, в деле № 2003-08-01 Конституционный Суд пришел к выводу, что ущемление основных прав имеет место, но оно вызвано не непосредственно оспариваемой нормой статьи 96 Уголовно-процессуального кодекса, а оспариваемой нормой вкуче с недостатками другого закона, а именно Закона "Об адвокатуре", не оспаривавшемся в конкретном деле. Чтобы привести ситуацию в соответствие с Конституцией, можно следовать нескольким вариантам, и утрата оспариваемой нормой силы - лишь один из них. Конституционный Суд постановил: "Признать первое предложение части второй статьи 96 Уголовно-процессуального кодекса Латвии не соответствующим статье 92 Конституции Латвийской Республики и недействительным с 1 марта 2004 года, если законодатель не изменит правовое регулирование деятельности адвокатов так, чтобы оно соответствовало стандартам Европейского союза и Ев-

<sup>12</sup> Дело № 01-05(98) О соответствии нормы части второй статьи 4 Закона "О пособиях по материнству и болезни", установленной статьей 8 принятого 19 июня 1998 года Сээймой Закона "О внесении изменений в Закон "О пособиях по материнству и болезни"", статье 66 Конституции Латвийской Республики" // [http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/01-05\(98\)R.rtf](http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/01-05(98)R.rtf)

<sup>13</sup> Статья 66 "Сэйм ежегодно, до начала хозяйственного года, принимает бюджет доходов и расходов государства, проект которого вносится Кабинетом министров.

Если Сэйм принимает постановление, которое связано с не предусмотренными в бюджете расходами, в этом же постановлении должны быть предусмотрены также средства, за счет которых покрываются данные расходы.

По истечении бюджетного года Кабинет министров вносит на утверждение Сэйма отчет об исполнении бюджета".

ропейского Совета и гарантировало право на справедливый суд в полном объеме".

Таким образом, законодателю на то, чтобы сделать выбор - вносить ли поправки в Закон "Об адвокатуре" или же допустить, чтобы оспариваемая норма Уголовно-процессуального кодекса утратила силу - было отведено время с октября 2003 года (вступление решения в силу) до 1 марта 2004 года. Законодатель сделал выбор в пользу первого варианта и в феврале 2004 года в срочном порядке принял Закон "Поправки к Закону "Об адвокатуре". Закон вступил в силу 1 марта 2004 года.

В случае неисполнения законодателем условий норма теряет силу. В решении по делу № 2003-05-01 от законодателя было потребовано конкретизировать должностных лиц, для защиты чести и достоинства которых необходимо использовать уголовно-правовые средства. Упомянутое условие не было выполнено, и со дня, установленного судом, Уголовный закон более не предусматривает ответственность за ущемление чести и достоинства государственного должностного лица.

8. В практике также встречаются случаи<sup>14</sup>, когда решение с условием комбинируется с соответствием нормы. То есть Суд признает оспариваемую норму соответствующей Конституции, но с дополнением, что должно выполняться конкретное условие.

Следует, однако, признать, что такая формулировка решения не совсем удачна, так как она не стимулирует законодателя привести в порядок правовое регулирование. Поэтому такую форму можно применять лишь в случаях, когда оспариваемая норма по сути правильна, но существуют проблемы с ее правильным толкованием и применением. По существу такое постановление указывает на то, что норма соответствует Конституции лишь в представленной Судом интерпретации соответствующей нормы.

### **Заключение**

Собственно Конституционный Суд указал, что несет ответственность за то, чтобы его решения в социальной реальности обеспечивали конституционный порядок - правовую стабильность, ясность и спокойствие. Несомненно, Конституционный Суд, вынося постановление, должен учитывать социальную реальность и всегда оценивать, какие последствия вызовет соответствующее решение. Однако Конституционный Суд не обязан отражать в решении те соображения, на основании которых Суд оценивал возможности исполнения решения. Это связано с тем, что Конституционный Суд отражает в решении лишь аргументы и мотивы, имеющие значение в рамках конкретного дела.

<sup>14</sup> Дело № 2002-12-01 "О соответствии пункта 3 части первой статьи 12 закона "О земельной реформе в городах Латвийской Республики" статьям 1 и 105 Конституции Латвийской Республики" // <http://www.satv.tiesa.gov.lv/upload/2001-12-01R.rtf>

Тем не менее Конституционный Суд обязан в рамках конкретного дела оценить и соответствие оспариваемой правовой нормы Конституции в целом. Такое требование вытекает из задачи Конституционного Суда осуществлять принцип верховенства Конституции, обеспечивая таким образом конституционный порядок. Однако в рамках конкретного дела значение имеют лишь аргументы, которые обосновывают соответствие или несоответствие оспариваемой правовой нормы правовым нормам Конституции. Все прочие соображения Конституционного Суда остаются тайной совещательной комнаты.

В практике Конституционного Суда выкристаллизовался подход, предполагающий, что Суд обязан изложить соображения, связанные с исполнением решений, если они затрагивают серьезные вопросы жизни государства и общества. Такой подход можно считать процессуальным аспектом юдикатуры Конституционного Суда, а именно, Конституционный Суд сформулировал следующую процессуально-правовую норму<sup>15</sup>: если исполнение решения Конституционного Суда существенно повлияет на важный вопрос жизни государства и общества, Конституционный Суд должен определить особый порядок исполнения - в решение необходимо включить "переходные положения".

Если оспариваемая правовая норма существенно влияет на бюджет государства и немедленное исполнение решения может вызвать неблагоприятные последствия, Конституционный Суд должен соотнести интересы общества и обеспечение стабильности бюджета государства. Кроме того, соответствующие выводы Суд должен отразить в решении, так как Конституция являет собой право на справедливость, а не механическое нагромождение общеизвестных норм<sup>16</sup>.

В нашей стране существует мнение, что Конституционный Суд, интерпретируя Конституцию и Закон "О Конституционном Суде", пошел по пути "золотой середины", стремясь чрезмерно не сужать и не расширять границы собственной компетенции<sup>17</sup>. Чтобы избежать ситуации, в которой конституционная проверка приводит к нарушению принципа разделения власти, Конституционный Суд в своих решениях избегает формулирования правовых норм или определения того, как их следует формулировать законодателю. Таким образом, имеет место взаимное уважение: законодатель принимает во внимание заключение, данное в результате конституционной проверки, а Конституционный Суд уважает свободу действий законодателя.

<sup>15</sup> *Sniedzīte G.* Tiesnešu tiesību jēdziens, evolūcija un nozīme Latvijas tiesību avotu doktrīnā (Сниедзите Г. Понятие судейского права, его эволюция и значение в доктрине латвийских правовых источников) Докторская диссертация, Латвийский Университет, Рига, 2010. Доступна: <https://luis.lanet.lv/pls/pub/luj.fprmt?l=1&fn=F372913737/Ginta%20Sniedzite%202010.pdf>, стр. 85 - 93

<sup>16</sup> *Pleps J.* Satversmes 77. panta piemērošanas teorētiskie pamati (Плепс Я. Теоретические основы применения статьи 77 Конституции). *Jurista Vārds*, 13 июля 2004 года, № 26

<sup>17</sup> *Nikuļceva I.* Satversmes tiesas pieci gadi: ieskaits tiesas jurisprudencē (Никутьцева И. Пять лет Конституционного суда: взгляд на судебную юриспруденцию). *Likums un Tiesības*, 2001, № 12

## SUMMARY

Legal protection of the Constitution cannot be executed without a proper effective mechanism. It has been generally recognized that constitutional control is one of the most effective means of legal protection of the Constitution. Any judgment adopted by the Constitutional Court impacts the constitutional procedure. By expressing its legal opinion, the Constitutional Court identifies mistakes of the legislator and accordingly arranges the legal system of the State.

Decisions, wherein the Court has recognized anticonstitutionality of a legal norm, require no particular implementation, though they may considerably influence constitutional procedure. However, decisions wherein a legal norm is recognized as non-compliant with a legal norm of a higher legal force require introduction of certain amendments into the legal system. This may take place in the following ways: 1) exclusion of a particular norm; 2) improvement of a particular norm (introduction of amendments); 3) adoption of a new norm.

This is the necessity to amend normative regulatory framework that determines the way of execution of the decision and ensuring of constitutionality. When adopting a decision regarding non-compliance of norms with the Constitution, the Constitutional Court of the Republic of Latvia often faces a situation when recognition of a legal norm as null and void as from the date of publishing of a particular judgment of the Court might breach constitutional procedure at a greater extent if compared to the anticonstitutional norm. Case-law of the Court shows that it is possible to solve the above described situation by also ensuring a proper constitutional procedure.

According to the case-law of the Constitutional Court, it can be concluded that the Court is committed to express its considerations regarding execution of the decision in case if the latter deals with material public and social issues. Such approach can be regarded as a procedural aspect of jurisdiction of the Constitutional Court, namely, the Constitutional Court has developed the following legal procedural norm: in case if execution of a Constitutional Court decisions may materially impact important public or social issues, the Constitutional Court is committed to establish a particular procedure for execution of the judgment by providing a transitional stage.

If a contested legal norm has a considerable impact on the State budget and immediate execution of a particular judgment would cause negative consequences, the Constitutional Court has the duty to balance interests of the society and ensuring stability of the State budget. Moreover, the respective conclusions must be included in the judgment since the Constitutional Court ensures the right to justice rather than imposes common norms.



# РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СОВЕТА В УКРЕПЛЕНИИ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЗАКОННОСТИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

**АНАР ЖАИЛГАНОВА**

*Член Конституционного Совета  
Республики Казахстан*

Уважаемые дамы и господа!

Позвольте от имени Конституционного Совета Республики Казахстан приветствовать участников Конференции и выразить огромную благодарность ее организаторам за приглашение.

Сегодняшняя Конференция посвящена очень актуальной для всех нас теме - правовым последствиям решений Конституционного Суда и роли этих решений в укреплении конституционной законности в стране. Эта тема актуальна, потому что от конституционного порядка в стране зависит насколько это государство правовое, насколько оно демократическое, светское и социальное. Ведь основные правила поведения человека и гражданина, иных субъектов государства разрешены именно в Конституции - в Основном Законе страны. Так называемые "мера свободы" и "мера дозволенного" очерчиваются именно в Конституции. Если понимать Конституцию как общественный договор, направленный на достижение всеобщего блага, и как продукт национальной культуры, поскольку она, эта Конституция принята всенародным голосованием на республиканском референдуме, как это случилось в Казахстане 30 августа 1995 года, то становится очевидным, что эту "математику свободы" надо неукоснительно соблюдать и воспринимать как некую самостоятельную ценность.

От конституционного порядка в одной стране зависит конституционный порядок в другой, потому что живем мы сегодня в одном глобальном доме, где все взаимосвязано и все взаимозависимо. Доказательством тому (или одним из доказательств) является плодотворная деятельность Комиссии за демократию через право Совета Европы (Венецианской комиссии), члены которой находятся с нами в этом зале.

В Республике Казахстан обеспечение верховенства Основного Закона на всей территории страны осуществляет Конституционный Совет, который своими решениями не только способствует защите прав и свобод человека, но и создает действующее право.

Согласно Конституции и Конституционному закону "О Конституционном Совете Республики Казахстан" правом обращения в Конституци-

онный Совет обладают: Президент Республики, Председатель Сената, Председатель Мажилиса, не менее одной пятой части от общего числа депутатов Парламента, Премьер-министр и суды Республики.

К компетенции Конституционного Совета относятся: рассмотрение в случае спора вопроса о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента и проведения республиканского референдума; рассмотрение до подписания Президентом принятых Парламентом законов на их соответствие Конституции; рассмотрение до ратификации международных договоров Республики на их соответствие Конституции; официальное толкование норм Конституции; дача заключения в случаях досрочного освобождения от должности Президента страны либо его отрешения от должности.

Кроме того, по результатам обобщения практики конституционного производства Совет ежегодно направляет Парламенту послание о состоянии конституционной законности в стране.

За период своей деятельности Конституционный Совет принял более 140 нормативных постановлений, в которых даны официальные толкования конституционных норм о правах и свободах человека, независимости и суверенном праве государства, о территориальной целостности, неприкосновенности границ и неотчуждаемости территории, об унитарности государства и президентской форме правления и многом другом. Всего предметом конституционного рассмотрения были положения 73-х статей Основного Закона.

Конституционный Совет вправе определить порядок исполнения принятых им решений. Государственные органы и должностные лица обязаны в срок, установленный Советом, сообщить ему о мерах, принятых во исполнение его решения.

Нередко в актах Конституционного Совета обращается внимание субъектов законодательной инициативы на отдельные аспекты правового регулирования, требующие принятия законодательных мер, которые в последующем реализуются составом Правительства. И работа эта ведется на системной основе, путем принятия специальных Постановлений Правительства (16 апреля 2008 года № 355) по приведению системы действующего права в соответствие с нормами Конституции Республики Казахстан.

Одним из ярких примеров конституционно-правового содействия сбалансированному соотношению публично-правовых и частно-правовых интересов в государстве является Нормативное постановление Конституционного Совета от 15 октября 2008 года №8, где Конституционный Совет констатировал неравнозначность и разноплановость понятий "государственная функция" и "государственная услуга". В контексте данной правовой позиции Конституционный Совет отметил, что государственная функция носит публично-правовой характер, распространяется на неограниченное число субъектов и может быть основана



на государственном принуждении. Государственная услуга же является одной из форм реализации отдельных функций государственных органов, носит преимущественно гражданско-правовой характер, осуществляется, как правило, индивидуально и без применения государственного принуждения.

Правовые позиции, содержащиеся в указанном Нормативном постановлении, были реализованы Законом от 2 апреля 2010 года путем внесения изменений в Бюджетный кодекс Республики и Закон "Об административных процедурах".

Таким образом, исполнение решений Конституционного Совета является своеобразным барометром состояния конституционной законности в стране. В этой связи в юридической литературе совершенно справедливо указывается, что если решения органа конституционного контроля не исполняются или исполняются ненадлежащим образом, то торпедируются цели, на достижение которых они направлены - защита основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечение верховенства Конституции.

Стабильность демократического государства переходных периодов связана не только с принятием либеральной конституции, но и с созданием системы гарантий от возврата назад, от последствий "конституционной цикличности". Речь идет о том, что недостаточно одной декларации конституционных норм, а нужны механизмы, чтобы эти нормы реально работали. И таким важным механизмом как раз таки является сильный конституционный контроль в стране. Такой контроль позволяет выявлять конституционные отклонения, способные привести к негативной трансформации конституционализма.

Так, в январе 2011 года по обращению Главы государства Н. А. Назарбаева Конституционный Совет Казахстана признал не соответствующим Конституции Закон "О внесении изменения и дополнения в Конституцию Республики Казахстан", которым предусматривалось продление срока полномочий действующего Президента на республиканском референдуме.

В этой связи уместно отметить, что Конституция Республики Казахстан содержит норму о том, что одним из основополагающих принципов деятельности Республики является решение наиболее важных вопросов государственной жизни путем голосования на республиканском референдуме, а также закрепляет референдум как форму непосредственного осуществления народом своей власти. Причем эта норма не только действующая, но и реально работающая, поскольку сама Конституция Республики Казахстан (как было указано выше) была принята народом Казахстана именно на республиканском референдуме.

Невзирая на все эти "соблазны", Конституционному Совету удалось направить эти события в конституционное русло, рассматривая Конституцию в первую очередь через призму конституционных прав и сво-



бод человека, не давая тем самым возможности казахстанскому конституционализму скатиться в банальную декларацию.

И это постановление Конституционного Совета, которое сразу же было поддержано Главой нашего государства, так как в обращении к народу Казахстана 31 января 2011 года он объявил о своем решении о досрочных выборах Президента, укоротив тем самым собственные полномочия почти на два года, дает нам право говорить о важной роли Конституционного Совета в обеспечении режима конституционной законности в стране.

Благодарю за внимание.

### SUMMARY

The conference is dedicated to the legal consequences of decisions of the Constitutional Court and their role in the enforcement of constitutional legality in the state. This is an actual theme as the rate of legality and democracy depends on the constitutional order in the state. The Constitutional Council provides the rule of law of the Constitution to the entire territory of the Republic of Kazakhstan and facilitates the protection of Human Rights and Freedoms.

According to the Constitution and the constitutional Law on "The Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan" the right to appeal to the Constitutional Council shall have: the President of the Republic, the Chairman of the Senate of the Parliament, the Chairman of the Majilis of the Parliament, deputies of the Parliament where they are not less than one fifth of the total number, the Prime - Minister and the Courts of the Republic.

The Constitutional Council in accordance with the Constitution shall decide with regard to the propriety the following, in cases of dispute: election of the President of the Republic, election of deputies of the Parliament, republic's referendum etc.

The Constitutional Council shall have the right to define the procedure and the period for the implementation of the decisions. Thus, the implementation of the decisions of the Constitutional Council is a peculiar barometer of condition of the constitutional legality in the state.

So, as it follows from the mentioned above only the declaration of constitutional norms is not enough for the provision of the rule of law: the legal system needs realistic mechanisms, such as a powerful constitutional control, to call the constitutional norms to life.



# OBSERVATIONS SUR L'INCIDENCE DANS LE DROIT INTERNE DES DÉCISIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG DANS LE CADRE DE L'ORDRE CONSTITUTIONNEL ÉTABLI

**GEORGES SANTER**

*Counselor of the Constitutional Court  
of Grand Duchy of Luxembourg*

Si la Cour constitutionnelle n'a été instituée au Grand-Duché de Luxembourg qu'en 1997, une jurisprudence constante de longue tradition admettait le contrôle par les juridictions de droit commun de la conformité des lois aux conventions internationales, et plus particulièrement leur conformité à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

Les juridictions de fond ne procédaient par contre pas au contrôle de la constitutionnalité des lois, mais depuis les années 1980, on notait une tendance croissante de ces juridictions, surtout des juridictions inférieures, à se livrer à un tel contrôle.

Le législateur se trouvait contraint de réagir.

La révision constitutionnelle du 12 juillet 1996 a eu pour objet de consolider l'état de droit luxembourgeois en introduisant un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

L'article 95ter de la Constitution, introduit à cette occasion, dispose que la Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution et qu'elle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.

La loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle dispose en son article 15 alinéa 2 que «la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour».

Le système de contrôle ainsi introduit est celui du contrôle à posteriori de la conformité des lois à la Constitution. La Cour est chargée d'un contrôle des lois applicables à la situation juridique concrète.

La saisine de la Cour constitutionnelle se fait uniquement par voie de question préjudicielle posée par une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif, lorsque se pose devant une telle juridiction la question de la conformité à la Constitution d'une loi applicable à un litige qui lui est soumis.

La Cour constitutionnelle n'est donc pas saisie à l'initiative ni de justiciables particuliers ni d'organes de l'exécutif ou du législatif.

Par ailleurs, la compétence d'attribution de la Cour constitutionnelle est étroite, la Constitution exceptant de son contrôle celui des lois portant approbation de traités internationaux ( dont fait partie la CEDH).

Ce contrôle revient aux juridictions ordinaires, ce qui n'est pas sans poser de problèmes. Compte tenu de ce que la Constitution luxembourgeoise garantit un certain nombre de libertés publiques et de droits fondamentaux qui se recoupent avec ceux garantis par la CEDH, la même question peut recevoir des réponses différentes selon que la réponse émane de la Cour constitutionnelle ou des juridictions ordinaires.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle lie la juridiction qui a saisi la Cour Constitutionnelle et lie encore les juridictions qui, en appel ou cassation par exemple, peuvent avoir à traiter de la même affaire. L'arrêt n'a donc pas une valeur *erga omnes*; il n'annule pas la disposition législative non conforme à la Constitution. Il appartient au pouvoir législatif voire constituant de réagir le cas échéant aux conclusions de la Cour en modifiant la loi ou la Constitution. Toutefois, une juridiction saisie d'une affaire ne peut pas, respectivement n'a pas besoin de saisir la Cour Constitutionnelle si cette dernière a déjà statué sur une question ayant le même objet.

( article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle:

.....

«Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que

....

la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet»)

Si les décisions de la Cour Constitutionnelle n'ont donc en principe pas une force juridique obligatoire générale qui aurait comme effet d'abroger la norme déclarée non conforme à la Constitution, mais seulement un effet obligatoire limité au litige qui a donné lieu à la question préjudicielle, il n'en reste pas moins que ces décisions ont, indirectement, des effets dépassant le simple cas d'espèce, étant donné, comme indiqué ci-dessus, que les juridictions ne sont plus tenues de saisir de nouveau la Cour Constitutionnelle d'une question préjudicielle qui a déjà été toisée par celle-ci si la juridiction entend se conformer à la décision de la Cour Constitutionnelle. Toutefois, si la juridiction estime que la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle ne peut pas trouver application dans la cause qui lui est soumise, elle est tenue de la saisir d'une nouvelle question préjudicielle.

En conclusion, la Cour Constitutionnelle ne contrôle que la constitutionnalité des lois et ne peut être saisie que par renvoi d'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif qui lui soumet une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution, question nécessaire pour rendre son jugement. Cette Cour n'a pas de compétence spéciale pour vérifier la constitutionnalité des règlements d'organisation et de fonctionnement du Parlement, respectivement du Gouvernement, et n'intervient par conséquent ni de manière directe, ni indirecte, dans l'exercice du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

Actuellement, des discussions sont en cours pour modifier fondamentalement le système mis en place depuis seulement 14 ans.

Il est prévu d'abolir le renvoi préjudiciel et de laisser aux juridictions de fond le droit d'examiner outre la conventionalité des lois, comme elles le font depuis toujours, c'est-à-dire la conformité des lois aux traités internationaux, la conformité des lois à la Constitution et de créer, en abolissant la Cour Constitutionnelle, une Cour suprême faisant fonction tant de Cour de Cassation que de Cour Constitutionnelle en ce sens qu'elle serait saisie dans le cadre des recours ordinaires en cassation également des questions de constitutionnalité.

Comme l'exercice des voies de recours (appel, cassation) ne s'impose toutefois pas aux parties litigantes, il y a risque de contrariété de décisions sur le problème de la conformité des lois à la Constitution entre les diverses juridictions (juridictions de première instance, juridictions d'appel, juridiction de cassation). Faut-il le cas échéant envisager un droit du Procureur général de saisir la Cour suprême d'une question de conformité d'une loi à la Constitution?

Finalement, il se pose la question s'il n'y a pas lieu de saisir la Cour d'un droit d'injonction pour faire changer une loi déclarée anti-constitutionnelle par le pouvoir législatif.

## РЕЗЮМЕ

Конституционный Суд был учрежден в Великом Герцогстве Люксембург только в 1997 году, но давняя традиция судебной практики признавала контроль со стороны судов общей юрисдикции за соответствием законов международным конвенциям, в частности их соответствием Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ).

В то же время суды первой инстанции не осуществляли контроль за конституционностью законов, но с 1980 года была отмечена растущая тенденция осуществления подобного контроля судами, особенно низших инстанций.

Законодатель был вынужден отреагировать.

Конституционная реформа от 12 июля 1996 года была направлена на укрепление верховенства права государства Люксембург путем введения судебного контроля за конституционностью законов.

Статья 95ter Конституции, введенная по этому случаю, предусматривает, что Конституционный Суд принимает решения о соответствии законов Конституции при предварительном обращении всех юрисдикций в порядке, установленном законом, кроме законов о соответствии договоров Конституции.

Закон от 27 июля 1997 года об организации Конституционного Суда предусматривает в пункте 2 статьи 15, что "суд, который обратился с

вопросом, как и все другие суды, призванные вынести решения по тому же делу, обязаны при решении споров придерживаться решения, вынесенного Конституционным Судом".

Система контроля, введенная Конституцией, - это последующий контроль за соответствием законов Конституции (a posteriori).

Решение Конституционного Суда является обязательным для суда, который обратился в Конституционный Суд, а также для других судов, которым придется рассматривать то же дело, возможно, в апелляционной или кассационной инстанции. Принятое решение не имеет силу *erga omnes*, оно не отменяет законодательное положение, противоречащее Конституции. Это законодательной власти надлежит реагировать на выводы Конституционного Суда путем внесения поправок в закон или Конституцию.

В настоящее время ведутся дискуссии о коренных изменениях в системе, действующей уже 14 лет.

Планируется отменить предварительное обращение в КС и предоставить судам первой инстанции, кроме права дальнейшего изучения конвенционности законов, как это было всегда, то есть соответствия законов международным договорам, так же право на рассмотрение соответствия законов Конституции и создать путем упразднения Конституционного Суда Верховный Суд, выступающий и в качестве Верховного Суда, и Конституционного Суда и рассматривающий через обычные апелляции в Верховный Суд, также вопросы конституционности.

Однако так как истцам не всегда требуются такие средства правовой защиты, как апелляция, кассация, то есть риск противоречивых решений различных судов (суды первой инстанции, апелляционные суды, суд кассационной инстанции) по вопросу о соответствии законов Конституции. Может быть, нужно рассмотреть возможность права обращения Генерального прокурора в Верховный Суд по вопросу соответствия закона Конституции?



# УКОРЕНЕНИЕ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА И КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ В СТРАНАХ-УЧАСТНИЦАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ ТРАДИЦИИ

**КОНСТАНТИН АРАНОВСКИЙ**

*Судья Конституционного Суда Российской Федерации*

Конституционные суды и их решения не просто защищают Конституцию, но выполняют созидательную работу в устройстве и продвижении конституционного права, определяя участь его в близких и в отсроченных последствиях. Однако в осмыслении того, насколько востребовано конституционное правосудие, неизлишне выяснить и состояние собственно конституционализма.

Конституционализм нельзя сотворить одним лишь учреждением основного закона. Великобритания, Новая Зеландия провели без него всю историю, его нет в Израиле и до последнего времени его присутствие не было очевидным в Канаде, Австрии, Швеции, Финляндии. Большую часть истории конституция проделала, принимая форму дарованных (даже владельческих) хартий, квазисоглашений, связанных и разобщённых сочетаний статутного, прецедентного, обычного права. Факты её исторической жизни таковы, что на свет конституция явилась прежде основного закона, облеклась в него позже и всё ещё не повсеместно. Отсутствие основного закона в ряде бастионов конституционализма - не эксцесс и не частная мутация. Если конституцию искать лишь в основном законе или в словесных обозначениях, то Великобритании с Новой Зеландией в конституционализме нужно отказать и записать в конституционные государства, скажем, абсолютную монархию Эмиратов, Исламскую Республику Иран или КНДР. Следовательно, установить конституцию одним лишь актом учреждения основного закона нельзя, тем более, что не все основные законы содержат и выражают собой именно её.

Конституция - это общность правоположений, так или иначе оформленная, определяемая национальным политико-правовым образом жизни, когда тот следует принципам народного суверенитета, неотчуждаемости гражданских свобод, верховенству права и подчиняет им публичную власть. Судить о том, сложилась ли конституция и есть ли к ней предпосылки, позволяет состояние политико-правовой действительности, где основной закон - существенное, но не единственное и даже не обязательное условие.

В укоренении конституционного права, конституционной юстиции и в её способности содействовать конституционализму многое предreshает происхождение конституций. По этому признаку они условно делятся на оригинальные конституции и конституции заимствованные. Оригинальными позволительно считать те из них, что сложились в длительном саморазвитии народов, для которых конституционное право стало естественным плодом истории - как своей собственной, так и той истории, которую они прожили сообща с этнически родственными народами близкой культуры. Конституционная география позволяет думать, что обладатели оригинальных конституций - это страны европейского Запада и США, образованные с решающим или влиятельным участием немцев, англосаксов, скандинавов и других народов германского корня, тяготеющих к протестантскому индивидуализму. Конституции этих народов выросли в собственной их культуре, в непринуждённой, хотя и сложной эволюции.

Заимствованные конституции, которых, заметим, большинство, имеют иное происхождение. Появляются они там, где местная национальная среда сама по себе конституционализма не развивала, но страна восприняла его институты, наряду с другими культурными заимствованиями, от стран-носительниц конституционной традиции. Заимствования такого рода протекают в обстановке колониальной, военной, экономической, политической и других видов зависимости, более или менее значительной. В техническом смысле заимствование бывает сплошным, когда получатель воспринимает конституционное право преимущественно от одного "донора", что случается редко, либо компиляционным, когда конституционный материал поступает в национальную правовую среду из конституций разных иностранных государств, нередко "через третьи руки". Но в обсуждаемом вопросе важны не столько источники заимствования, сколько его последствия.

Последствия конституционного заимствования отличаются в зависимости от его способов и других обстоятельств. В одних случаях оно совершилось вследствие переноса чужой, обычно английской, культуры при массовом перемещении её носителей и сплошном вытеснении культуры местной. Так случилось, например, на территориях Канады или Австралии, где конституция, не имея, разумеется, никаких предпосылок к своему появлению, твердо укоренилась вследствие колонизации на "чистом" пространстве и подолгу оставалась в тесной зависимости от конституционного права метрополии, даже в единстве с ним. Другое дело, если конституция входит под колониальным, военным, экономическим, моральным давлением в чужую для себя культуру, обычно ослабленную тем, что страна переживает время упадка прежней государственности, хозяйственного расстройствa, этической дегградации, морального или даже физического бессилия людей и тому подобного, вплоть до военных поражений или побед, в которых народ иногда истощается не меньше. Такому конституционному заимствова-



нию обеспечено более или менее значительное сопротивление - то ли открытое и решительное, как в Иране 1979 года, то ли вязкое и неявное, когда конституционное право проходит переработку, иногда столь основательную, что остаётся лишь видимость конституции.

Конечно, это классификационная схема, которую нужно дополнять важными нюансами, начиная с династических влияний и заканчивая близостью культур-контактёров. Как ни странно, но заимствованию иной раз способствует присутствие опасных соседей. Так, Южная Корея взялась бы за конституционное право не столь старательно и, быть может, продолжала бы череду военных хунт, не имей она соседства с Северной Кореей, с Китаем и Советским Союзом и нужды в союзничестве со странами Запада, особенно США. Союз такого рода обязывает зависимую сторону быть не просто лояльной, но стать в положение "своего" в отношениях со "светочем конституционной демократии". Похожим образом влиятельная часть грузинского руководства самым старательным образом предъявляет всему миру и, особенно, США свою страну как площадку, на которой новый конституционализм победно торжествует.

Но, оставляя эти и другие подробности в стороне, можно всё же утверждать, что конституции, заимствованные под давлением, в состоянии зависимости ждёт непростая судьба. Проводимые реформы и принятие основного закона не предрешают конституционный успех. Он определяется главным образом тем, решится ли народ с устоявшейся культурой на коренные изменения всей совокупности своих навыков, представлений о добре и зле, этических, религиозных, экономических стандартов. Нельзя же, в самом деле, получать один лишь конституционализм, отклоняя другие части культуры, его окружающей, включая рынок, этически одобряемое стяжательство и поклонение личному успеху, конкуренцию как принцип жизни. Конечно, человек - существо гибкое, но не настолько, чтобы свободно отречься от своего образа жизни. Даже отдельно взятый эмигрант проходит адаптацию относительно трудно. Несравненно сложнее даются перемены людям, оставшимся в национальной среде, когда к личной инерции добавляется сопротивление сложившейся традиции.

Большая часть человечества, не исключая страны Восточной Европы, провела свою историю и продолжает жить не совсем в конституционном измерении или совсем даже не в нём. В мечтательности можно уверять себя в том, что конституционализм давно уже стал мировым достоянием, что это вполне современный, свободный от пут прошлого, всем открытый и универсальный тренд. Можно считать отжившей свой век, периферийной частью мироустройства исламскую и дальневосточную политико-правовые традиции, а то и породнить их с конституционализмом, опуская, правда, ту частность, что явились они на свет многими столетиями раньше, чем стали пробиваться первые ростки конституционного права. Можно не брать в расчёт социалистичес-

ких, африканских традиций или полагать, что конституция эластична и вместит в себя что угодно, не вынуждая народ отречься от своих основ ради конституционного обновления. В конце концов, и само понятие конституции можно лишить его собственного смысла, истолковать конституцию в её прямой этимологии, то есть видеть в ней "установление" и, поскольку все народы имеют свои установления, решить, что и конституция присуща каждому из них. Вообще, при нужном настроении выдать желаемое за действительное и упустить существенные подробности из вида несложно. И тогда освоение конституции перестанет пугать издержками и рисками. Тогда и отказ от опорных частей национальной этики не покажется неизбежным.

Но если относить конституцию к образу жизни, то ожидания придётся поменять. Ведь любой вид жизни обретает в ходе филогенеза собственный набор качеств, нерушимых связей и образований, обусловленных происхождением и обстоятельствами развития, особенно раннего, когда происходит впечатывание (импринтинг) первообразов. Каким бы открытым и доступным конституционализм ни казался, усвоить его как таковой можно лишь вместе с его архетипами, принципами и даже иллюзиями вроде той, которую "доказал" Томас Джефферсон в Декларации независимости США, выдавая за "самоочевидную истину" то положение, что "все люди рождены свободными и равными и наделены Создателем от рождения некими неотчуждаемыми правами...". И как бы спорно ни выглядели исходные конституционные начала, но самовольные вмешательства и отступления от них обещают утрату преимуществ, ради которых и совершается конституционное обновление. Конституция, если она укоренилась, не может быть средством, которым пользуются по мере того, как явится в нём нужда, и которое можно до времени отставить, когда есть что-то более подходящее. И преимуществом конституция может стать не только и не столько потому, что от неё ждут пользы, сколько оттого, что общество людей проживает конституцию как судьбу ради неё самой, следует ей, нуждается в ней безотчётно и чувствует в ней ценности высшего класса. Нельзя получить ни конституционного права, ни положительной от него пользы, если не покоряться конституции и не беречь её.

Например, нельзя оставлять в преимуществе перед конституционализмом социальную государственность. Опыт первого социального государства в Германии показал, что при известных обстоятельствах оно тяготеет к социализму открытому и развёрнутому, вроде национал-социализма, пересиливая и опровергая даже выдающиеся конституционные творения, как Веймарская конституция 1919 года. Завышение ожиданий, обращаемых к социальному государству, вообще выходит из границ конституционного быта, ибо конституция избавляет граждан от попечения публичной власти, а саму власть оставляет под игом закона и гражданской подозрительности.

Если за конституционализм братья всерьёз, то нужно вживаться в его

мировоззрение, осваивать его институты и процедуры, внутренне принимать, проживать и проговаривать его ценности и метафоры, символы и формы. Отступления, иной раз соблазнительные, непозволительны, потому что с ними и национальную культуру не сберечь, и ресурсами конституционного права не воспользоваться. А конституция, при всех издержках, всё же способна дать важные преимущества, не всем, правда, обещанные, но всё же доступные в тех обществах, что беззаветно следуют традиции конституционного права. Поэтому, несмотря на неизбежные риски и потери, попытку народа найти себя в конституции нельзя считать легкомыслием, особенно если он сам, его национальная этика, государственность, право приблизились к политическому и моральному изнеможению.

И тогда в освоении заимствованного конституционализма юстиция незаменима в силу ряда причин. **Во-первых**, суд, в отличие от конституции, универсален. Приучать народ к правосудию не нужно - в любом сложившемся обществе существует тяготение к справедливости, которое люди время от времени пытаются утолить в суде. **Во-вторых**, именно в суде право, в том числе конституционное, овеществляется самым убедительным образом, в отличие от законодательства, судьба которого, так или иначе, решается тем, как его положения будут истолкованы или исполнены, и будут ли. Если в странах оригинальной конституции не только суд, но и обыденная действительность уверенно подтверждает конституционные правила, то в странах, осваивающих конституционные заимствования, доказательств в пользу конституции не хватает. Великобритания, Скандинавия, Голландия, Швейцария без конституционной юстиции могут обойтись, поскольку ничто не прерывало, по крайней мере в недавнем прошлом, их конституционную эволюцию. Но даже на европейском Западе нужда в конституционной юстиции заметна, когда страна, например Германия, Италия, Греция, Испания, Франция, "осложнённая" непротестантским христианством, показывает признаки системного сопротивления конституционному праву и даже отрекается от него в порывах к левому или националистическому социализму. **В-третьих**, судьи формально, а иногда и по совести независимы. Они не связаны предвыборными обязательствами, присягают на верность конституции и закону и оттого свободнее от политических и административных обстоятельств, чем президенты, депутаты, чиновники и сами граждане. Судьи вернее всего возразят давлению среды, когда та побуждает отступить от конституционного права.

Но расчет на судей должны обеспечить нужные средства, приспособленные к национальному праву, в частности континентальному. Во-первых, в странах, вовлечённых в романо-германское право, развитая конституционная юстиция состоится едва ли, если не вручить её отправление особому суду (квазисуду), который ведает именно конституционным контролем законов. В широко распространённом, причём

не только по восточной части Европы, романо-германском праве со времён кодификации окончательно утвердилась вера в закон, выводимый, в отличие от англосаксов, из акта верховной государственной власти. Это обеспечило статутному праву и, особенно, парламентскому закону исключительные привилегии, вплоть до неприкосновенности от судебного вмешательства. Скажем, Франция создала громоздкую систему кассации, чтобы судебная практика не могла под видом толкования соперничать с законом. Даже административное нормотворчество (как и вся администрация) на десятилетия получило свободу от судебного надзора после Революции и даже раньше, в XVII веке, в реакции на Фронду. Лишь впоследствии его возобновили как административную квазиюстицию. Франция до последнего противилась судебному контролю законов, учреждая в 1946 году Конституционный комитет без решающих прав, а затем Конституционный Совет с контрольными правами, которые, однако, касались только законов, ещё не вступивших в силу (не прошедших промульгации). Французский пример - крайность, но она даёт знать, что в романо-германском праве нельзя твёрдо рассчитывать на регулярные суды в конституционном контроле законов. Если в Южной Корее, учредившей отдельный Конституционный Суд, конституционная юстиция ведёт себя оживлённо, то в Японии, которая оставила конституционный контроль в рамках общей юрисдикции, за 60 с лишним лет не наберётся и десятка решений Верховного Суда с оценкой конституционности законов. В странах, причастных к романо-германскому праву, суды склонны, прежде всего, выяснять содержание закона, дать ему правильное применение, но не вступать в открытое обсуждение его достоинств, включая конституционность. Юридическая и гражданская общественность тоже не ждут от регулярного правосудия такой услуги.

Романо-германское право не позволяет свободно следовать примеру англосаксов, ибо в их юридическом вероисповедании закон предстаёт не столько актом властной воли, сколько силой, над волей господствующей: "Правит закон, а не человек". Смысл права открывается не столько в законотворческом решении, сколько в решении суда, и потому среди англосаксов логично доверить конституционный контроль обычным судам - они столетиями находят и провозглашают право при разрешении дел; им и судить о конституционном праве и о том, отвечает ли его положениям статут. Столь же нелогично поручать конституционный контроль судам, воспитанным в романо-германском праве. В странах, охваченных этой традицией, регулярные суды в конституционном контроле участвовать могут, но при условии, если их не вынуждают исполнять этически спорную обязанность "судить закон". Когда суд не опровергает конституционность законодательного акта, а лишь излагает свои сомнения в запросе, трудность разрешается, ибо бремя решения судьбы закона ложится не на суд, обязанный применить закон при отправлении регулярного правосудия, но на особое су-

дебное учреждение. Оно же, со своей стороны, созданное именно для конституционного правосудия имеет хорошие шансы преодолеть свойственную романо-германскому праву сдержанность судейства в использовании прав, позволяющих решать судьбу закона.

Другое неперемное условие деятельной конституционной юстиции, относимое, кстати, не только к романо-германскому праву, - это присутствие в национальной системе основного закона, который включает в себя либо берёт под своё покровительство развёрнутый билль о правах. Это вовлекает в конституционную юстицию и в конституционный правопорядок неограниченное число участников с прямым или косвенным интересом к защите свобод, занесённых в конституционный каталог и поставленных выше законодательства. Если страна романо-германского права решит в английской манере обойтись негативным признанием гражданских свобод или, подобно США, изложит их слишком скупо с видами на последующую судебную интерпретацию, её конституционная юстиция едва ли разовьётся. Ей просто не хватит судебной работы, и в итоге она лишит себя опоры на личный интерес граждан. Великобритания, кстати, никогда не знавшая конституционной юстиции, уже развивает её подобие именно потому, что ввела в своё право европейский каталог гражданских свобод с обязательством следовать ему в своих парламентских актах.

Полагаться на конституционную юстицию позволительно при условии, если сама конституция существует не только в ритуалах, время от времени исполняемых властями, но в народной жизни, где человек сохраняет деятельный интерес к тому, как его права и свободы сограждан воплотятся в актах правосудия. Не случайно терпит затруднения российская региональная уставная юстиция. Ей на разрешение лишь иногда поступают конфликты местных властей, запросы об истолковании и немногие дела по жалобам, число и значение которых явно ограничено, ибо конституционные свободы закреплены, прежде всего, федеральной Конституцией, а защиту им дают, преимущественно, экономическое, общее правосудие и Конституционный Суд России. Его деятельность выглядит убедительно, ибо обеспечена жалобами и судебными запросами по поводу конституционных прав и свобод.

И ещё одно, процессуальное, условие нужно назвать. Конституционная жалоба граждан о нарушении прав и свобод и судебный запрос - не просто полезны, но необходимы в жизнеспособной конституционной юстиции, действующей в странах-адептах романо-германского права. Именно постоянным их рассмотрением, а не абстрактным истолкованием законов и не разногласиями властей, иногда переходящими в судебный спор, можно вовлечь народ и национальное правосудие в конституционное право и в конституционную юстицию.

## SUMMARY

Constitutionalism cannot be created only just by establishing the main law of the state. The facts of its historical life indicate that the constitution appeared in the world before the main law.

The Constitution is a community of legal provisions, it is drawn main and determined by the national political-legal way of life, when the latest follows the principles of popular sovereignty, inalienability of civil freedoms, the rule of law and when it makes the public authority obey its own will.

The origin of constitutions predetermines many issues concerning the establishment of constitutional right and constitutional justice. On this aspect, the constitutions are conditionally differentiated to original constitutions and borrowed constitutions.

Original constitutions are considered to be those which have developed in a long period of time in countries, for whom the constitutional right became a natural product of history.

Most of the constitutions are borrowed constitutions and they have other origin. They appear in places where the local national environment itself did not develop the constitutionalism, but the country perceived its institutions side by side with other cultural borrowings from the countries having constitutional traditions. In the technical sense, borrowing is solid when the recipient accepts the constitutional right mainly from one "donor", which is rare, or the borrowing is compiling, when the constitutional material enters into the national legal environment from the constitutions of various foreign countries and not rarely "from third hand."

The constitutions, which are borrowed under pressure, have a difficult destiny. The reforms and the adoption of the main law do not predetermine constitutional success.

If the constitution is rooted, it cannot be the means to use when needed and it cannot be left for a time when there is something more suitable. The constitution can become an advantage for people, if the society needs it, feels its importance and does not expected any benefit from it. If the society does not obey the constitution and protect it, the constitution is not able to provide constitutional right and any positive benefit.

Justice is irreplaceable: first, the court, as opposed to the constitution, is universal. Secondly, the right, including the constitutional right, is implemented in the most convincing manner, as opposed to the legislation.

The constitutional complaint is a means to protect and guarantee human rights and freedoms by the help of the bodies of constitutional justice. The essence of the institute of constitutional complaint is the recognition for legal and individual persons to apply to the bodies of constitutional justice in a written form concerning the issues regarding the constitutionality of laws and other legal acts, which restrict their constitutional rights and freedoms. The main feature of the institute of constitutional complaint is its importance as one of the key elements of the legal mechanism of protection of human rights and freedoms.





# ЗНАЧЕНИЕ РЕШЕНИЙ ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ДЛЯ ПРАВОВОГО ПОРЯДКА ГЕРМАНИИ

ОТТО ЛЮХТЕРГАНДТ

*Профессор, доктор юридических наук,  
университет Гамбурга (Германия)*

## **I. Введение: Общее значение конституционного суда в демократическом правовом государстве**

Значение конституционного суда для правопорядка определённой страны не только в Германии, но и везде, где существует конституционное правосудие зависит от трёх факторов:

*во-первых*, от качества, то есть, от сугубо конституционной, материальной сущности или субстанции соответствующего основного закона;

*во-вторых*, от объёма компетенций конституционного суда и от количества субъектов и многообразия процедур обращения к суду;

*в-третьих*, о чём часто забывают, от уровня развития не только правовой культуры данного народа, но и от качества его политической культуры.

В отличие от первых двух факторов, т. е. конституции как документа, а также закона о конституционном суде, правовая и политическая культуры являются очень комплексными, сложными, а потому в высокой степени неопределёнными феноменами. Но тем не менее этим фактом их значение, конечно, не умаляется.

Развитие ФРГ - Западной Германии - с 1949 г. при действии Основного Закона отчётливо и явственно показывало и доказывало немцам - не только моего поколения - какую большую, неопределимую роль играли наши давние отечественные традиции правового государства, а также опыт демократических принципов и структур, начиная с 19-ого века, при построении Федеративной Республики после второй мировой войны и краха нацизма, т. е. конституционного государства и конституционного правосудия, которые становились прочным фундаментом сегодняшней правовой и политической культуры в объединённой Германии.

В рамках предоставленного мне времени мое выступление не может быть более, чем наброском. Поэтому я сосредоточу свое внимание на первых двух факторах, т. е. на позитивно-правовых аспектах.



Государственный строй и конституционный порядок нашей страны определяются нашим Основным Законом как "республиканское, демократическое и социальное правовое государство" (ст. 28, ч. 1), а на ином месте как "демократическое и социальное федеративное государство" (ст. 20, ч. 1). Но если мы - не только как государствоведы - обозначаем его материально-правовую сущность, то в соответствии с нашей государственно-правовой доктриной и конституционным правосудием мы говорим только и просто о демократическом, правовом государстве и/или о "конституционном государстве". Оба понятия подчеркивают и должны подчеркивать особенное качество нашего государственного строя: качество заключается в материальном понимании правового государства. Это означает, что наше образованное на основе демократических начал государство и демократически легитимизированная государственная власть являются связанными высшими, фундаментальными ценностями - человеческим достоинством и правами человека. Эти ценности в то же время ограничивают всю деятельность трёх ветвей власти, включая законодательную власть.

Получается, что право в форме и в виде Конституции стоит выше власти, над властью. Если мы говорим, что Конституция занимает высшее место в иерархии источников права, то означает ли это, что она на пике правовой пирамиды?

В контексте нашей Конституции и на её основе это означает, что она пользуется высшей степенью демократической легитимации из-за её всенародного принятия (т. е. по мере учредительной власти народа - *rouvoir constituant*). Высший ранг Конституции обеспечивается повышенной сложностью её изменения: изменения и дополнения требуют квалифицированных большинств в обоих органах законодательства: 2/3 от общего числа членов Бундестага и 2/3 от всех голосов Бундесрата.

Как известно, самые фундаментальные положения Конституции не подлежат изменению вообще (ст. 79, ч. 3). Это, одним словом, принципы, определяющие и образующие структуру государственного строя (демократия; правовое государство; федерализм и т.д.), а среди них на первом месте базовые ценности, начиная с человеческого достоинства.

А самый важный, эффективный и действенный правовой механизм обеспечения и гарантии соблюдения и сохранения ранга и действенности Конституции - это Федеральный Конституционный Суд, которому в эти дни исполнилось 60 лет. Будучи на страже уважения и соблюдения Основного Закона, Суд в то же время обеспечивает непосредственное действие Конституции в отношении ко всем государственным органам, программируя, а также ограничивая их деятельность, таким образом добиваясь её соответствия именно Конституции.

Из-за широких компетенций Федерального Конституционного Суда Германии это касается также и решений всех судов общей и специализированной юрисдикций, а также решений законодательных органов и законов парламента.

Конституционное правосудие из-за своей власти влияет не только на все государственные структуры, но и на правовую науку, в особенности на специалистов по публичному праву, а также на все общество, общественное мнение, на процесс его образования, на средства массовой информации, на политические партии, общественные объединения. Одним словом конституционное правосудие у нас уже 60 лет пронизывает все капилляры государственно-общественного тела, а потому трудно, скорее невозможно представить себе, как правовая и политическая культуры выглядели бы без этого конституционно-правового института.

Действительность конституционного правосудия в Германии осуществляется преимущественно инструментом нормативного контроля, проявляющегося в трёх формах или видах: 1) абстрактный нормативный контроль через ходатайства конституционных органов ( до 2010 - 154); 2) конкретный нормативный контроль через суды (до 2010: 1.031 - Сенаты; 201 - палаты); 3) прямая и/или косвенная проверка конституционности законов через конституционные жалобы индивидуумов и негосударственных юридических лиц (коммерческие общества, общественные объединения и пр. - до 2010: 4.004 - Сенаты, т. е. между 10 и 30 за год; 151.080 - комитеты/палаты: между 4.500 и 5.800 за год).

Прежде всего вследствие огромного количества индивидуальных жалоб практически каждый важный и оспариваемый в общественности закон рано или поздно обжалуется в Федеральном Конституционном Суде и его конституционность решается им. Привожу некоторые примеры: закон о запрете курения в ресторанах; закон об оформляемом партнерстве гомосексуалистов; конституционность религиозных символов в школьных помещениях (распятие; чадра учительницы-мусульманки); разрешение законом сбить самолёт, захваченный террористами, планирующими использовать его для теракта; закон о превентивном заключении преступников, совершивших половые преступления; закон о праве иностранцев избирать и быть избранными в муниципальные органы. Конечно, Конституционный Суд выносил постановления также по очень важным вопросам в сфере государственной организации, т. е. о конституционности роспуска Бундестага федеральным президентом; о конституционности Лиссабонского договора о квазиконституционной структуре Европейского союза и т. д.

## II. Авторитет Конституционного Суда - важнейшая гарантия исполнения его решений

Способность конституции определяющим образом влиять на жизнь государства и общества зависит от того, насколько конституционные органы, государственные учреждения и, наконец, сами граждане в общем и целом идентифицируют себя с конституцией, с реализованным на ее основании строем, насколько они следуют ее предписаниям и насколько они готовы действовать хотя бы по букве, если даже не по духу конституции.

Секрет успеха Федерального Конституционного Суда Германии заключается скорее не в том, что Суд обладает сильными полномочиями и соответственно большой властью, а в том, что его решения по реализации Конституции признавались и исполнялись обществом, государственными органами и гражданами. А по мере того, как это до сих пор удавалось реализовывать - и это более или менее без жалоб, конфликтов и трений - вырос как бы сам по себе авторитет Суда. А это, в свою очередь, способствовало и способствует признанию его решений государственными органами и обществом. В результате можно констатировать, что благодаря решениям Федерального Конституционного Суда положения Конституции получили ярко выраженное нормативное значение, которое ощущается во всех, даже самых специализированных сферах права, не только публичного, но и гражданского и уголовного прав, во всей государственно-общественной жизни Германии.

Сегодня одна из самых частых жалоб, которую можно услышать в бывших коммунистических государствах в связи с трансформацией правовой системы - это жалоба на то, что решения суда, которые достигаются в результате более или менее значительных усилий, часто не могут быть исполнены и таким образом, в конечном итоге, оказываются бездейственными и потому бесполезными.

Подобные жалобы особенно часто раздаются в странах Содружества Независимых Государств (СНГ). Данная ситуация не только неудовлетворительна, она крайне опасна для правовой системы и правовой культуры страны, так как она в долгосрочной перспективе разрушает доверие граждан к дееспособности системы юстиции или вообще не дает возникнуть этому так необходимому чувству доверия. Третья ветвь власти, которая в демократическом правовом государстве должна быть представлена судами, не может утвердиться в таких условиях. В том числе и в некоторых странах Центральной и Юго-Восточной Европы, собирающихся присоединиться к Европейскому союзу, такая ситуация нередко имеет место. В то же время отмечаются и серьезные признаки того, что эти недостатки небезуспешно устраняются<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Ср. здесь отчет по программе PHARE, который был подготовлен по поручению Комиссии ЕС: Reinforcement of the Rule of Law. Final Report on the First Part of the Project (august 2002), PHARE Horizontal Programme on Justice and Home Affairs, European Commission 2002, S. 13 ff.

В принципе, проблема реализуемости и реализации судебных решений существует во всех государствах, в том числе и в Германии. И у нас есть определенные проблемы в этой сфере, в частности потому, что нередко проходит несоразмерно много времени, прежде чем кому-нибудь удастся добиться судебного решения, подлежащего исполнению<sup>2</sup>. Реализуемость материального субъективного права, как известно, требует в том числе и по мере возможности срочного решения!

Реализуемость решений Конституционного Суда, в принципе, привносит дополнительные проблемы особого характера, которые вытекают из своеобразия конституционного правосудия, являющегося правосудием, действующим преимущественно в сфере политики. Ведь Конституционный Суд призван разрешать конфликтные ситуации и между конституционными органами, и между государством и негосударственными субъектами права (индивидуумами, являющимися субъектами основных прав; частными организациями; политическими партиями и объединениями; субъектами местного самоуправления). Эти конфликты, как правило, затрагивают существенные интересы заинтересованных сторон. Поэтому нередко конституционный либо государственный орган, проигравший процесс, может рассматривать решение Конституционного Суда как нарушение своих законных интересов и склоняться к тому, чтобы проигнорировать решение, оттянуть по времени, обойти или осложнить его исполнение. Такая опасность, естественно, особенно велика в государствах или обществах, в которых авторитет судов слаб или недостаточно развит. Кроме того, именно Конституционный Суд сталкивается в этой связи еще с одной проблемой теперь уже структурного характера: она заключается в том, что конституционные органы, будучи высшими органами государства, не находятся в отношениях подчиненности друг другу. Скорее, они находятся на одном иерархическом уровне и поэтому нацелены на многостороннее сотрудничество и честное взаимодействие друг с другом - на благо всего государства. Конституционный орган не может заставить другой конституционный орган исполнять обязанности посредством приказов или физического давления.

Дееспособность демократической конституции, дееспособность демократического конституционного государства вообще зависит от того, насколько верно и строго все конституционные органы соблюдают границы своих конституционных полномочий, реализация которых должна происходить не без учета интересов других конституционных органов, т.е. конституционные органы должны бережно обращаться друг с другом, уважая достоинство и авторитет друг друга.

<sup>2</sup> Поэтому Германия уже несколько раз проигрывала процессы по жалобам в Европейском суде по правам человека (в Страсбурге) из-за нарушения ст. 6 абз. 1 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4.1.1950 ("Каждый имеет право на справедливое публичное рассмотрение своего дела **в соразмерные сроки** (!) ..."). Ср. в этой связи Frowein, Jochen Abraham/ Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Straßburg/Arlington 1996 (Art. 6 Rdn. 136 ff.

Такой подход особенно необходим по отношению к конституционному суду, поскольку и потому, что он исполняет роль нейтрального третейского судьи и мирового посредника при возникновении споров о компетенции, споров между органами и конфликтов по поводу толкования конституции и законов. Существование конституционного суда попросту зависит от того, уважают, признают, подчиняются и исполняют ли его решения другие конституционные и государственные органы и, не в последнюю очередь, сами граждане.

Такая взаимозависимость является настолько основополагающей и потому настолько естественной для конституционного государства, что Основной Закон Германии даже не содержит специальных положений по этому поводу.

Однако обязанность конституционных органов добросовестно и честно общаться друг с другом представляет собой правовой институт под названием "**верность конституционных органов Конституции**"<sup>3</sup> (**Verfassungsorgantreue**). Федеральный Конституционный Суд выяснил данный институт в 1953 г., т.е. вскоре после создания, и с тех пор использует его в своей практике, описав его следующим образом<sup>4</sup>:

*"Координация деятельности конституционных органов требует ...как коррелят их независимости, чтобы конституционные органы при осуществлении своей конституционной деятельности гармонично взаимодействовали друг с другом и отказывались от любых действий, которые наносят ущерб репутации других конституционных органов и тем самым могли бы подвергнуть опасности саму Конституцию. Исходя из вышесказанного, конституционный орган нарушает свои конституционно-правовые обязательства, если он, основываясь на своем собственном auctoritas, публично словом и делом унижает другой конституционный орган и не отнесется к нему с должным уважением, на которое претендует каждый конституционный орган".*

### III. Виды обязывающей действенности решений Федерального Конституционного Суда

Федеральный Конституционный Суд является судом, в то же время он является и конституционным органом<sup>5</sup>. В последнем качестве он функционирует особым образом на политическом поле, т. е. он представляет собой ветвь правосудия, на юрисдикцию которой в особой степени и с особой интенсивностью, как ни в какой другой специализирован-

<sup>3</sup> Ср. по этому поводу публикацию Voßkuhle, Andreas: Der Grundsatz der Verfassungsorgantreue und die Kritik am Bundesverfassungsgericht, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1997, S. 2216-2219.

<sup>4</sup> Ср. Ежегодник публичного права современности: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge, Bd. 6 (1957), S. 206.

<sup>5</sup> См. Schlaich, Klaus/ Koriath, Stefan: Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 5. Aufl., München 2001, S. 20 ff.

ной отрасли правосудия, накладывают отпечаток политика и политические интересы. Это сказывается на всех сферах деятельности суда, особенно на эффектах, вызываемых его решениями. Эти эффекты, с одной стороны, практически такие же, как и эффекты от принятия решений судами общей и судами специализированных юрисдикций. А с другой стороны, у решений конституционного суда есть и специальные эффекты, свойственные только ему. Что касается общих эффектов, то речь идет о следующих:

- 1) связанность суда текстом оглашенного им решения;
- 2) формальная правовая сила решения;
- 3) материальная правовая сила решения;
- 4) действительность установления факта, имеющего юридическое значение.

Все эти эффекты **в качестве таковых** не были специально урегулированы в Законе о Федеральном Конституционном Суде (ЗоФКС), хотя закон содержит отдельные специальные положения по этим вопросам. Но в Законе есть предписания о специальных видах обязывающей действительности решений Конституционного Суда. Они содержатся в ч. 1 § 31 и ч. 2 § 31. В качестве еще одного специального положения процессуального характера можно и нужно рассматривать норму об исполнении решений Конституционного Суда в § 35 Закона о Федеральном Конституционном Суде. Ниже я отдельно рассмотрю это положение.

В том числе и полномочие Федерального Конституционного Суда в соответствии с § 32 ЗоФКС на основании поданного заявления регулировать разрешение спорных вопросов посредством принятия определенных предварительных решений или мер на время процесса (процедуры), т.е. временно, чтобы таким образом предотвратить возможное нежелательное развитие ситуации, в широком смысле относится к проблеме обеспечения реализации решений суда. Рассмотреть этот аспект более подробно в рамках настоящего доклада в связи с объемом не представляется возможным.

### *1. Виды неспецифически обязывающей действительности решений Конституционного Суда*

Сначала я хотел бы сделать пару замечаний к уже перечисленным общим эффектам, которые характерны как для решений Федерального Конституционного Суда, так и для решений обычных ("Ordentliche Gerichte") и специализированных судов ("Fachgerichte").

#### *к 1) Связанность суда текстом оглашенного им решения*

Связанность суда оглашенным им решением означает, что суд уже не может изменить решение по собственной инициативе. В этом смысле он потерял власть над делом. Эта связанность не исключает внесение исправлений во внешнее оформление, т.е. исправление опечаток,



подсчетов, очевидных неточностей (ср. в этой связи §§ 319 - 321 Гражданско-процессуального кодекса; §§ 118 - 120 Закона об административных судах). Наоборот!

*к 2) Формальная правовая сила решения*

Решения Федерального Конституционного Суда тоже формально вступают в силу, так как они, как правило, (ср. исключение в абз. 3 § 32 ЗоФКС) не могут быть обжалованы ни в другой сенат либо пленум суда. Формально вступившие в силу решения не могут быть отозваны судом.

*к 3) Материальная правовая сила судебного решения*

Федеральный Конституционный Суд придерживается точки зрения, что его решения имеют также материальную правовую силу. В принципе, это означает следующее:

- 1) Участники судебного процесса связаны решением суда.
- 2) Установленные в решении моменты фактического и правового характера носят обязательный характер для участников процесса. Это означает, что проигравшей процесс стороне в принципе запрещено вновь издавать, повторять либо сохранять в действии акт, объявленный антиконституционным (ср. случаи применения в ЗоФКС: § 46, ч. 3, предл. 1; § 95, ч. 1, предл. 2). Этот так называемый запрет повтора, конечно, представляется спорным. Его стоит коснуться ниже.

Материальная правовая сила решения Конституционного Суда релативируется фактором **времени**. Решение является обязательным только в меру фактической и правовой ситуации, существующей в момент издания решения. Если фактическая и правовая ситуации меняются, т.е. если появляются новые обстоятельства, то материальное вступление решения в силу уже не является препятствием для подачи новых заявлений и соответственно новых решений. ЗоФКС допускает несколько таких случаев (ср. § 41 - процедура лишения прав и § 46 - процедура запрета партий).

Эффект материального вступления в силу в принципе касается резолютивной части решения. И только при наличии предпосылок, указанных в ч. 1 § 31 ЗоФКС, он распространяется и на так называемые причины, послужившие основанием для принятия решения.

*к 4) Действительность установления факта, имеющего юридическое значение*

Решения Федерального Конституционного Суда, как и решения всех судов, обладают, наконец, действием установления факта, имеющего юридическое значение. Об этом эффекте речь идет в том случае, когда судебное решение оказывает влияние на содержание правовой нормы. Это имеет место особенно в том случае, когда суд объявляет правовую норму антиконституционной или дает определенное толкование правовой норме, которое отличается от существовавшего ранее. Это



может иметь последствия и для тех нормативных актов, которые были приняты на основании антиконституционных правовых предписаний. Этот важный аспект урегулирован непосредственно в § 79 ЗоФКС, в частности, в отношении случаев уголовного приговора на основании неконституционной нормы. В данном случае проблема решается за счет возобновления процесса согласно Уголовно-процессуальному кодексу (§ 79, ч. 1).

## *2. Виды специфической обязывающей действенности решений Федерального Конституционного Суда согласно § 31 ЗоФКС*

§ 31 состоит из двух частей, которые устанавливают различный масштаб и различные виды обязывающей действенности решений. Часть 1 гласит: "Решения Федерального Конституционного Суда являются обязательными для конституционных органов федерации и земель, а также для всех судов и учреждений".

Часть 2 носит более специализированный характер. Она придает определенным решениям Федерального Конституционного Суда "силу закона", а именно тем решениям, в которых Федеральный Конституционный Суд признает закон соответствующим или несоответствующим Конституции либо недействительным. Резолютивную часть решения министр юстиции публикует в Федеральном законодательном вестнике.

### *А. Основная обязывающая действенность решений (ч. 1 § 31 ЗоФКС)*

Юридическое содержание основной обязывающей действенности, закрепленной в ЗоФКС, выходит за рамки обычного понимания правовой силы.

**Во-первых**, это обусловлено кругом **субъектов**, на которых решения накладывают обязательства. Это не только участники процесса, а также все прочие федеральные и земельные государственные органы - законодательные, исполнительные и судебные. Все они в дальнейшем, т. е. после принятия судебного решения обязаны при исполнении своих государственных функций руководствоваться предписаниями Конституции в том толковании, которое обосновал или представил в своем решении Федеральный Конституционный Суд. Таким образом, обеспечивается единство толкования и применения Конституции всеми государственными органами - парламентами, учреждениями и судами.

**Во-вторых**, основная обязывающая действенность означает для **конституционных органов, участвующих в процессе в Федеральном Конституционном Суде**, что они должны квалифицированно исполнить решение и следовать ему. Что это означает конкретно, т. е. что конкретно должен делать конституционный орган, проигравший процесс, чтобы соответствовать содержанию решения? Это зависит от особенностей решения и, конечно, от его конкретного предмета. Если суд, нап-

пример, признает какое-либо положение закона неконституционным (не отменяя его), т. е. принимает решение о признании неконституционности, то соответствующий законодатель должен предпринять все необходимое, чтобы устранить данную норму, будь то посредством ее изменения или отмены. То же самое имеет место, если, например, в процессе по спору о компетенциях органов Федеральный Конституционный Суд признает неконституционным действие, предпринятое конституционным органом, например роспуск парламента, увольнение министра, выбор парламентского деятеля, отмену иммунитета депутата и т.д. В таких случаях государственный орган, издавший соответствующий акт или совершивший соответствующее действие, должен приложить усилия в целях отмены акта или совершения действия в соответствии с Конституцией.

Если решение Федерального Конституционного Суда имеет **конститутивный** характер, если оно, напр., отменяет закон, объявляя его недействительным, то конституционные органы-участники процесса, а также другие государственные органы обязаны сделать все, чтобы предотвратить дальнейшее применение теперь уже недействительного закона.

Так как Федеральный Конституционный Суд обладает компетенцией только на принятие решений о соответствии государственного поведения Конституции, обязывающая действенность его решений, **в-третьих**, ограничена толкованием Конституции, т.е. обязывающая действенность в принципе не распространяется на толкование **норм текущего законодательства**. Это относится к компетенции общих и специализированных судов.

Если отталкиваться от мнения Федерального Конституционного Суда, нашедшего подтверждение в его постоянной практике, то основная обязывающая действенность ограничивается не только резолютивной частью решения, но и распространяется, **в-четвертых**, на **причины и аргументы, послужившие основанием** для принятия решения. Эта очень сложная проблема, потому что иногда неясно, что собственно является причиной, послужившей основанием для данного решения. Конечно, к ним не относятся "между прочим" сделанные замечания и как бы невзначай выраженные судом правовые воззрения - так называемые **obiter dicta**, к высказыванию которых по ходу рассмотрения дела суд побуждают какие-либо обстоятельства. В качестве "послуживших основанием" могут выступать такие причины, при отсутствии которых цепочка аргументации суда оказалась бы неполной, а решение представлялось бы "подвешенным в воздухе". Что же происходит, если суд опирается в своем решении, как это часто случается, на несколько конституционно-правовых аргументов, каждый из которых пригоден для обоснования решения или является обоснованием?

На практике определенной точкой опоры здесь могут служить так называемые **тезисы ("Leitsätze")**, которыми суд предвосхищает свои решения.

Особенно интересной, но одновременно и трудной проблемой представляется вопрос о том, содержит ли основная обязывающая действенность запрет для участников процесса на издание отмененной Федеральным Конституционным Судом неконституционной нормы повторно, будь то в идентичной форме или аналогичной по смыслу. В 1951г.<sup>6</sup> Федеральный Конституционный Суд установил **запрет на повторное принятие норм** и постоянно придерживался этого решения в течение нескольких десятилетий. В 1985 г. 2-ой сенат подтвердил действенность запрета. Но в 1987 г. 1-ый сенат решил, исходя из ч. 3 ст. 20 Основного Закона, что такой запрет не может быть основан на положениях § 31, обосновав это тем, что законодатель связан только конституционным порядком, но не обычными законами, к каковым относится в том числе и § 31 ЗоФКС. Этот спор пока еще не привел к серьезным практическим последствиям. Согласно § 16 ЗоФКС для разрешения этого спора необходимо созывать пленум Федерального Конституционного Суда.

*Б. Решения Федерального Конституционного Суда, обладающие "силой закона" (ч. 2 § 31 ЗоФКС)*

Решения Федерального Конституционного Суда о соответствии или несоответствии закона Конституции, а также решение о недействительности закона, согласно ч. 2 § 31 ЗоФКС, обладают "силой закона". Эта норма приводит к возникновению многих проблем в процессе толкования. Но в то же время ясна основная идея, которая лежит в основе этой нормы: если суд осуществляет критическую проверку нормы в ранге закона и принимает соответствующее решение, то оно, в принципе, должно обладать той же силой действия, что и закон. Поэтому сила закона означает, что решения носят обязательный характер не только для государственных органов, как предписывает ч. 1 § 31 ЗоФКС, но и, как любой закон, для всех негосударственных субъектов. Решение Федерального Конституционного Суда в соответствии с этой нормой объявляется обязательным для всех, т. е. оно действует erga omnes. Это самый сильный вид обязывающей действенности. В этом состоит смысл "силы закона". Но данное понятие не означает, что решения Федерального Конституционного Суда приобретают **формальное** качество или ранг закона. На практике ч. 2 § 31 ЗоФКС до сих пор не имела большого значения.

<sup>6</sup> BVerfGE 1, 14/36 f. - Südweststaatsurteil; E 69, 112/115 f.; подробно: Koriath, Stefan: Die Bindungswirkung normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber, в: Der Staat, Band 30 (1991), S. 549-571.

#### IV. Исполнимость и исполнение решений Федерального Конституционного Суда

Из описания обязывающего эффекта решений следует, что обязанность по исполнению решений Федерального Конституционного Суда вытекает непосредственно из § 31 ЗоФКС. Чтобы предотвратить возможное недоразумение, следует отметить, что исполнение в данном случае означает добровольное выполнение и осуществление участниками судебного процесса предписаний, вытекающих непосредственно или конклюдентно из содержания решения. От "исполнения" (в смысле выполнения) решения следует отличать "приведение в исполнение", его исполнимость.

Реализация решений Федерального Конституционного Суда урегулирована в § 35 ЗоФКС. Этот параграф поразительно краток и звучит достаточно сжато:

*"Федеральный Конституционный Суд в своем решении может определить, кто приводит его в исполнение; он может также в конкретном случае урегулировать вид и способ исполнения"*.

Прежде всего в формулировке бросается в глаза, что законодатель урегулировал содержание решений Федерального Конституционного Суда по каждому виду производства, будь то: нормативный контроль, производство по конституционной жалобе, спор между конституционными органами, запрет партии и т.д. - в специальном предписании, а реализацию решений - без дифференциации посредством общей оговорки в § 35 ЗоФКС. Это, конечно, приводит к определенным проблемам, так как для реализации решений Конституционного Суда, как уже отмечалось выше, из-за их значительной взаимосвязи с политической сферой и соприкосновения с различными достаточно чувствительными сферами интересов, в принципе, не помешала бы выработка законодателем более точной, дифференцированной и детальной формулировки. Однако в пользу данной формулировки полномочий на приведение решений в исполнение в виде общей оговорки говорят практические рассуждения, т.е. приведение в исполнение и реализация принятых Конституционным Судом решений могут осуществляться различными, многообразными путями и во многом зависят от обстоятельств, учесть которые для каждого конкретного случая законодатель не в состоянии. Он мог бы этого добиться, только прибегнув к казуистике, которая, судя по имеющемуся опыту, все равно бы оставила пробелы и тем самым стала бы поводом для возникновения новых проблем, которых как раз и удастся избежать за счет общей оговорки.

В своей практике Федеральный Конституционный Суд с самого начала толковал и применял общую оговорку § 35 ЗоФКС как всеобъемлющее, далеко идущее полномочие. В частности, **понятие приведения в исполнение** он понимает не в том узком специфичном смысле судебных ре-

шений, которые имеют место в рамках Гражданско-процессуального кодекса (ср. § 704 ГПК Германии) или Административно-процессуального права (ср. §§ 167 АПК и последующего Закона об административных судах), а гораздо шире и объемней. Суд сформулировал это так<sup>7</sup>:

*"Затем суд выносит все распоряжения, которые необходимы для реализации решений по существу, вынесенных по результатам рассмотрения дел. Вид, масштаб и содержание распоряжений о приведении решений в исполнение, с одной стороны, зависит от содержания самого решения по существу, которое должно быть приведено в исполнение, с другой - от конкретных отношений, которые должны быть приведены в соответствие с решением, особенно от поведения лиц, организаций, ведомств, конституционных органов, на которые и/или против которых направлено решение. Приведение решения в исполнение является в данном случае "воплощением всех мер, направленных на создание фактических обстоятельств, необходимых для осуществления правового решения, найденного Федеральным Конституционным Судом" (цит. из: Adolf Arndt, Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl 1952, S. 3)."*

Как свидетельствует практическое применение этих норм и принципов, Федеральный Конституционный Суд как раз и понимает § 35 как полномочие посредством разработанных самим судом предварительных предписаний и норм временного характера предотвращать возникновение правового вакуума, возникающего в результате отмены неконституционных норм и представляющего опасность для правовой системы, особенно для ее стабильности.

Проиллюстрирую это несколькими примерами из практики суда:

1. Федеральный закон предусматривает проведение референдума. 9 сентября суд предварительным распоряжением отменяет исполнение закона. 23 октября суд принимает решение по существу дела. При этом он уполномочивает Федерального министра внутренних дел назначить новый срок голосования не позднее 16 декабря (BVerfGE 1, 14).
2. Суд запрещает Социалистическую Рейхспартию. Так как в законе ничего не сказано о судьбе парламентских мандатов этой партии, суд издает норму о прекращении мандатов без какого-либо возмещения (BVerfGE 2, 1).
3. В одном из споров между федерацией и землями суд предварительным распоряжением (§ 32 ЗоФКС: "**Einstweilige Anordnung**") приостанавливает проведение опроса населения по поводу ядерного оружия в муниципалитетах земли Гессен и обязывает министра внутренних дел данной земли предпринять меры, необходимые для исполнения данного распоряжения (BVerfGE 8, 42).

<sup>7</sup> Ср. Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Band (том) 68, S. 132/140.

4. В процессе рассмотрения конституционной жалобы суд запрещает ответственному земельному учреждению исполнение решения по высылке из страны и разрешает иностранному заявителю вернуться в Германию (BVerfGE 35, 382).

5. В различных процессах по рассмотрению жалоб против нововведений в УК, касающихся аборт, суд объявляет о (частичном) несоответствии данных норм положениям конституции и вводит в действие разработанную судом переходную, временную, но полноценную регуляцию вопроса до разработки законодателем новых положений, соответствующих Конституции (BVerfGE 39, 1; 88, 203).

6. Суд объявляет так называемый "Kohlerpfennig" (пфенниг на уголь), т.е. сбор, который взимается для поддержки предприятий по добыче отечественного каменного угля, - недопустимая с точки зрения конституционного права дополнительная нагрузка на граждан и, тем самым является не соответствующим Конституции, но распоряжается о временном продолжении действия закона, объявленного неконституционным, по той причине, что его резкая отмена привела бы к тяжелым экономическим потерям (BVerfGE 91, 186/207).

7. Суд объявляет норму о праве на участие в управлении в сфере государственной службы (право представительного органа наемных работников) не соответствующей Конституции и издает вместо нее ограниченные переходные положения, которые задают тон новым нормам, которые должен принять законодатель в соответствии с конституцией (BVerfGE 93, 37/85).

8. Суд признает норму о полномочиях адвокатов на представительство в судах новых федеральных земель (бывшей ГДР) не соответствующей Конституции и издает переходную норму, действующую до предварительной юридической унификации этой проблемы по всей Германии (BVerfGE 93, 362/372).

9. Суд признает норму Закона об исполнении уголовных наказаний, согласно которой осужденные за уголовные преступления должны бесплатно осуществлять обязательные работы, неконституционной, но распоряжается, что данная норма может применяться до издания новой нормы законодателем, но не позднее 31 декабря 2000 г. (BVerfGE 98, 169/215).

10. Федеральный Конституционный Суд признает Закон о казино земли Баден-Вюртемберг от 1995 г. неконституционным, так как он нарушает основное право на свободу отправления профессии (ст. 12 ч. 1 Основного Закона), но распоряжается, что не соответствующий Конституции закон может применяться с ограничениями и в модифицированном виде в течение переходного периода до принятия нового закона, но не позднее 31 марта 2002 г. (BVerfGE 102, 197/223).



## V. Заключение

Экстенсивная интерпретация и применение полномочия на приведение решений в исполнение очень проблематичны. Особенно проблематично то, что, как видно из списка изложенных выше решений, суд рассматривает это предписание в качестве легитимирующей основы для того, чтобы действовать как законодатель и создавать более-менее далеко идущие переходные положения. Совершенно очевидно, что Федеральный Конституционный Суд, прибегая к данной практике, затрагивает прерогативу парламента и тем самым - принцип разделения властей. Но, согласно господствующему и, видимо, верному мнению, представленному в немецкой доктрине государственного права, это не нарушает принципа разделения властей<sup>8</sup>. Принцип разделения властей защищает учрежденные в Основном Законе ветви власти (законодательную, исполнительную и судебную) только в отношении их **основной** сферы компетенций, т.е. неприкосновенность их самостоятельности и самоформирования. Вмешательство других конституционных органов в **периферийные** сферы полномочий какой-либо ветви власти, напротив, допустимо, даже неизбежно и желательно с точки зрения контроля и поддержания равновесия между ними. Описанная процедура издания конституционным судом законодательства де-факто касается только периферийной сферы компетенций федерального законодателя (Бундестага), так как изданные судом переходные положения ограничены во времени и могут быть в любой момент отменены или заменены парламентом; кроме того, они направлены исключительно на поддержание дееспособности правовой системы в случаях, когда после установления неконституционности закона в нормативной системе возникает пробел. В то же время такой подход представляет собой серьезную проблему для сохранения равновесия между конституционным судом и парламентом. Равновесие удастся сохранить только, если Федеральный Конституционный Суд очень сдержанно, в смысле **judicial self restraint**, пользуется своим полномочием на приведение решений в исполнение в соответствии с § 35 ЗоФКС. В общем можно сказать, что Федеральному Конституционному Суду до сих пор удавалось соблюдать необходимый баланс.

## SUMMARY

The role of the constitutional court in the concrete state depends on the quality of the constitutional nature, the extent of the scopes of the constitutional court and the quality of the political culture of the people.

<sup>8</sup> Обсуждение этой проблемы см. в Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht (сн. 5), S. 315 ff.



The substantial provisions of the constitution cannot be subjects of amending. The Federal Constitutional Court is the most important, efficient and effective legal mechanism to ensure and guarantee the provisions of the constitution.

The validity of the constitutional justice is mainly an instrument of normative control in Germany.

The authority of the Constitutional Court is the most important guarantee of the implementation of its decisions.

The constitutional bodies are not in subordinate relation to each other. They are on the same hierarchical level.

The constitutional body cannot compel another constitutional body to execute its duties by means of orders or coercion.

The existence of the constitutional court depends on the fact, whether the other constitutional and state bodies and the citizens themselves respect, acknowledge, obey and implement its decisions.

The Federal Constitutional Court is, at the same time a constitutional body and a branch of justice.

The decisions of the Constitutional Court have general and special effects, which are inherent only to it.

Cohesiveness of the court with its decisions means that the court cannot change the decision on its own initiative.

The decisions of the Federal Constitutional Court also formally come into force, they shall not be called back by the court and they have material and legal power.

If the decision of the Federal Constitutional Court abrogates the law, declaring it void, the constitutional member bodies of the process and other state authorities are obligated to do everything to prevent further application of the mentioned law already declared void.

The decision of the Federal Constitutional Court has a "power of law": it is declared mandatory for everyone and operates *erga omnes*.

The Federal Constitutional Court shall rule on the interpretation of the Basic Law in the event of disputes concerning the extent of the rights and duties of a supreme federal body or of other parties vested with rights of their own by the Basic Law or by the rules of procedure of a supreme federal body.



# JURISPRUDENCE OF THE POLISH CONSTITUTIONAL TRIBUNAL IN THE SCOPE OF STRENGTHENING THE INDEPENDENCE OF JUDICIARY

WOJCIECH HERMELIŃSKI

*Justice of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland*

The Constitution of 2nd April 1997 has strengthened the Constitutional Tribunal's independence from the legislative power. All judgments of the Tribunal "shall be of universally binding application and shall be final" (Article 190 para. 1 of the Constitution).

Under the Polish system of constitutional review the lack of conformity of an act (a norm) to the Constitution, international agreement or a statute does not result in *ex tunc* invalidity of such act, but in its defectiveness; therefore a date for the end of the binding force of such act must be specified. As a rule, the loss of a binding force of the reviewed unconstitutional act takes effect on the day of the publication of the Constitutional Tribunal's judgment. However, the Tribunal may specify another date for the end of the binding force of a normative act. Such period may not exceed 18 months in relation to a statute or 12 months in relation to any other normative act (Article 190 para. 3 of the Constitution). Postponing the date of the execution of a judgment is an exclusive power of the Tribunal, according to the principle of its independence. The main purpose of such solution is to enable the legislator to correct the challenged law or to introduce the new one as well as the adjustment of the public finances to the new situation resulting from the Tribunal's judgment. The need for postponement may also result from adjudicating non-conformity of an international agreement, as the loss of the binding force of such an agreement should be preceded by relevant international legal actions.

Judgments on non-conformity to the Constitution, international agreement or a statute may also bear consequences for the past decisions. As Poland had not adopted the German notion of invalidity of a norm deemed to be in non-conformity, all the previous acts and decisions grounded on that norm are not automatically annulled. Every interested party may demand reconsidering the case closed and legally valid. Article 190 para. 4 of the Constitution introduces the general principle that a judgment of the Tribunal on the non-conformity to the Constitution, an international agreement or a statute of a normative act (provision) "shall be a basis for reopen-

ing proceedings, or for quashing the decision or other settlement in a manner and on principles specified in provisions applicable to the given proceedings".

The Constitutional Tribunal ruled in several judgments regarding institutions and legal mechanisms which guarantee realization of the principle of judicial independence. Some of them regard the National Council of the Judiciary, the body which safeguards independence of judges and courts. The Constitution of the Republic of Poland of 1997, whilst remaining silent on the issue of the judicial self-governing body, includes the position of the National Council of the Judiciary as a constitutional matter, stating in Article 186 that the Council shall safeguard the independence of the courts and judiciary. This imposes an obligation upon the ordinary legislator to equip the National Council of the Judiciary with instruments ensuring it a real possibility to effectively exercise its constitutional duty.

The most important powers of the Council are:

"adopting resolutions regarding applications to the Constitutional Tribunal to examine compliance with the Constitution of the Republic of Poland of normative acts within the scope concerning independence of courts and judges,

" considering and evaluating candidacy for holding a judicial post and presenting to the President of the Republic of Poland applications for appointment of judges of the Supreme Court, Chief Administrative Court, common courts, provincial administrative courts and military courts.

Moving to the main topic of this presentation I would like to present, basing on some examples of the Constitutional Tribunal's judgments its role in the sphere of influencing on the position of the judiciary in Poland.

In case No **K 11/93** the Ombudsman challenged regulations of the Law on Common Courts Organization of 1985 alleging that they violate the constitutional principle of power-sharing by allowing the President of the Republic of Poland to revoke judges in the cases specified by law. In the Ombudsman's opinion the quoted law infringes the principle of the independence of the courts in this way that provides the Minister of Justice with the right to submit applications for the initiation of a particular proceeding (outside the usual disciplinary proceedings) against the judge charged for "misappropriation in the principle of the independence", which leads to the arbitrary dismissal of the judge without the disciplinary proceedings. This kind of competence of the Minister of Justice, as an executive body, in the Ombudsman's opinion, is an unacceptable influence on the independence of the judicial authority. The individual behaviour of the judge violating the dignity of the profession of judge and undermining the confidence necessary to exercise the profession of judge may lead to the removal of the judge of the profession, only by disciplinary proceedings. Only in such proceedings, the necessary safeguards are guaranteed, and also given the opportunity to estimate the connection between the judge's

alleged behavior and loss of confidence required for the performance of work. The decision with this respect cannot be left to the non-judicial authorities, particularly to the executive. Therefore the Constitutional Tribunal ruled that the challenged regulation is incompatible with Constitution by the fact that introduces a particular procedure with participation of the executive authority limiting access to the court.

In accordance with the Constitutional Tribunal's ruling the mentioned provision was removed from the legal order as a result of the judgment.

In case No **SK 43/06** candidate on the higher judicial position refused by the National Council of the Judiciary in submitting his request to the President of the Republic of Poland filed the constitutional complaint with the Constitutional Tribunal complaining that the Law on the National Council of the Judiciary does not lay down criteria, which the Council shall be guided, when assessing a candidate on the higher judicial position. Moreover the Council may be exempted from the obligation to justify the refusal of submitting the judge's request for appointment to the President. The applicant emphasized also that in case of such a refusal, he may not appeal against it before a court.

The Constitutional Tribunal considering the complaint expressed an opinion that the Law on Common Courts Organization of 1985 provides for an assessment of the candidates for the post of judge, and at the same time does not lay down closer the criteria for this assessment, which raises major doubts from the point of view of art. 60 of the Constitution of the Republic of Poland stating that Polish citizens enjoying full public rights shall have a right of access to the public service based on the principle of equality. The Tribunal stressed that in the democratic state of law it is not acceptable awarding to the authorities competences without specifying the limits within which they can move. Criteria for the evaluation of candidates for judges are a matter of particular importance from the standpoint of implementation of the constitutional right of access to the public service. Therefore, the basic criteria for the selection of candidates should be defined in the Law on Common Courts Organization of 1985. Finally the Constitutional Tribunal ruled that the challenged regulation is incompatible with art. 60 of the Constitution.

In case No **K 12/03** the Constitutional Tribunal considering complaint of the National Council of the Judiciary ruled i. a. that the provision of the Organisation of Common Courts Act of 2001, in its part authorising the Minister of Justice to dismiss a President of a court during his/her term of office, despite the disapproval of the National Council of the Judiciary, where it is irreconcilable with the interest of the administration of justice for a President to continue fulfilling their functions, for reasons other than nonperformance of their official tasks, does not conform to Articles 10 and 173 of the Constitution. The complaint resulted from the Organization of Common Courts Act introducing a limitation, not existing in previous legal

provisions, on the role of judicial self-governing bodies (judges' general assemblies) of the appellate and regional courts, as regards appointment and dismissal of the Presidents of these courts. In accordance with the new Organization of Common Courts Act 2001, judges' assemblies were deprived of the right to disapprove of the Minister's decision (thereby blocking an appointment or dismissal) and were left with purely advisory competences. The above Act envisaged the possibility of dismissal even following Council disapproval, upon the fulfillment of certain - ambiguously defined - conditions, i.e. following "flagrant non-performance of their official tasks", or where it becomes "irreconcilable with the interest of the administration of justice" for a President to continue fulfilling his/her functions. The "interest of the administration of justice", especially as an independent reason, as an alternative to the reason of "flagrant non-performance of official tasks", encompasses elements which are not directly related to assessment of the dismissed person's conduct but, primarily, relate to an external perspective of the administration of justice. Endowing an organ of administration, such as the Minister of Justice, with discretion to take decisions as regards the dismissal of a court President (fulfilling a function linked to exercising jurisdictional actions), on the basis of a reason which is ambiguously defined and not entirely verifiable, may not be reconciled with the principles expressed in Articles 10 and 173 of the Constitution.

In accordance with the Constitutional Tribunal's ruling the mentioned provision was removed from the legal order as a result of the judgment.

In case No **K 25/07** the National Council of the Judiciary challenged regulations of the Law on Common Courts Organization of 2001, stating that a judge who is a member of the National Council of the Judiciary may not be appointed to perform the functions of the President or Vice-President of the Court and appointment to carry out this function terminates upon the selection to the National Council of the Judiciary. In the Council's opinion the above law is a real limitation of the right of judges-members of the National Council of the Judiciary to exercise his mandate guaranteed by the principle contained in the Constitution. On the other hand, the challenged provision deprives the judge of the common court being member of the National Council of the Judiciary a possibility to perform the functions as a President or Vice-President of the Court.

Thus, in the National Council of the Judiciary opinion, this provision infringes the principle of equality expressed in art. 32 of the Constitution, as well as article 187 of the Constitution, under which all judges, regardless of whether they fulfill the executive functions in the courts, have guaranteed the equal right to apply as a candidate to the National Council of the Judiciary.

In the Constitutional Court opinion the Constitution specifies the constitutional authorities to which the *incompatibility* rule is applying. The Constitution does not provide for this principle with respect to the

National Council of the Judiciary. The provisions of the Constitution permits each judge to apply for the position of the member of the National Council of the Judiciary and each judge may be appointed to the position of the President or Vice-President of the Court. The Constitutional Tribunal, in interpreting rules of appointment of judges to the National Council of the Judiciary on the basis of art. 187. 1 point 2 of the Constitution, took into account the content of the article. 187. 4 of the Constitution, which States that " The organizational structure, the scope of activity and procedures for work of the National Council of the Judiciary, as well as the manner of choosing its members, shall be specified by statute".

Therefore the Constitutional Tribunal ruled the mentioned provision of the Law on Common Courts Organization of 2001 incompatible with Constitution.

In accordance with the Constitutional Tribunal's ruling the mentioned provision was removed from the legal order as a result of the judgment.

In another case No **SK 7/06** two complainants challenged one of the provisions of the Law on Common Courts Organization of 2001 establishing office of the assistant judge and claiming the mentioned provision in contradiction with the constitutional right to court expressed in art. 45 of the Constitution. While indicating the competencies of assistant judges, it is possible to enumerate two types of tasks performed by them: one within the scope of the administration of justice and the other within the scope of legal protection. Pursuant to the challenged regulation, assistant judges shall, while adjudicating, be independent and subject only to the Constitution and statutes. For the period of performing the duties of the judge an assistant judge remains under the supervision of a judge who performs the function of a consulting judge. The main allegation presented by the complainants concerned the content of provision of the Law on Common Courts Organization of 2001, based on which the Minister of Justice may, with the consent of a regional court's board of judges, vest in an assistant judge the performance of the duties of the judge in the regional court for a specified period not exceeding four years.

In the Constitutional Tribunal's opinion according to the Constitution, courts are composed of judges and citizens participating in the administration of justice. A possibility consisting in an arbitrary vesting of judicial power in other persons would mean the loss of significance of guarantees specified in Article 45 paragraph 1 of the Constitution. All cases shall be considered before competent, impartial and independent courts specified in the Constitution. The Independence and impartiality of the court and the judge are closely related to each other. The Constitutional Tribunal stressed that impartiality is an inherent feature of the judicial power and, simultaneously, an attribute of the judge, the loss of which deprives the judge of qualifications to discharge their function.

A statutory regulation, pursuant to which the assistant judge, while adjudicating, shall be independent and subject only to the Constitution and statutes, constitutes merely a declaration, which does not provide for an actual and effective independence required by the Constitution. Such a regulation needs to be accompanied by specific legal solutions which the assistant judge does not fulfill due to the following impermissible features: dependence of the assistant judge on the Minister of Justice, lack of specification of the time frame as regards the assistant judge's performance of the function of the judge, exclusion of the National Council of the Judiciary from participation in the procedure of vesting in the assistant judge the performance of the duties of the judge, dependence on a regional court's board of judges and on the consulting judge, lack of guarantees as regards the political neutrality of assistant judges. Therefore the Constitutional Tribunal considered the mentioned provision of the Law on Common Courts Organization of 2001 does not conform to Article 45 paragraph 1 of the Constitution of the Republic of Poland.

The mentioned provision was waived by the Law on National School of the Judiciary and the Prosecutor Office in March 2009.

In case No K **35/08** the Constitutional Tribunal considered an application by the Polish Ombudsman to carry out a review of five legal acts concerning the martial law legislation of 1981 and 1982, *inter alia*: the Decree of 12 December 1981 on Martial Law, the Decree of 12 December 1981 on special proceedings in the cases concerning offences and misdemeanours during the period of martial law, the Decree of 12 December 1981 on including cases concerning certain offences in the scope of jurisdiction of military courts as well as on changing the organization of military courts and military organizational units in the Public Prosecutor's Office of the People's Republic of Poland during the period of martial law. The main allegation against those legal acts was that they had been issued without a legal basis. The legislator had no power to issue normative acts, which was against the principle of legalism. Moreover, the Ombudsman put forward an allegation that the Decrees of 12 December 1981 had been issued in violation of the standards concerning the prohibition against retroactivity of law.

First of all the Constitutional Tribunal stated that all the challenged normative acts had ceased to have effect, within the meaning of the Constitutional Tribunal Act of 1997 as they might no longer specify obligations related to particular conduct. Consequently, in the Constitutional Tribunal's opinion a review of those acts was possible as a ruling by the Constitutional Tribunal was necessary in that regard for the protection of constitutional rights and freedoms (Article 39.3 of the Constitutional Tribunal Act).

The Constitutional Tribunal discussed the nature of the infringement of constitutional rights and freedoms in the case of the Decrees of 12 December 1981. The Tribunal indicated that the Decree on Martial Law contained substantive provisions introducing restrictions on the individ-



ual's constitutional rights and freedoms. Article 4(1) of the Decree on Martial Law suspended or restricted fundamental civil rights set out in the Constitution of the People's Republic of Poland (1952) and other statutes as well as international agreements to which the People's Republic of Poland was a signatory. In particular, the following were revoked or restricted: personal inviolability; the inviolability of the home and the privacy of correspondence; the right of association; the freedoms of speech, publication and assembly as well as the freedom to organize marches, rallies and demonstrations. The regulations of the Decree on Martial Law were contrary to the obligations, accepted by Poland, which arose from the International Covenant on Civil and Political Rights.

The repressive character of the Decree on Martial Law manifested itself in the fact that the Decree penalised acts which had not been regarded as criminal before 13 December 1981, and also it introduced harsher penalties for acts which were prohibited under the law at that time, as well as it categorised numerous previous misdemeanours as offences.

Analysing the Decree on Special Proceedings, the Constitutional Tribunal noted that the said legal act contained procedural and substantive provisions which introduced harsher penalties in those proceedings. In the light of the mentioned decree, the court obligatorily had to order detention pending trial, and there was no possibility of appealing a judgment issued in the proceedings. The Decree on the Jurisdiction of Military Courts assigned cases concerning certain offences to military courts, and at the same time it introduced some changes in the organization of those courts, inter alia, as regards the appointment of judges in those courts as well as the participation of lay judges in court proceedings in criminal cases. The changes introduced affected the functioning of courts and the appointment of judges, as well as the way criminal cases were examined and procedural and substantive provisions were applied.

Considering the case the Constitutional Tribunal stated that normative acts enacted after 1989 in order to redress the harm and damage caused until 1989 had a selective character. They did not include some of the infringements of human rights and freedoms. In the Constitutional Tribunal's opinion the current legal measures did not allow to challenge the rulings made in certain cases in the proceedings conducted on the basis of the Decree on Martial Law and the Decree on Special Proceedings. Therefore, only issuing a ruling by the Constitutional Tribunal could be an effective measure to protect the constitutional rights and freedoms of all those in relation to whom special proceedings had been carried out, and not only with regard to those who had acted for the sake of independence of the Polish State. The Constitutional Tribunal stated that issuing a ruling which concerned the constitutionality of the Decree on Martial Law and the Decree on Special Proceedings was necessary to protect constitutional rights and freedoms. Those two Decrees exhausted the issue of protection of constitutional rights and freedoms.

The Constitutional Tribunal declared that the Decree on Martial Law and the Decree on Special Proceedings were unconstitutional, for they had been enacted by the Council of the State (instead parliament), which had not had the relevant powers in that regard. The Decree on Martial Law and the Decree on Special Proceedings were regarded by the organs of public authority as binding normative acts and were applied by them. The judgment of the Constitutional Tribunal declaring the unconstitutionality of the Decrees does not retroactively undermine their validity during the period when they were binding and applied. But it opens up the possibility of applying Article 190(4) of the Constitution and of re-opening the proceedings where these acts were applied. The ruling of the Constitutional Tribunal is of direct significance in the context of criminal law. Upon request of those concerned, it makes it possible to re-open criminal proceedings where the provisions of repressive law, contained in the challenged Decrees, were applied.

And on the very end one should mention about case No **K 10/08** (connected with the above) where the Ombudsman challenged in his application to the Constitutional Tribunal one of the provisions of the Law on Organization of Common Courts of 2001 regarding calling the judge to the criminal responsibility. The Ombudsman referred to one of the cases pending before the Supreme Court where the Supreme Court acting as a disciplinary court refused to grant permission to hold a judge criminally liable, in the case of a judge who adjudicated on the basis of the Decree on Martial Law, which was not properly published and therefore was not known to the accused. The Ombudsman challenged Art. 80 (2b) of the Law on the Organization of Common Courts of 2001. Pursuant to the challenged article: "Should the motion for holding the judge criminally liable not correspond to the formal terms of a pleading specified in the Code of Criminal Procedure or be obviously groundless, the president of a disciplinary court refuses to accept the motion". In the Ombudsman's opinion in accordance with the well-established line of jurisprudence of the Constitutional Tribunal, when examining the constitutionality of a provision, one should take into account not only its literal content, but also the interpretation thereof which has been adopted in the process of applying the law, and in particular adopted in the jurisprudence. In the light of the above, article 80 (2b) of the Act on the Organization of Common Courts should be subject to constitutional review, to the extent the term "an obviously groundless motion for permission to hold a judge criminally liable" is assigned content by the Resolution of the Supreme Court of 20 December 2007 (Ref. No. I KZP 37/07, OSNKW No. 12/2007, item 86). In the Ombudsman's opinion such an interpretation of the challenged provision eliminates the possibility of holding judges criminally liable, as regards the judges who convicted the organizers of the strikes and protests against the introduction of martial law in 1981, applying the retroactive provisions of the Decree on Martial Law, dated 12 December 1981.

Therefore, the Ombudsman emphasized, there was no doubt that the mentioned Resolution of the Supreme Court, entered in the book of legal principles, has bound all courts in Poland and means that every motion for permission to hold a judge criminally liable be regarded as obviously groundless. Consequently, obvious groundlessness is not assessed *in casu*, since it is determined in a top-down and arbitrary way.

The Constitutional Tribunal has shared the Ombudsman's view that the mentioned Resolution of the Supreme Court established the faulty meaning of the challenged provision, particularly in the part stipulating the prosecutor's motion: "obviously groundless". In the Constitutional Tribunal's opinion determining the meaning "obviously groundless" may be done not *prima facie* but only in a reasonable way on a basis of an analysis concerning the substantiation of existence of obvious groundless in a specific case.

Therefore the Constitutional Tribunal considered the questioned provision in the meaning shaped by the established line of the jurisprudence unconstitutional.

## РЕЗЮМЕ

Конституция Польши от 2 апреля 1997 года закрепила независимость Конституционного Трибунала от законодательной власти. Все решения Трибунала имеют общеобязательную силу и являются окончательными. В польской системе конституционного контроля несоответствие акта (нормы) Конституции международному соглашению или закону ведет не к недействительности такого акта, а к его деффеktivности, следовательно, срок утраты обязательной силы такого акта должен быть точно определен. Отсрочка исполнения решения - исключительное право Трибунала в соответствии с принципом его независимости. Главная цель такого подхода - дать право законодателю исправить оспариваемый закон или внести на рассмотрение новый, в соответствии с новыми обстоятельствами, исходящими из решения Трибунала.

Конституционный Трибунал в некоторых своих решениях руководствуется институтами и правовыми механизмами, гарантирующими принцип независимости суда. Некоторые из них касаются Всепольского Судебного Совета, органы которого обеспечивают независимость судей и судов. Ст. 186 Конституции Польши возлагает на законодателя обязательство предоставлять Всепольскому Судебному Совету средства, обеспечивающие ему реальную возможность эффективного осуществления своего конституционного обязательства.

Автор приводит примеры из практики Конституционного Трибунала,

которые были направлены на усиление его независимости. В деле No К 11/93 Омбудсмен оспорил положения Закона "Об организации общих судов" от 1985 года, предусматривающего порядок отзыва судьи Президентом Республики Польши по представлению министра юстиции, считая, что такая компетенция исполнительного органа (министра юстиции) недопустима с точки зрения принципа независимости судебной власти. В результате решения Конституционного Трибунала данное положение было отменено.

В деле No К 12/03 Конституционный Трибунал отменил положение Закона от 2001 года "Об организации общих судов", согласно которому министр юстиции уполномочен освобождать председателя суда до истечения срока его полномочий, несмотря на неодобрение Всепольского Судебного Совета, так как в соответствии со статьями 10 и 173 Конституции Польской Республики суды и трибуналы являются отдельной властью, независимой от других властей, и государственный строй Польской Республики основывается на принципе разделения и баланса законодательной, исполнительной и судебной властей.



# РЕШЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

**СЕРГЕЙ ЧИГРИНОВ**

*Судья Конституционного Суда  
Республики Беларусь*

В законодательстве Республики Беларусь дается однозначный ответ на вопрос о юридической природе актов Конституционного Суда. В соответствии со статьей 2 Закона "О нормативных правовых актах Республики Беларусь" акты Конституционного Суда, наряду с постановлениями пленумов Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда, определяются как нормативные правовые акты, принятые в пределах их компетенции по регулированию общественных отношений, установленной Конституцией Республики Беларусь и принятыми в соответствии с ней иными законодательными актами.

Такой подход к природе актов Конституционного Суда формализует их место в правовой системе между Конституцией и международными договорами, с одной стороны, и текущим законодательством - с другой. Уяснение роли актов органа конституционного контроля в правовой системе является более сложной задачей и ее решение, как представляется, зависит от определения функций актов Конституционного Суда в механизме правового регулирования.

Трактовка законодателем правовой природы актов Конституционного Суда актуализирует научный поиск их нормативной составляющей. Логика рассуждений проста: если акт органа конституционного контроля является нормативным, то, следовательно, он по определению содержит нормы права и остается только правильно локализовать эти нормы в структуре решения Конституционного Суда. Разумеется, следует оговориться, что нормативный характер имеют не все акты Конституционного Суда, а лишь его решения - акты, принимаемые Судом в ходе конституционного судопроизводства. Это заключения, принимаемые в порядке последующего конституционного контроля, и решения, принимаемые в порядке контроля предварительного.

Поиск нормативной составляющей решения Конституционного Суда объективно приводит к анализу важнейшего феномена, выражающего его правовую суть - правовой позиции Конституционного Суда. Именно правовые позиции и являются той материей, в которой наиболее рельефно проявляется нормативная природа решений Конститу-

ционного Суда. Таким образом, функции решений Конституционного Суда в правовом регулировании во многом сводятся к функциям самих правовых позиций.

В законодательстве Республики Беларусь нормативное определение термина "правовая позиция Конституционного Суда" отсутствует. Поэтому решение проблемы его содержания напрямую зависит от доктринального понимания данной юридической категории и ее объективации в решениях самого Конституционного Суда.

Современные доктринальные подходы к определению понятия "правовая позиция" в рамках осуществления конституционного правосудия, на наш взгляд, могут быть отнесены к двум основным группам.

Для первого подхода, который условно можно назвать "узким" или логико-юридическим, характерно понимание правовой позиции как системы аргументации, совокупности правовых аргументов, логических посылок и частных выводов, образующих умозаключение, которые являются достаточным логико-правовым обоснованием итогового вывода Конституционного Суда, содержащегося в резолютивной (постановляющей) части решения [1, с. 229; 2, с. 109; 3, с. 17]. При данном подходе за основу берется технико-юридический или процессуальный аспект проблемы, а функция правовой позиции ограничивается обеспечением логической связи, семантической обусловленности структурных элементов решения органа конституционного контроля.

Второй - "широкий" или материально-правовой подход основывается на постулировании общего и обязательного характера правовых позиций, при этом содержательно они рассматриваются в качестве правовых принципов, пригодных для разрешения группы сходных юридических коллизий, нормативно-доктринальных начал решений, нормативно-интерпретационных установлений [4, с. 95, 96; 5, с. 85; 6, с. 301; 7, с. 75]. В основу данного подхода положен "регулятивный" аспект, при котором акцент делается на функциях правовой позиции в механизме правового регулирования. При этом учитываются качественные характеристики, т.е. материальное содержание рассматриваемого нами феномена - правовой позиции.

Полагаем, что указанные выше подходы необходимо рассматривать не как взаимоисключающие, а как дополняющие друг друга концепции, находящиеся в тесной диалектической связи. Правовая позиция - явление многоаспектное, на разных стадиях и этапах правового регулирования ее роль и функция могут изменяться.

Наиболее важную роль в правовой системе Беларуси играют такие решения и заключения Конституционного Суда, которые разрешают вопрос конституционности либо неконституционности правовых норм. В связи с этим принципиальное значение имеет положение, содержащееся в резолютивной части решения Конституционного Суда, о признании рассматриваемого Судом правового акта или его части

соответствующей (либо несоответствующей) нормам и принципам Конституции.

В соответствии со статьей 7 Конституции Республики Беларусь правовые акты или их отдельные положения, признанные в установленном законом порядке противоречащими положениям Конституции, не имеют юридической силы. Известно, что прекратить действие юридической нормы можно только иной нормой, по крайней мере, равной ей по силе. Таким образом, в резолютивной части содержатся положения, имеющие безусловно нормативный характер. Однако полагаем, что на вопрос о том, являются ли они юридически определенными, логически завершенными и семантически достаточными для их реализации необходимо дать отрицательный ответ. Без содержательного обоснования, выявления определяющих правовых норм и принципов, исчерпывающей логической аргументации итоговый вывод, содержащийся в резолютивной части решения, иногда невозможно адекватно воспринять и, следовательно, осознанно применить. Таким образом, итоговый вывод и система аргументации, содержащаяся в мотивировочной части решения, находятся в неразрывном единстве.

Исходя из указанного, правовую позицию можно рассматривать как единый нормативный комплекс или то, что в общей теории права принято именовать логической нормой права. Фактологические основания решения - юридические факты или оспариваемые правовые положения, изложенные в мотивировочной части, следует рассматривать в качестве гипотезы правовой нормы. Логические посылки или аргументы, а также промежуточные частные выводы - как диспозицию правовой нормы, а итоговый вывод, содержащийся в резолютивной части решения, - как ее санкцию. При этом итоговый вывод о конституционности акта можно рассматривать в качестве санкции с положительным содержанием. Таким решением Конституционный Суд санкционирует дальнейшее применение исследованной на предмет конституционности нормы.

В контексте изложенного закономерно возникает вопрос о том, насколько правомерно наделять положения резолютивной части решения нормативными качествами. В то время как резолютивная часть решения суда общей юрисдикции имеет характер индивидуально-правового предписания, природа резолютивной части решения Конституционного Суда несколько иная. Во-первых, положение о признании правовой нормы несоответствующей Конституции имеет общеобязательный характер, так как неконституционные нормы не могут применяться всеми субъектами права. Во-вторых, данное положение имеет "бессрочный" характер действия во времени и не может быть преодолено нормотворческим органом путем последующего принятия аналогичной нормы.

Считаем, что решения Конституционного Суда, содержащие такие



комплексные правовые позиции, в механизме правового регулирования выполняют коррекционную функцию, поскольку они выводят правовые нормы из правовой системы или пролонгируют их действие, не устанавливая при этом новых правил поведения и не уточняя содержания уже существующих.

Следует также подчеркнуть, что в одном решении могут содержаться несколько правовых позиций, отдельные из которых только опосредованно связаны с правовыми позициями, образующими логические нормы права. Представляется, что такие правовые позиции могут обеспечивать иные функции решений Конституционного Суда. Прежде всего это касается решений Конституционного Суда, принятых в порядке реализации предварительного конституционного контроля. Особенность предварительного конституционного контроля в Республике Беларусь заключается в том, что он является обязательным (сплошным): предварительной проверке подвергаются все законы, принятые Парламентом.

Если при последующем контроле, осуществляемом на основе инициативных обращений, объект правового анализа четко определен в инициативном обращении, а неконституционность оспариваемой нормы проявляется не только в текстуальном противоречии, но и в деформированной правоприменительной практике, влекущей нарушение прав и свобод личности, то обязательный предварительный контроль предполагает чисто абстрактный правовой анализ текста всего закона. В последнем случае Конституционный Суд более свободен в выборе объекта правового анализа, но одновременно более жестко связан презумпцией конституционности правовой нормы.

Таким образом, в решениях, принятых в порядке обязательного предварительного конституционного контроля, правовые позиции более автономны, они часто лишь косвенно влияют на итоговый вывод и являются законченными правоположениями, имеющими самостоятельное правовое значение вне контекста итогового вывода.

Правовая позиция, содержащаяся в решении, принятом в порядке обязательного предварительного конституционного контроля законов, представляет собой результат выявления конституционно-правового смысла нормы права (закона), который может применяться для упреждения коллизий при последующем правоприменении, обеспечения единообразной правоприменительной практики, устранения пробелов в правовом регулировании [8, с. 112]. По своей сути такая правовая позиция является интерпретационным (толковательным) правоположением.

Из изложенного следует, что интерпретационные правоположения, содержащиеся в решениях Конституционного Суда, могут иметь двух адресатов: правоприменяющий орган и нормотворческий орган.

В случае, если правовая позиция направлена на уяснение конституционно-правового смысла нормы закона и ее должное применение, можно вести речь о превентивной функции соответствующего решения Конституционного Суда, которая обеспечивает предупреждение нарушений прав и свобод личности действиями должностных лиц.

Если же правовая позиция констатирует наличие пробела или правовой неопределенности и побуждает законодателя их устранить, необходимо говорить об актуализирующей функции решений, в которых такие позиции содержатся. Учитывая принцип разделения властей и суверенитет законодательного органа, в таких решениях Конституционный Суд ограничивается констатацией наличия правового пробела, оставляя выбор способа его устранения за законодательным органом.

Вместе с тем есть группа решений, в которых Конституционный Суд все же указывает конкретный путь устранения пробела в законодательном регулировании. Практика принятия таких решений базируется на части восьмой статьи 22 Кодекса о судоустройстве и статусе судей. Указанное положение Закона предоставляет Конституционному Суду право направлять в государственные органы предложения о внесении в акты законодательства изменений и дополнений.

Однако при принятии таких решений Конституционный Суд, исходя из особой юридической природы института конституционного контроля, облакает такие "предложения" в форму императива - решения *ex officio* о необходимости устранения пробелов в законодательстве и исключения правовой неопределенности.

Фактологическим основанием указанных решений являются обращения физических и юридических лиц, которые, впрочем, нельзя рассматривать в качестве полноценной индивидуальной конституционной жалобы, поскольку, во-первых, Суд подходит избирательно к их рассмотрению, а, во-вторых, отсутствует строгая процессуальная регламентация процедуры рассмотрения указанных обращений. В данном случае решающим элементом выступает *proprío motu* - собственное усмотрение Суда.

В качестве примера решений подобного рода приведем решение Конституционного Суда от 17 июля 2009 г. "Об обеспечении равных прав граждан в сфере труда".

В обращении гражданина сообщалось о фактах включения нанимателями в объявления о свободных рабочих местах (вакансиях) условий относительно возраста работника, которые, по мнению заявителя, имеют дискриминационный характер.

Проанализировав законодательство Республики Беларусь и соответствующие международно-правовые акты, Конституционный Суд установил наличие пробелов в отдельных положениях Трудового кодекса Республики Беларусь, которые выразились в отсутствии в перечне дискриминационных обстоятельств указаний на такие обстоятельства,

как возраст и место жительства человека. Конституционный Суд также указал на то, что наличие указанных пробелов значительно ограничивает гарантии реализации конституционного права на труд.

В итоговом выводе Конституционный Суд, в частности, признал необходимым в целях обеспечения гарантий осуществления конституционного права граждан на труд, полноты правового регулирования в сфере трудовых отношений внести дополнения в статью 14 Трудового кодекса Республики Беларусь, включив возраст и место жительства в число дискриминационных обстоятельств.

Таким образом, Конституционный Суд признал необходимым внести конкретные дополнения в законодательный акт, которые, как представляется, существенно расширяют содержание правовой нормы и, безусловно, повлекут корректировку правоприменительной практики. Полагаем, что такие решения в определенной мере выполняют нормоустановительную функцию. При этом следует подчеркнуть, что в правовой позиции Конституционного Суда не формулируется уже готовая к реализации юридическая норма. Всеобщий обязывающий характер правовая позиция Конституционного Суда приобретет лишь после того, как будет воплощена законодателем в конкретную статью соответствующего закона.

В контексте рассматриваемой проблемы правомерно возникает вопрос о соотношении нормоустановительной функции решений Конституционного Суда с принципом разделения властей и суверенными законодательными полномочиями Парламента. Представляется, что антагонистических противоречий здесь нет. Конституционный Суд идет на определение конкретных лингвистических конструкций, подлежащих включению в тексты соответствующих законодательных предписаний, лишь в том случае, если они, во-первых, органически вытекают из текста Конституции, во-вторых, возможен лишь единственный вариант их вербального выражения и, в-третьих, нет альтернатив их воплощения в иных нормативных актах.

## SUMMARY

The legislation of Belarus gives a definite answer to the question of the legal nature of the enactments of the Constitutional Court. The enactments of the Constitutional Court are specified as enforceable legal and they are adopted within their competence to regulate social relations. The mentioned enactments are determined by the Constitution of the Republic of Belarus and adopted in accordance with it by other legislative acts.

Such approach to the nature of the enactments of the Constitutional Court

formalizes their place in the legal system between the Constitution and international treaties on the one hand and the current legislation on the other.

Not all the enactments of the Constitutional Court have enforceable nature, and only its decisions - enactments adopted by the Court in constitutional court proceedings.

Decisions and findings of the Constitutional Court, defining issues of constitutionality or non-constitutionality of legal norms, play an important role in the legal system of the Republic of Belarus.

According to Article 7 of the Constitution of the Republic of Belarus, legal enactments or specific provisions thereof which are deemed under procedure specified in law to be contrary to the provisions of the Constitution shall have no legal force.

The peculiarity of the preliminary constitutional control in the Republic of Belarus is that such a control is obligatory (complete), which means that all the laws adopted by the Parliament are a subject of preliminary inspection.

The legal position of the Constitutional Court gets universally obligatory nature only after the legislator embodies it in the appropriate article of the law.



# LEGAL CONSEQUENCES OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS ON THE LEGAL ORDER OF THE REPUBLIC OF CROATIA

MATO ARLOVIĆ

*Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia*

## Introduction

The Constitutional Court, its position and jurisdiction, the kind of decisions it makes and their reach are the subject of legislation and are therefore part of the constitutional and legal order<sup>1</sup>.

The institutional position, jurisdiction and other issues important for the work of the Constitutional Court of the Republic of Croatia are regulated by laws of constitutional force. In addition to devoting an entire chapter (Chapter V) to the regulation of the Constitutional Court's position, jurisdiction and work, the Constitution of the Republic of Croatia<sup>2</sup> specifically lays down: "The procedure and conditions for the election of judges of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and the termination of their office, conditions and time-limits for instituting proceedings for the review of constitutionality and legality, the procedure and legal effects of its decisions, protection of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution, and other issues important for the performance of the duties and work of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, shall be regulated by a Constitutional Act." The same article, in paragraph 2, lays down: "The Constitutional Act shall be passed in accordance with the procedure determined for amending the Constitution", and in paragraph 3: "The internal organisation of the Constitutional Court of the Republic of Croatia shall be regulated by its rules of procedure"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> I agree with the authors who deem it more correct, in the modern constitutional state, to use the concept of constitutional and legal order than legal order.

The following authors, for example, often use the concept of the *constitutional and legal order*: Professor Ludwig Adamovich, LL D, President of the Constitutional Court of Austria, retired – see his study *Ustavni sud Republike Austrije - prošlost, sadašnjost – vizije*, Osijek 1996; Professor Heinrich Scholler, LL D, in "Načelo pravne države u praksi Saveznog ustavnog suda s obzirom na obvezujuću snagu presuda", in *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava*, Pravo br. 24 - Organizator, Zagreb, 2000. On the constitutional state, see in more detail in Peter Habarle, *Ustavna država*, Politička kultura, Zagreb, 2002, etc.

<sup>2</sup> Throughout this paper we have used the consolidated wording of the Constitution published in *Narodne novine* no. 85/10, which is given in the book *Ustav Republike Hrvatske*, published by Narodne novine, 2010, and prepared for print by Vladimir Šeks. Further in the text, whenever we refer to the Constitution of the Republic of Croatia we will always refer to its text published in the above book. For this specific footnote see page 46 of that book.

<sup>3</sup> Article 132 of the Constitution of the Republic of Croatia.

The provisions cited above clearly show that the position, jurisdiction and all the other issues concerning the Constitutional Court of the Republic of Croatia, except for its internal organisation, are regulated only by the Constitution or the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which is enacted under the procedure determined for amending the Constitution. In other words, by norms of a constitutional character. This constitution-based approach to the regulation of its position and jurisdiction is of exceptional importance for the Constitutional Court of the Republic of Croatia. It could be said that this is a special feature of the Constitutional Court and of constitutional justice in the Republic of Croatia.

Regulating constitutional justice by norms of constitutional force is an additional important guarantee of the Constitutional Court's independent position "in the system of political power, because it prevents the legislator from influencing its position<sup>4</sup> by frequent changes of the law"<sup>5</sup>. In this way, by grounding it in the Constitution, the framer of the Constitution gave additional force to the authority of the Constitutional Court of the Republic of Croatia in performing its duties and work.

The framer of the Constitution expressed its intention of making the Constitutional Court of the Republic of Croatia independent of all the bodies of government by stating: "The Constitutional Court shall be independent of all state bodies..."<sup>6</sup>.

If we additionally bear in mind that: "The Constitutional Court shall guarantee compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia and shall base its work on provisions of the Constitution of the Republic of Croatia and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia," then we can say that constitutional justice is regulated and limited only by norms of a constitutional nature in the constitutional and legal order of the Republic of Croatia, which is the greatest guarantee of its independence.

The framer of the Constitution approached the Constitutional Court and constitutional jurisprudence in the Republic of Croatia on this basis primarily because of two requirements which it must realise in its work and in the execution of its duties. The first is the application of the principle of constitutionality and legality, and the second is the requirement that it "shall guarantee compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia"<sup>7</sup>. This is why the Constitutional Court has the

<sup>4</sup> In Croatia Professor Petar Bačić, LL D, has written about the importance of an independent constitutional court in general, and especially in the transition countries of central, east and south-east Europe.

<sup>5</sup> Professor Jasna Omejec, LL D, President of the Constitutional Court of the Republic of Croatia: *Neovisnost Ustavnog suda Republike Hrvatske*, p. 10, Zagreb, 2010, paper read at the Regional Conference of Constitutional Courts, Ohrid, 10-13 June 2010, Republic of Macedonia.

<sup>6</sup> Article 2 paragraph 2 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, consolidated wording, published in *Zbirka zakona* (Collection of Legislation) prepared by Mato Arlović, LL M, Zagreb 2003 (further in the footnotes the Constitutional Act).

<sup>7</sup> Article 2 paragraph 1 of the Constitutional Act.

obligation to base its work on the provisions of the Constitution of the Republic of Croatia and of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. The above shows that the Constitution framer in the Republic of Croatia broadened the classical understanding of the principle of the state governed by the rule of law and opened up space for accepting and applying the principle of the state governed by the rule of the constitution. It seems that there is unquestioned acceptance of the theoretical approach that "to achieve the state governed by the rule of law it is necessary for administrative courts to judicially control the administration, and for the state governed by the rule of the constitution a special court is needed to guarantee and supervise the constitutionality of laws"<sup>8</sup>.

As the constitutional and legal order is in the formal sense a normative expression of legal norms which are, starting from the principle of constitutionality and legality, organised as a pyramid, where the peak of the pyramid is the most abstract and most all-encompassing legal act and its base the most specific general enactments with individual norms and their application to the inter-relations of human behaviour, it is completely clear that these principles must ensure harmony between the lower and the higher-ranking legal norms, and thus also consistency and the uniform application of the constitutional and legal order.

By giving the Constitutional Court of the Republic of Croatia the task of "guaranteeing compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia" and regulating its position and jurisdiction by norms of a constitutional nature which decree that its decisions are binding, the Constitution framer not only positioned the Constitutional Court as an integral part of the constitutional and legal order but also gave it a reverse influence on the constitutional and legal order, in the first place through the decisions that it makes in the exercise of its jurisdiction.

### **Jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia**

Article 129 of the Constitution defines the jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia: "The Constitutional Court of the Republic of Croatia shall: decide on the conformity of laws with the Constitution, decide on the conformity of other regulations with the Constitution and laws, may decide on the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of other regulations which have lost their legal force, provided that not more than one year has passed from the moment of loss of legal force until the submission of a request or a proposal to institute the proceedings; decide on constitutional complaints against the individual decisions of government bodies, bodies of local and regional self-government and legal entities with public authority, when

<sup>8</sup> Professor Heinrich Scholler, LL D: "Načelo pravne države u praksi Saveznog ustavnog suda s obzirom na obvezujuću snagu presuda", in *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava*, Pravo br. 24. Organizator, Zagreb 2000.



these decisions violate human rights and fundamental freedoms, as well as the right to local and regional self-government guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia; observe the realisation of constitutionality and legality and notify the Croatian Parliament on the instances of unconstitutionality and illegality observed; decide on jurisdictional disputes between the legislative, executive and judicial branches; decide, in the conformity with the Constitution, on the impeachment of the President of the Republic; supervise the constitutionality of the programmes and activities of political parties and may, in conformity with the Constitution, ban their work; supervise the constitutionality and legality of elections and national referenda, and decide on the electoral disputes that are not within the jurisdiction of courts; perform other duties specified by the Constitution".

As the above provision shows, the Constitutional Court of the Republic of Croatia may within its jurisdiction perform only the activities that are laid down in the Constitution.

Because of this the Constitution additionally provides, in Article 130, the obligation to notify the Government of the Republic of Croatia and the Croatian Parliament when the "Constitutional Court ascertains that the authorized body has not enacted a regulation needed for the application of the Constitution, laws or other regulations, and was bound to enact such a regulation".

Furthermore, Article 132 paragraph 1 provides which activities and proceedings, conditions and time limits etc., important for exercising the duties and work of the Constitutional Court, shall be regulated and/or elaborated in the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. This was indeed done when the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia was enacted.

Starting from the jurisdiction of the Constitutional Court and from its constitutional obligation to regulate, among other things, "the procedure for passing its decisions and their legal effect", the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia defined the kinds, content, legal force, procedure for passing and other important issues concerning the decisions that the Constitutional Court makes. Not entering into all the issues connected with these decisions, further in this paper we will devote more space to their kind, binding effect and legal nature, and especially to their effect on the national constitutional and legal order.

### Normative Regulation of Constitutional Court Decisions

The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, in Article 31<sup>9</sup>, prescribes that the decisions and rulings of the Constitutional Court are obligatory and that every individual or legal person shall obey them. It also, in paragraph 2, prescribes that all the bodies of the central government and of local and regional self-government shall, within their constitutional and legal competence, execute them. In paragraph 3 it lays down that the Government of the Republic of Croatia shall ensure the execution of the decisions and the rulings of the Constitutional Court. However, in addition to this paragraphs 4 and 5 of the same article empower the Constitutional Court to itself determine which body is authorized to execute its decisions and to determine how they shall be executed. It must also be said that Article 31 has been placed in Chapter III, "Proceedings of the Constitutional Court - General Provisions", among the regulations defining the complete proceedings before the Constitutional Court and the decisions and rulings that are rendered during them. Therefore this provision of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia applies to all the decisions and rulings of the Constitutional Court<sup>10</sup>.

Besides the provisions concerning the binding nature, the duties and ways of executing the decisions and rulings of the Constitutional Court, the Constitutional Act on the Constitutional Court also contains provisions defining how the decisions and rulings shall be passed (Article 27), what they shall contain (Article 28) and how they shall be published (Article 29), and about forwarding all the acts to the participants in the proceedings before the Constitutional Court.

It is important to say that besides the provisions of Article 31, Article 77 of the Constitutional Act on the Constitutional Court<sup>11</sup> is exceptionally important for compliance with the decisions and rulings of the Constitutional Court and for realising its so-called judicial activism. This article lays down that the legal opinion of the Constitutional Court, expressed in the decision quashing the act that violated the constitutional right of the applicant of the constitutional complaint, must be obeyed.

<sup>9</sup> The complete Article 31 of the Constitutional Act reads: "(1) The decisions and the rulings of the Constitutional Court are obligatory and every individual or legal person shall obey them. (2) All bodies of the central government and the local and regional self-government shall, within their constitutional and legal jurisdiction, execute the decisions and the rulings of the Constitutional Court. (3) The Government of the Republic of Croatia ensures, through the bodies of central administration, the execution of the decisions and the rulings of the Constitutional Court. (4) The Constitutional Court might determine which body is authorized for the execution of its decision, respective its ruling. (5) The Constitutional Court may determine the manner in which its decision, respective its ruling shall be executed.

<sup>10</sup> Jadranko Crnić, LL D: *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske* (Commentary of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia), p. 70, Narodne novine, Zagreb 2002.

<sup>11</sup> Article 77 of the Constitutional Act reads: "(1) When the constitutional complaint is accepted and the disputed act quashed, the Constitutional Court shall state in the reasons for the decision which constitutional right has been violated and what makes the violation. (2) When passing the new act from Article 76, paragraph 2, of this Constitutional Act, the competent judicial or administrative body, body of a unit of local and regional self-government, or legal person with public authority, is obliged to obey the legal opinion of the Constitutional Court expressed in the decision quashing the act whereby the applicant's constitutional right was violated.

There have been no disputes in legal theory and judicial practice about the binding nature of the ordering parts of judgments, either of courts or of decisions of the Constitutional Court. However, concerning the statement of reasons of the decision and the legal opinions expressed therein, its binding nature has been disputed (and still is) both in theory and in practice. As the cited provisions of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia show, the Constitution framer decided to regulate this issue in norms of a constitutional character, which is interesting both from a theoretical and from a practical aspect.

The motive and the need to decree the binding nature of both the ordering part of the decision and of the legal opinion expressed by the Constitutional Court in making it resulted, for the Constitution framer, from a conflict of opinion between the Constitutional Court and the Supreme Court of the Republic of Croatia, which resulted from their different approach to the binding, or non-binding, nature of Constitutional Court decisions with respect to the judicial authorities<sup>12</sup>.

In my opinion there is no dispute, nor should there be any, about the commitment and the constitutional and legal position of the judicial authorities in the legal order as independent and autonomous. There can also be no dispute that judicial power is held by the courts () and that the Supreme Court of the Republic of Croatia is the highest-ranking court, which "ensures the uniform application of the law and the equality of everyone in its application". However, this position held in the constitutional and legal order by the regular courts does not prevent the Constitution framer from placing under the jurisdiction of the Constitutional Court, through norms that are (exclusively) constitutional in character, the protection of human rights and freedoms also with respect to judicial decisions. This approach does not encroach on the independence and autonomy of the judiciary but only gives the Constitutional Court the task of protecting constitutionally enshrined human rights and freedoms even when they have been violated by the judicial authorities. This is understandable, because it has been accepted that constitutionally prescribed human rights and freedoms are one of the constituting elements of modern democratic states.

Furthermore, in constitutional proceedings instituted by a constitutional complaint, because of the violation of human rights and freedoms, the Constitutional Court does not hold a classical trial of the kind held by a regular court but only passes a decision in which it finds whether or not there has been a violation of constitutionally protected human rights and freedoms.

---

<sup>12</sup> See the more detailed explanation, especially page 8 of *Prijedlog Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske* (Proposal of the Constitutional Act on Amendments to the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia), which the Committee for the Constitution, Standing Orders and Political System in notification class: 711-01/01-01/03, entry no.: 612/2-01 on 9 October 2001 forwarded to the Croatian Parliament.

As the Constitution and the Constitutional Act have entrusted the Constitutional Court of the Republic of Croatia with the unlimited protection of constitutional freedoms and human rights "outside any hierarchy", its "view under constitutional law about the violation of the applicant's constitutionally established human rights and fundamental freedoms is not further controlled by anyone in any way"<sup>13</sup>. This approach makes it impossible to play with the parties' rights and strengthens people's legal certainty and confidence in the constitutional order.

### Binding Nature and Kinds of Constitutional Court Decisions

Starting from criteria that in the final issue result directly or indirectly from the Constitutional Act on the Constitutional Court, the decisions of the Constitutional Court can be classified on several grounds. We have seen that the Constitutional Act itself differentiates between decisions made in cases that decide on the substance of the matter and those (rulings) made in all the other cases. Starting from the aspect of when they enter into effect, decisions can also be divided into those that annul<sup>14</sup>, i.e. those whose effect is *ex tunc*, and those that repeal, whose effect is *ex nunc*<sup>15</sup>. Constitutional Court decisions can also be divided from the aspect of their effect on the participants of the proceedings, into those that act *ergo omnes* and those that act *inter partes*<sup>16</sup>. Of course, decisions may also be systematised according to the designations of the constitutional court cases which result from the jurisdiction of the Constitutional Court<sup>17</sup>, and so on.

<sup>13</sup> Taken from Jadranko Crnić, LL D: *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, p. 293, Narodne novine, Zagreb 2002.

<sup>14</sup> "An annulling decision denies the validity of the annulled act from the very outset (*ab initio*), i.e. *ex tunc*. This means that the annulment stretches into the past down to the creation of the act. All the acts that it gave rise to are also annulled; the situation reverts to the earlier state. Such an act (or legal transaction) is denied absolutely, it is considered inexistent (*negatum nullum*).” Professor Berislav Perić, LL D: *Struktura prava* (The Structure of Law), p. 122, Liber, Zagreb, 1974.

<sup>15</sup> By a repealing decision the repealed act, because of its unconstitutionality, “loses legal force *ex nunc*, from the moment when it is repealed; the repeal refers only to the future, and not as in the case of annulment also to the past.” Professor Berislav Perić, LL D: *Struktura prava*, p. 123, Liber, Zagreb, 1974.

<sup>16</sup> Decisions *ergo omnes* are binding on all and decisions *inter partes* on the parties in the dispute before the Constitutional Court. Some authors rightly point out that: “All decisions of the state, regardless of whether they are laws, administrative acts or judgments, must be binding either on the parties (*inter partes*) or on everyone (*ergo omnes*).” Professor Heinrich Scholler, LL D, “Načelo pravne države u praksi Saveznog ustavnog suda s obzirom na obvezujuću snagu presuda”, in *Ustavni sud u zaštiti ljudskih prava*, Pravo br. 24, Organizator, Zagreb 2000, p. 144. The same author, in the same book, writes the following on pages 246 and 247 about the binding nature of constitutional court decisions: “It follows from what has been said that the binding force of constitutional decisions can best be compared with statutory force, but that it also differs, both from this and from legal force”, p. 246, and: “When we speak about constitutional decisions, we use the term binding force and not legal force ...”, p. 247.

<sup>17</sup> Besides the most basic division of the decisions and rulings passed by the Constitutional Court into those that are instituted by the abstract control constitutionality and legality and those initiated by constitutional complaints, in the resolution of particular cases before the Constitutional Court the Constitutional Act differentiates between many different kinds of decisions and rulings. Thus, for example, decisions instituting proceedings to review conformity with the Constitution (Art. 55), decisions accepting constitutional complaints (Art. 73 and 76), decisions refusing constitutional complaints (Art. 73 and 75), decisions declaring that the impugned act, which violated a constitutional right, no longer produces legal effect (Art. 76 para. 3), rulings ending proceedings (Art. 61 taken with Art. 14), rulings rejecting a proposal to institute proceedings to review conformity with the Constitution and law (Art. 32 para. 2), rulings not accepting a proposal (Art. 43), etc.

All the decisions and rulings, besides being binding so that every natural and legal person has the duty to obey them, have another common characteristic. This is the structure of their contents, which are binding for everyone<sup>18</sup>. Because of this their appearance is very similar, because they must all have an introduction, an ordering part and a statement of reasons. The constant increase of the variety of constitutional court decisions emerges from the constant broadening of the jurisdiction of constitutional courts, which the modern democratic state gives them in its demand to raise to a constitutional level, regulate and protect an ever increasing number of social and constitutional values. These values make up the foundation of the state, they are grounds for interpreting the constitution and also, starting from the unity of constitutional contents, underpin the entire constitutional and legal order. Every activity of a constitutional court is very important in the performance of its work and duties and has a smaller or greater effect on the legal order of the country. However, the most important activity of a constitutional court, and the one that produces the greatest impact, is still the abstract constitutional control of the constitutionality and legality of laws, other regulations and general acts of bodies vested with public powers (). "Taking into account that the content and breadth of the effect of constitutional court decisions in a certain state are also indicators of the activity of the system of the judicial protection of constitutionality and legality in it, the issues connected to the effects of constitutional court decisions that repeal parliamentary acts, or repeal or annul other regulations because they are not in conformity with the Constitution and law, have shown themselves to be more important"<sup>19</sup>. The reverse effect that constitutional court decisions have on the legislative, executive and judicial powers is an essential part of the answer to the question about how these decisions can act back on the constitutional and legal order of society.

### Reverse Effect of Constitutional Court Decisions

The reverse effect that decisions of the Constitutional Court have on the legislative authorities and on the entire legal order emerges, in the first place, from the decisions on repeal or annulment made in the abstract control of the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of

---

<sup>18</sup> Article 28 of the Constitutional Act prescribes: "(1) The decision and the ruling of the Constitutional Court shall have an introduction, ordering provisions and reasons. (2) The introduction of a decision, respectively a ruling, contains: the title of the Constitutional Court, the names and surnames of the president and the judges who participated in rendering the decision, respectively the ruling, a brief note on the case being decided and the date of the decision, respectively the ruling. (3) The ordering provisions contain the judgment of the Constitutional Court in the case. (4) In the reasons, the Constitutional Court shall explain the contents of the application which proposes the institution of proceedings, respectively the one by which the proceedings have been instituted, present the reasons for deciding as in the ordering provisions and the legal foundation upon which the decision has been grounded."

<sup>19</sup> Professor Jasna Omejec, LL D: "Pravni učinci ustavnosudske kontrole i drugih propisa", in *Ustav kao jamac načela pravne države*, p. 102, Pravo br. 34, Organizator, Zagreb 2002.

other regulations. It also results from determining the time of their entry into force. This especially refers to the transition period between the day when the decision was rendered to the day of its entry into force, which results from the so-called postponed time limit that is determined by the Constitutional Court itself.

I would immediately like to emphasise that in the Republic of Croatia the Constitution framer prescribed that the Constitutional Court may only make repealing decisions in the abstract control of the constitutionality of laws, regardless of whether it found that the entire act was unconstitutional or only some of its separate provisions. This means, with respect to the constitutional and legal order, that the repealed act or other regulation, or some of its separate provisions, are removed from it as a legal regulation in future, from the moment when the decision of the Constitutional Court enters into force. In other words, this regulation loses legal force with the entry into force of the repealing decision, which is effective *ex nunc*. The legal effects of the application of the regulation repealed by a decision of the Constitutional Court remain in force. The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia provides for time limits, conditions, procedures and even compensation of damage on the grounds of which it is possible to remove from the legal order the legal effects of some acts (general or individual), and when this is no longer possible, then the effects are removed through compensation of damage<sup>20</sup>.

Nevertheless, we must note, first, that by making it impossible to annul a law the Constitution framer (the legislator) set the top limit for the reverse effect of the Constitutional Court's decisions on the constitutional and legal order. It can be understood why the Constitution framer chose this way to regulate the effect of the Constitutional Court's decisions on the laws that it found unconstitutional after the review of their constitutionality. The motive, in the first place, results from whether it is possible to redress the effects, how great a public cost it would incur and how it would reflect on the legal certainty of natural and legal persons and public bodies which rightly believed that they were acting in accordance with the law until the decision of the Constitutional Court.

On the other hand, the entry into force of the decision about the unconstitutionality of a law and its effect *ex nunc* in no way means that before that moment it was in accordance with the Constitution. On the contrary, it had been unconstitutional even earlier but this had not yet been established by the competent body - the Constitutional Court. By accepting the principle that the Constitutional Court may "only" repeal an unconstitutional law, or its separate provision, and not annul it, the Constitution framer (the legislator) in fact recognised, in full consciousness, that it pre-

---

<sup>20</sup> On this issue see in more detail Articles 58 and 59 in connection with Articles 56, 57 and 60 of the Constitutional Act.



ferred to deal with the unconstitutional effects of the implementation of an unconstitutional law from the day of its entry into force to the day of the entry into force of the Constitutional Court's decision of repeal, which established its unconstitutionality. Obviously guided by what is opportune, the Constitution framer preferred to confront all the consequences of the institute of repeal than those of annulment, although it was fully aware that this approach has a back effect on the realisation of the principle of constitutionality and legality and on the fundamental constitutional values underlying the constitutional order (), in particular the rule of law and respect for human rights.

### **Constitutional Court Decision and its Postponement**

Analysts also show great interest in the decisions of the Constitutional Court in which laws are repealed due to their unconstitutionality, but which enter into force on a postponed date<sup>21</sup>. It is important to discuss postponement both from the aspect of accomplishing the fundamental values of the constitutional order and from the aspect of realising the fundamental role of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which is that it "shall guarantee compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia". The grounds under constitutional law for the Constitutional Court to define another time (except the day of publication) for the loss of force of a repealed law or other regulation, or their repealed separate provisions, are contained in Article 55 paragraph 2 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. This provision shows that the basic rule is that repealed laws or other regulations lose legal force on the day of publication of the Constitutional Court's decision. However, it is also possible for the Constitutional Court to set another term. No reasons are given for when this possibility may be used under constitutional law. It is understood that the reasons may be varied and that they need not all

---

<sup>21</sup> A period of postponement is the time that elapses from the day when the decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality and/or illegality of an act or its separate provision is published in the official gazette to the expiry of the day which is given as the time of its entry into force in the ordering provisions of the decision. Of course, the institute of postponement determined by constitutional courts, which exists in the constitutional and legal order of the Republic of Croatia, also exists in "the legal orders of most European states, especially transitional ones ... (for example, the Czech Republic, Latvia ... Slovenia). The legal orders of these states, however, also prescribe the final term after which the constitutional court decision becomes effective by the force of the constitution or law. Thus, for example, the Constitution of Poland provides that the judgment of the Constitutional Court enters into force on the day when it is published in the official gazette in which the original normative act was proclaimed (if the normative act was not proclaimed, the judgment must be published in *Monitor Polski*, the official gazette of the Republic of Poland), but the Constitutional Court also has the right to set another date for the loss of force of the unconstitutional normative act. This time period, however, in the case of another regulation belonging to subordinate legislation may not exceed 18 months. If the judgment of the Constitutional Court has financial effects for which funds have not been set aside in the state budget, the Constitutional Court determines the date of the loss of legal force of the unconstitutional normative act after requesting the opinion of the Council of Ministers". Professor Jasna Omejec, LL D, op. cit., p. 107. See also Article 190 of the Constitution of Poland..



necessarily be of a constitutional nor legal nature, but in our view they should be grounded in constitutional law from the aspect of the expected aim they are intended to achieve. Because of their indeterminate nature theorists give various reasons and arguments to justify them. Some consider that "prolonging the force of an unconstitutional law is done to ensure and protect the stability of the legal order, even when this requires recognising the validity of an unconstitutional law for another determined (future) time after the Constitutional Court has decided that it is unconstitutional. The assessment that effectively eliminating the unconstitutional law may cause greater chaos in the legal order than the unconstitutional law itself is one of the major reasons which justify this legislative mechanism. Also, this leaves the legislator time to re-examine its policy and in a calm atmosphere, without the pressure of time, enact a law that will be in accordance with the Constitution"<sup>22</sup>. Others refer to the case-law of the Croatian Constitutional Court and see "as the basic reason for postponing the effect of the repeal and prolonging the force of the law or (as is customary under the Constitution) other regulation, which has been found unconstitutional, avoiding a legal void and thus also legal uncertainty in a particular matter"<sup>23</sup>. However, the constitutional possibility of prolonging the force of an unconstitutional law opens up many problems and issues in the functioning of the constitutional and legal order. Some authors (rightly) see an added difficulty in the way in which this issue has been solved in the Republic of Croatia. Unlike most other, mostly transitional, European states, which also allow setting a postponed time limit, in Croatia there is no final deadline until which the force of the unconstitutional law may be prolonged, nor are there other restrictions to which the Constitutional Court should adhere.

In their opinion, "this legislative solution may have many detrimental effects on the legal order, among which they point out the danger of infringing legal certainty and violating the principle of legal assuredness and the principle of the legitimate expectations of the parties to which the unconstitutional law will be applied for an uncertain period of time"<sup>24</sup>. Additional cause for concern with respect to this legislative solution, which has detrimental effects on the legal order, is the practice of the Constitutional Court of the Republic of Croatia which has, by referring to this legal mechanism, in several cases already passed decisions that led to

<sup>22</sup> Professor Jasna Omejec, LL D: "Pravni učinci ustavnosudske kontrole zakona i drugih propisa" in *Ustav kao jamac pravne države*, p. 107. Pravo br. 34, Organizator, Zagreb 2002.

<sup>23</sup> Jadranko Crnić LL D: *Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*, p. 142, Narodne novine, Zagreb 2002.

<sup>24</sup> Professor Jasna Omejec, LL D, op. cit. in footnote 22, p. 108.

an unreasonably long postponement of the loss of force of the provisions of some laws repealed because of their unconstitutionality<sup>25</sup>.

Because of the above, and also for other reasons which speak in its favour, the Constitutional Court's right to prolong, by its decision, the force of an unconstitutional law should be used restrictively. "Namely, during the time while the now already unconstitutional law, or other regulation, continued in force, the decisions (judgments, rulings etc.) passed by the competent bodies, and also courts, in this period of its prolongation had to be grounded on this unconstitutional regulation... The question of whether this was a kind of blow to legal certainty remained. When the effect of the law is extended the competent bodies are bound to act on an unconstitutional law. The parties, on the other hand, who secure a decision on the grounds of such a law, put themselves in danger of new proceedings and a different decision after that unconstitutional law goes out of force..."<sup>26</sup>.

Of course that in such cases, when the force of an unconstitutional law or other regulation, or of their unconstitutional separate provisions, is extended, government bodies also provide an answer to the question of what to do through their practice<sup>27</sup>. However, I nevertheless consider that

<sup>25</sup> The following is often mentioned as a striking example: "In its decision and ruling no.: U-I-673/1996 etc. of 21 April 1999, published in *Narodne novine* no. 39/99, the Constitutional Court repealed separate provisions of the Act on Compensation for, and Restitution of, Property Taken under the Yugoslav Communist Regime (*Narodne novine* no. 92/96). In point 3 of the ordering provisions of that decision the Constitutional Court determined that the repealed provisions of the Act shall go out of force when a new act enters into force in which the (then) Croatian National Parliament will enact new provisions instead of those which were repealed, and at the latest after the expiry of one year from the day of the publication of the decision in *Narodne novine*, i.e. on 23 April 2000. At the proposal of the House of Representatives of the Croatian National Parliament, the Constitutional Court in a decision under the same number, passed on 20 April 2000 and published in *Narodne novine* no. 43/00, extended the deadline for the loss of force of the repealed provisions of the Act until 31 December 2000. On the proposal of the Government of the Republic of Croatia, the Constitutional Court in a decision under the same number, passed on 20 December 2000 and published in *Narodne novine* no. 131/200, again extended the deadline for the loss of force of the repealed provisions of the Act to 31 March 2001. On the repeated proposal of the Government of the Republic of Croatia, the Constitutional Court in a decision under the same number, passed on 28 March 2001 and published in *Narodne novine* no. 27/01, again extended the deadline for the loss of force of the repealed provisions of the act until 15 July 2001. On the repeated proposal of the Government of the Republic of Croatia, the Constitutional Court in a decision under the same number, passed on 12 July 2001 and published in *Narodne novine* no. 65/01, again extended the deadline for the loss of force of the repealed provisions until 31 December 2001. On the proposal of the Committee for the Constitution, Standing Orders and Political System and the Committee for Legislation of the Croatian Parliament, the Constitutional Court in a decision under the same number, passed on 19 December 2001 and published in *Narodne novine* no. 118/02, again extended the deadline for the loss of force of the repealed provisions until 1 July 2002." Quoted from Professor Jasna Omejec, op. cit. p. 108. Jadranko Crnić, LL D, op. cit, p. 143, gives the same example. There are also other less radical examples. Thus "the Constitutional Court in its decision no.: U-I-1010/1994 of 29 November 1995 repealed the Public Information Act, ordering that it shall lose force on 30 June 1996. After passing the decision on repealing the Public Information Act, the Constitutional Court in its decisions of 28 June 1996 and 29 August 1996 extended the deadline for the loss of force of the Act until 31 August 1996 and 30 September 1996, respectively. The new Public Information Act (*Narodne novine* no. 83/96) entered into force on the day of its publication, 8 October 1996." - Jadranko Crnić, LL D, op. cit., p. 142. <sup>26</sup> Jadranko Crnić, LL D, op. cit., p. 143.

<sup>27</sup> As a rule, in cases when the Constitutional Court finds that an act, or its separate provisions, is unconstitutional or illegal, and at the same time postpones the entry into force of its decision, government bodies try not to continue acting on that unconstitutional and/or illegal act, or its unconstitutional and/or illegal separate provision. Among other things, they do this because of the later proceedings that may (and do) be instituted when the decision of the Constitutional Court enters into force. We have already shown which options and rights the Constitutional Act gives to the parties affected by the application of an unconstitutional and/or illegal regulation during the postponement term and after it has expired, but it is good here to also mention the provision of Article 13 of the Public Administration Composition Act (*Narodne novine*, nos. 75/93, 92/96, 48/99, 15/00 and 59/01), which reads: "The Republic of Croatia shall compensate the damage done to a citizen, legal entity or other party due to the illegal or irregular work of bodies of the central government, bodies of the units of local and regional self-government, or legal persons vested with public powers, in the activities of public administration entrusted to them."

if this kind of constitutional and legal mechanism must be retained in the legal order, then, first, it must be applied very restrictively and only in exceptional cases, and second, provisions must urgently be enacted to determine the final deadline until which the validity of an unconstitutional regulation, or its unconstitutional separate provisions, may be prolonged, and the criteria (reasons) under constitutional law that the Constitutional Court must meet to be able to make such a decision must be exactly formulated and prescribed. I consider that despite all the authority, expertise and wisdom concentrated in the Constitutional Court, and despite all the confidence in it that society and the state show, it must nevertheless as far as possible be relieved from the burden of responsibility entailed in the necessity of assessing what is opportune, and not what is constitutional and legal.

A special form of the effect of the Constitutional Court's decisions on the legal order of the Republic of Croatia results from its power to itself determine which body will implement its decision, and how<sup>28</sup>.

Not entering into all the forms of exercising this strong power of the Constitutional Court, which provides an additional guarantee (to everyone) that its decisions will be implemented, it is necessary to say that it also leads to a specific way of influencing the legal order, besides the general influence, and in a certain measure, albeit for a short time, even to its creation. This is the case when the Constitutional Court makes a decision about the unconstitutionality of a law or other regulation, or of its separate provision, and this leads to the appearance of a legal void that must not be permitted because of the needs of everyday life. The force of the unconstitutional regulation or its provision cannot be prolonged because its further survival would gravely distort the fundamental constitutional values. The application in real life of such an unconstitutional regulation, or its unconstitutional provision, would have consequences that would be exceptionally harmful and difficult to repair, both for society and for the state. Not entering into the legislator's right to remove the ensuing legal void through legislative activity as soon as possible, what is more, even hoping that the legislator will do this quickly, the Constitutional Court must nevertheless, for caution's sake, make a decision about what will be valid instead of the repealed unconstitutional regulation, or its separate provision, until the legislator does so through its own activities. In cases such as these the Constitutional Court prescribes which regulation or rule will be applied until the legislator regulates the issue that the repealed unconstitutional regulation had regulated. The case-law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia includes cases when even regulations that ceased to exist were

---

<sup>28</sup> See Article 31 of the Constitutional Act.

returned into the life of the legal order, not as regulations but as rules to be adhered to<sup>29</sup>.

Although it may formally be said that by doing so it decided on how its decision would be implemented, in fact the Constitutional Court acted on the scope and content of the valid legal order so as to protect its underlying fundamental constitutional values: the principle of constitutionality and legality and the state governed by the rule of the constitution. In a decision of this kind the Constitutional Court brought back into the legal order and gave at least temporary life to a rule which the legislator had excluded (for its own reasons) from the legal order as a regulation or as its separate part by passing a new regulation. This new regulation had stripped the older regulation of legal force, but in proceedings of abstract control the Constitutional Court had found the new regulation unconstitutional and for that reason had to repeal it. In decisions of this kind, looked on as a whole consisting of the ordering part and the statement of reasons, down to prescribing the manner of their implementation, we might say that the Constitutional Court directly influences the legal order, but through them it fulfils its task to "guarantee compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia".

#### **Constitutional Court Decisions of Annulment**

Unlike in the case of repeal, in the case of annulling decisions of the Constitutional Court the Constitution framer is far stricter, more specific and constitutionally and legally more decisive. This is completely clear from Article 55 of the Constitutional Act, which reads: "(1) The Constitutional Court shall repeal a law, or some of its provisions, if it finds that it is not in accordance with the Constitution; or another regulation, or some of its provisions, if it finds that it is not in accordance with the Constitution and the law. (2) The repealed law or other regulation, or their repealed separate provisions, shall lose legal force on the day of publication of the Constitutional Court decision in the Official Gazette *Narodne novine*, unless the Constitutional Court sets another term. (3) The Constitutional Court may annul a regulation, or its separate provisions, taking into account all the circumstances important for the protection of constitutionality and legality, and especially bearing in mind how seriously it violates the Constitution or the law, and the interest of legal certainty:

- if it violates the human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution,
- if, without grounds, it places some individuals, groups or associations in a more or a less privileged position".

<sup>29</sup> Thus, for example, in its decision in case no.: U-I-3597/2010 and others of 29 July 2011, in point II of the ordering provisions, the Constitutional Court orders: "Until the issues in the Article 1 repealed in point I of the ordering provisions are regulated in accordance with the requirements substantiated in this decision, the rules in Article 19 of the Constitutional Act on the Rights of National Minorities (*Narodne novine*, nos. 155/02, 47/10 – decision and ruling of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no.: U-I-1029/2007 and others of 7 April 2010) shall be applied."

Analysis of the above provision shows: first, the Constitution framer permits only other regulations to be annulled, not laws. Second, "The Constitutional Court may (therefore, need not make an annulling decision instead of a repealing one - note M.A.) annul a regulation, or its separate provisions", but on the grounds of a test that will provide sufficient circumstances for it to analyse, and which are important "for the protection of constitutionality and legality, and especially bearing in mind how seriously it violates the Constitution or the law, and the interest of legal certainty". Therefore, the Constitutional Court may annul another regulation (an operational instrument) only if it has found that it leads to an exceptionally grave violation of the Constitution or law and the interest of legal certainty (cumulatively), and that this is important for the protection of constitutionality and legality. The subparagraphs of paragraph 3 show when, under the Constitutional Act, the circumstances leading to the fulfilment of the above criteria may meet. Therefore, only in those two cases (let us repeat): "if it violates the human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution" and "if, without grounds, it places some individuals, groups or associations in a more or a less privileged position". Even when all these circumstances do meet, it remains for the Constitutional Court to assess whether or not it will annul the regulation. Or whether it will, instead of an annulling decision (only for other regulations), considering the consequences such decisions produce and how they affect the legal order, pass a repealing decision. Acceptance of the institute of annulment for regulations has in fact given the Constitutional Court another instrument, which it may and should use in situations that are not a case of the "usual unconstitutionality and/or illegality of an entire regulation or its separate provisions, but when the circumstances from paragraph 3 of Article 55 of the Constitutional Act meet"<sup>30</sup>.

As can be seen, the legislator was very restrictive in prescribing when the Constitutional Court may annul a regulation. Why? Because the "decisions of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which annul another regulation or its separate provisions, should by the nature of things have a retroactive effect. Such decisions of the Constitutional Court of the Republic of Croatia - under the customary legal rules - should also produce the automatic annulment of all the legal effects that the annulled unconstitutional and illegal regulations, or their separate provisions, produced from the day of their entry into force, both on other (potential) general regulations of lower legal strength, and also on individual acts brought on their grounds".

<sup>30</sup> Despite this stipulation in paragraph 3 of Article 55 of the Constitutional Act, some authors consider, with reference to it and starting from its sub-paragraphs: "As an exception from the power to freely decide whether it will annul a regulation or merely repeal it, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has the obligation to annul a regulation if it violates the human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution - if it, without grounds, places some individuals, groups or associations in a more or less privileged position." Professor Jasna Omejec, LL.D, op. cit., p. 115.

However, if the provisions of the Constitutional Act are analysed the conclusion is that the framer of the Croatian Constitution does not accept the automatic "retroactive effect (*ex tunc*) of decisions of annulment passed by the Constitutional Court of the Republic of Croatia on the legal relations which the annulled regulation produced from the day of its entry into force to the day of its annulment." It might sooner be said that it "legally equalises the effects of the Constitutional Court decisions in which another regulation is annulled"<sup>31</sup>.

This view stands on firm ground because, first, there is no difference in when annulling or repealing decisions enter into force. Both kinds of decisions enter into force on the day of their publication in *Narodne novine*, the official gazette of the Republic of Croatia. Second, under Article 58 of the Constitutional Act there is no difference in the conditions and criteria under which a natural or legal person may request the change of a final individual act, which violated its right, depending on whether that individual act was brought on the grounds of a repealed act or other regulation, or on the grounds of an annulled regulation.

This, in fact, brings us back to the question of the beginning, form and kind of effect of the Constitutional Court's annulling decision. Does it produce an effect from the moment of its publication or can its effect be retroactively extended. There are different and opposing views on this issue. The supporters of the *ex nunc* effect of the Constitutional Court's decisions on annulment explain their view with the need for legal certainty and the authority of the law, which would not be satisfied if the effect of the decisions extended back to a time before their publication in the official gazette. In this sense Crnić states: "The application of Article 56 (earlier 23) (now 58 - notes M.A.) of the Constitutional Act has caused many problems in practice. As this is a very complex issue which demands special analysis, here we only indicate the problem of whether this provision brings into question legal certainty? It is designed to remove the effects of the annulled regulation, but practice has shown that it causes many difficulties, that the results are minimal and that it makes the rights acquired under the annulled regulation uncertain, also bringing into question the rights of third persons acquired from the holders of rights that were based on the annulled regulation. We therefore deem that, in accordance with the practice of most constitutional courts, priority should be given to finality and binding legal effect and, except in the case of final sentences for a criminal offence (Article 56 paragraph 1 of the Constitutional Act), narrow down the right to re-examine other final decisions." 55/55 Crnić, Jadranko: "Pred izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske" (Standing Before Amendments of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia), *Hrvatska pravna revi-*

<sup>31</sup> Professor Jasna Omejec, LL.D, op. cit., p. 114.



ja, Zagreb, April 2001, p. 4. Compare also Krbek, *ibid.*, pp. 56-58, Čok, *ibid.*, p. 64-64.

The supporters of the *ex tunc* effect of the Constitutional Court's decisions on annulment, on the other hand, give priority to the principles of fairness and strict legality which should, in the case of these decisions, be interpreted in the sense that the annulled act was unconstitutional (illegal) even before the Constitutional Court made its decision. Accordingly, conditions should be created for the complete protection of parties whose interests the application of such an unconstitutional (illegal) act violated. Their arguments against the *ex nunc* effect of the annulling decisions of the Constitutional Court may be reduced to the following: "This is an approach under which constitutional courts protect the exercising of individual rights only indirectly, i.e. by reviewing normative acts; an unconstitutional or illegal regulation may act on a large number of individual cases, so eliminating such a regulation from the legal order is the most efficient way to protect not only the constitutionally defined legal order, but also the individual rights threatened by such a regulation. However, the harmonisation of legal norms will be poor satisfaction for the initiators and proponents in proceedings before the Constitutional Court in which they and their stands won, if it is impossible to change the individual acts because of which they addressed the Constitutional Court in the first place." 56/56 Salečić Marija: *Konkretna nadležnost Ustavnog suda Hrvatske i sudova udruženog rada u SR Hrvatskoj i međusobna funkcionalna uvjetovanost postupka pred tim sudovima (magistarski rad)* (The Concrete Jurisdiction of the Constitutional Court of Croatia and the Courts of Associated Labour in the Socialist Republic of Croatia and the Mutual Functional Interconnection of Proceedings Before these Courts (master's theses), Faculty of Law of Zagreb University, Zagreb 1989, p. 70 ff. Compare also Krbek, *ibid.*, pp. 56-58, Čok, *ibid.*, pp. 63-64.

Considering what has been said above, it may be concluded that in this question there is a clash between fundamental principles of the legal order; the principle of legal certainty and the protection of the objective legal order, on the one hand, and the principle of the rule of law, and especially the principle of fairness immanent to it, on the other hand. The principle of legal certainty and the protection of the objective legal order demand the protection of the institute of the final binding judgment, i.e. the prohibition of interfering with binding individual acts even when they were passed on the grounds of a law, or a regulation, which was found to be unconstitutional or illegal. The principle of the rule of law guarantees citizens the efficient realisation of their rights, from which results the obligation of the state to ensure this right for them if it was violated when an individual act was brought grounded on an unconstitutional law or other regulation, despite the fact that this individual act had already become legally binding"<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Taken from Professor Jasna Omejec, LL D, *op. cit.*, pp. 119-120.



### **Relationship between Decisions of the Constitutional Court and those of Regular Courts**

When I explained the motives and needs to regulate, in a constitutional act, the binding nature of the legal stands adopted by the Constitutional Court of the Republic of Croatia in the statement of reasons of its decisions rendered in proceedings dealing with constitutional complaints, I indicated some aspects of the relationship between the Constitutional Court and regular courts. I will continue by at least mentioning some other aspects, so as to show the influence of the Constitutional Court's decisions rendered in constitutional complaints against the judicial powers, i.e. against that part of the constitutional and legal order.

This influence emerges from the power of the Constitutional Court to decide on constitutional complaints lodged against individual decisions of government bodies, bodies of the units of local and regional self-government and legal persons vested with public powers, when these decisions have violated the human rights and fundamental freedoms, and also the right to local and regional self-government, guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia. However, it must be said that the Constitutional Court is not an institution of super-revision in relation to the regular courts, but examines their individual acts (after all the regular legal remedies have been exhausted) only from the aspect of the violation of human rights and fundamental freedoms guaranteed in the Constitution. The Constitutional Court of the Republic of Croatia has taken a firm stand on this issue, emphasising: "Under the Constitution and the Constitutional Act, the Constitutional Court is not a body of judicial power, it does not hold trials and does not decide on the merits in judicial matters. The Constitutional Court is a special body founded by the Constitution for the protection of individual human rights and fundamental freedoms (constitutional rights) in proceedings instituted by the constitutional complaint. The constitutional complaint is not a regular or extraordinary legal remedy in the system of domestic legal remedies. It is a special expedient in constitutional law for the protection of constitutional rights in individual cases. Thus it is not enough, in a constitutional complaint, to refer to violations resulting from illegalities allegedly committed by the competent body or the court in judicial proceedings. Legal protection against such illegalities is offered by regular and specialised courts in proceedings organised in several degrees of judicial protection. They may exceptionally also be examined by the Constitutional Court, but only and to the degree in which they may violate the human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution"<sup>33</sup>.

It clearly follows from the above that the Constitutional Court does not

---

<sup>33</sup> See in more detail in Article 31 of the Constitutional Act. In its work the Constitutional Court has used this power several times, as can be seen for example from its following decisions: U-III-1990/2010 of 22 December 2010 or U-III-203/2007 of 12 May 2010, and decision no.: U-II-296/2006 of 27 October 2010, and others.

conduct a trial on the grounds of a constitutional complaint against an individual judicial act (judgment) lodged because the party deems that it violated his or her human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution, but examines whether or not these rights and freedoms have indeed been violated. In such proceedings the Constitutional Court *volens nolens* also examines whether, in the trial, the regular court used the right and obligation that "Courts shall administer justice according to the Constitution, law, international agreements and other valid sources of law"<sup>34</sup>, on the one hand, and on the other whether or not there has been a declaration on the violation of human rights and fundamental freedoms during the regular judicial proceedings, or in the proceedings conducted by another government body, or body of local and regional self-government, or body vested with public powers.

Depending on the results, the Constitutional Court passes the appropriate decision. If it finds there has been a violation of protected human rights and fundamental freedoms, the Constitutional Court in its decision reverses the act of the court, other government body or body of local and regional self-government, or body vested with public powers. In the ordering provisions it pronounces its decision on the issue in the constitutional dispute and, if it so decides, may determine a body (including a court) to which it entrusts the implementation of its decision and the manner in which it is to be implemented. In the statement of reasons it expounds its legal opinion, which the competent judicial or administrative bodies, bodies of local and regional self-government or legal entity vested with public powers are bound to obey. Nevertheless, the Constitutional Court does not limit or encroach on the judiciary's independence and autonomy. What is more, in performing one of the most important tasks entrusted to it by the Constitution, the protection of human rights and fundamental freedoms enshrined therein as one of the essential constitutive elements of the modern democratic state, it only finds that they have been violated in one specific case, for example a court trial. It also explains and presents its standpoint in which it substantiates how, in which elements and/or contents and by whom a specific human right or fundamental freedom, protected by the Constitution, was violated. Of course, it also supplies arguments to be used in the retrial when this is necessary, in which the party would exercise the fullness of his or her human rights and fundamental freedoms and the violation would be removed in the prescribed manner, naturally, in accordance with the Constitutional Act.

This makes it possible to remove this particular violation of human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution from the constitutional and legal order, and also to ensure, through the implementation of the legal opinion expressed, that they will not be violated again in future.

---

<sup>34</sup> Article 118 of the Constitution of the Republic of Croatia.

It must be said that many times the so-called disputes between regular courts and the Constitutional Court concerning the realisation of the constitutional and legal order result from the problem of interpretation. In other words, on which is more appropriate in a specific case, the interpretation given by the Constitutional Court about whether there has been a violation of human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution with reference to the fundamental values of the constitutional order, or the interpretation given by the judicial authorities. This "dispute" becomes even more interesting considering that it often involves the interpretation of how to ensure the realisation of the principles of equality, equal rights or legitimate expectations, or impose restrictions on the parties acceptable in constitutional law, and at the same time ensure the exercising and protection of their human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution.

The answer to this question is to a great degree also the answer about how to achieve, in real life, the constitutionality and legality, consistency, functionality, economy and justice of the constitutional and legal order based on: freedom, equal rights, national equality and equality of the sexes, love of peace, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, conservation of nature and the environment, the rule of law and the democratic multiparty system, as the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia<sup>35</sup>.

### Conclusion

In exercising the jurisdiction given to it in the Constitution and the Constitutional Act, the Constitutional Court of the Republic of Croatia is a body independent of all the bodies of government. Its role in the constitutional and legal order of the state, and also its potential to act on this order through its decisions, results from its constitutional and legal (given only in norms of a constitutional character) position, jurisdiction and task to ensure the "guarantee of compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia" and of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. The Constitutional Court does not belong to the legislative, executive or judicial powers. When it administers justice it cannot enact laws or other regulations, or act on the legal order of the state as do the Parliament, Government or judiciary. It is not a body that creates the legal order by passing regulations, nor is it the one that implements and applies it, but it is the body that guarantees (while it is in force) compliance with it and its application in accordance with the Constitution and the particular constitutional and legal order that the Constitution has defined. The Constitutional Court has a negative regulatory function with reference to

---

<sup>35</sup> Article 3 of the Constitution of the Republic of Croatia

the constitutional and legal order. During its review of the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of other regulations, when it finds that they are not in conformity with the Constitution and law, it must, in accordance with its powers and the Constitutional Act, remove (exclude) them from the constitutional and legal order. This refers to all regulations except those that have the strength of the Constitution. This has clearly defined the dividing line. The Constitutional Court is a constitutional category in the constitutional and legal order that guarantees conformity with and the application of the Constitution and the Constitutional Act, but it is not and must not be a body that is above the Constitution.

Starting from what has been said above, in enacting, amending or supplementing the Constitution the legislative body may broaden or narrow down the constitutional and legal order and in doing so change the role, competence and position of constitutional institutions, including also that of the Constitutional Court. But in everything else, starting from the fundamental constitutional values that form the basis of the constitutional order and which are grounds for interpreting the Constitution, the Constitutional Court, in accordance with its powers, secures compliance with and implementation of the Constitution.

Through its decisions the Constitutional Court has a reverse effect on the constitutional and legal order. In the legislative field, as we said, as a negative legislator. However, today it is difficult to take a firm and defensible stand that this completely exhausts its reverse effect on the legislative policy. This caution results from what is known as the activist role of constitutional courts in Europe, which is increasingly important and present especially in transition countries that are implementing procedures connected to accession to the EU, on the one hand, and on the other hand are securing the uniform exercise of human rights and fundamental freedoms guaranteed both by the most important documents of the EU and the Council of Europe, and also by their own national constitutions.

Constitutional courts express their activism in the ordering part of their decisions and in the stands they take in making them, both in the abstract control of constitutionality and legality and in decisions with respect to constitutional complaints which everyone may lodge against the individual acts of courts, administrative bodies, units of local and regional self-government and legal entities vested with public powers, for the protection of human rights and fundamental freedoms. This means, all natural and legal persons. The decisions and rulings of the Constitutional Court of the Republic of Croatia are binding and everyone must obey them. This includes the holders of legislative, executive and judicial power. It is completely clear that the decisions of the Constitutional Court cannot themselves become a source of law within the constitutional and legal order.

But it would be difficult to say that the legislator, for example when regulating a new area in a law that it is being passed instead of a law repealed by the Constitutional Court, will not take the decision of the Constitutional Court into account and use its views as a basis for a law that complies with the Constitution. Because of this we can conclude that in its decisions the Constitutional Court acts on the legal order indirectly through the legislative policy.

With respect to the judicial powers, the Constitutional Court of the Republic of Croatia in the first place acts by deciding on constitutional complaints which anyone may lodge against the individual acts of government bodies and bodies of units of local and regional self-government, or legal entities vested with public powers, which also means against the individual acts of the judicial authorities, if they have violated a human right or fundamental freedom enshrined in the Constitution.

In these proceedings the Constitutional Court does not judge and is not a judicial power. It only examines whether or not constitutional rights have been violated in the impugned individual judicial act, no more and no less. In its decision (in the ordering part and in the reasons expressed in the decision) the Constitutional Court only requires and guides the courts about how to provide, in the repeated proceedings (if the constitutional complaint has been accepted), the applicant with protection of the violated human right and fundamental freedom. In this sense the decisions and rulings of the Constitutional Court have a reverse effect on the judicial powers within the framework of the constitutional and legal order without restricting their independence and autonomy. However, considering that the decisions are binding this obliges the courts to protect human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution, in the specific case, and to ensure that the applicant of the constitutional complaint, on this level also, receives the quality demanded by the Constitution and which the Constitutional Court has determined in its decision.

Through its activities of this kind the Constitutional Court contributes to the realisation, in specific cases, of one of the basic fundamentals of the constitutional and legal order, starting from the principles that everyone is equal before the law, that laws are equally applied in cases of the same kind and that human rights and fundamental freedoms enshrined in the Constitution are realised for everyone without discrimination on any grounds.

## РЕЗЮМЕ

Творцы Конституции выразили намерение сделать Конституционный Суд Республики Хорватия независимым от всех органов государственной власти, устанавливая: "Конституционный Суд должен быть независимым от всех органов государства...". Конституционное правосудие в Республике Хорватия регулируется и ограничивается только нормами конституционного характера, что является важнейшей гарантией его независимости. Конституционный Суд Республики Хорватия в пределах своей юрисдикции может выполнять только такие действия, которые закреплены в Конституции.

Конституционный акт о Конституционном Суде Республики Хорватия в статье 31 предусматривает, что определения и постановления Конституционного Суда являются обязательными и что каждое физическое или юридическое лицо должно подчиняться им. Конституционный Суд не входит в законодательную, исполнительную или судебную власти. При осуществлении правосудия Суд не может принимать законы или другие нормативные акты либо влиять на правовой порядок государства. При обнаружении несоответствия с Конституцией и законом в ходе рассмотрения конституционности законов Суд должен исключить их из конституционного и правового порядка. Конституционный Суд - конституционная категория, обеспечивающая конституционность в государстве, но она не является и не должна быть органом выше Конституции.

Совершенно ясно, что решения Конституционного Суда не могут сами стать источником права в рамках конституционного и правового порядка. Посредством своих решений Конституционный Суд действует на правопорядок косвенно, через законодательную политику.

Конституционный Суд Республики Хорватия может принять конституционную жалобу против отдельных актов судебной власти. В этих разбирательствах Конституционный Суд рассматривает только, были ли нарушены конституционные права данным судебным актом. Такой деятельностью Конституционный Суд вносит свой вклад в реализацию одной из основ конституционного и правового порядка - все равны перед законом и права человека и основные свободы, закрепленные в Конституции, реализуются для всех без дискриминации по какому-либо признакам.



## СОДЕРЖАНИЕ

### ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА НА XVI ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

<b>Гагик Арутюнян</b> Председатель Конституционного Суда Республики Армения .....	5
<b>Джианни Букиккио</b> Председатель Венецианской комиссии Совета Европы .....	10
<b>Сергей Капинос</b> Глава Ереванского офиса ОБСЕ .....	18
<b>Карен Андреасян</b> Защитник прав человека Республики Армения .....	20

### ДОКЛАДЫ НА XVI ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

<b>Евгений Танчев</b> Функции Конституционного Суда в защите демократического конституционного строя .....	25
<b>Гагик Арутюнян</b> Правовые позиции Конституционного Суда как источник прецедентного права .....	39
<b>Георгий Папуашвили</b> Роль Конституционного Суда Грузии в развитии конституционного строя в стране .....	45
<b>Луис Лопес Гера</b> Латентные и явные функции конституционных судов .....	50
<b>Анатолий Головин</b> Правовая природа и юридическая сила актов Конституционного Суда Украины .....	58
<b>Тома Бирмонтине</b> Значение конституционного контроля в развитии права .....	69



<b>Энгин Илдири</b> Роль социальных прав в конституционной системе: точка зрения из Турции .....	87
<b>Карим Каримов</b> Роль Конституционного Суда в защите основ конституционного строя Республики Таджикистан .....	91
<b>Гунарс Кутрис, Алла Спале</b> Правовые последствия решений Конституционного Суда в укреплении конституционного порядка: практика Конституционного Суда Латвийской Республики .....	97
<b>Анар Жаилганова</b> Роль Конституционного Совета в укреплении конституционной законности в Республике Казахстан .....	107
<b>Джордж Сантер</b> Наблюдения о влиянии решений Конституционного Суда Великого Герцогства Люксембург на внутреннее право в рамках утвержденного конституционного порядка .....	111
<b>Константин Арановский</b> Укоренение конституционализма и конституционного правосудия в странах-участницах континентальной правовой традиции .....	115
<b>Отто Люхтергандт</b> Значение решений Федерального Конституционного Суда для правового порядка Германии .....	123
<b>Войсек Гермелински</b> Полномочия Конституционного Трибунала Польши в рамках укрепления независимости юстиции .....	139
<b>Сергей Чигринов</b> Решения Конституционного Суда в правовой системе Республики Беларусь .....	149
<b>Мато Арлович</b> Правовые последствия решений Конституционного Суда для правового порядка Республики Хорватия .....	156

## CONTENTS

### OPENING SPEECHES AT THE XVI YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

<b>Gagik Harutyunyan</b> President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia .....	5
<b>Gianni Buquicchio</b> President of the Venice Commission of the Council of Europe .....	10
<b>Sergey Kapinos</b> Head of the Yerevan office of the OSCE .....	18
<b>Karen Andreasyan</b> Human Rights Defender of the Republic of Armenia .....	20

### PRESENTATIONS AT THE XVI YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

<b>Evgueni Tenchev</b> Constitutional Court Functions in Protecting Democratic Constitutional Order .....	25
<b>Gagik Harutyunyan</b> Legal Positions of the Constitutional Court as a Source of Case-Law ....	39
<b>George Papuashvili</b> The Role of the Constitutional Court of Georgia in the Development of the State's Constitutional Order .....	45
<b>Luis Lopes Guera</b> Latent and Manifest Functions of Constitutional Courts .....	50
<b>Anatoly Holovin</b> Legal Character and Legal Effect of the Acts of the Constitutional Court of Ukraine .....	58
<b>Toma Birmontiene</b> The Significance of Constitutional Review for the Development of Law .....	69

<b>Engin Yildirim</b> The Role of Social Rights in the Constitutional System: A View from Turkey .....	87
<b>Karim Karimov</b> The Role of the Constitutional Court in the Protection of the Basis of the Constitutional Order of the Republic of Tajikistan .....	91
<b>Gunars Kutris, Alla Spale</b> Legal Consequences of the Decisions of the Constitutional Court in Strengthening of the State's Constitutional Order: Experience of the Constitutional Court of the Republic of Latvia .....	97
<b>Anar Zhailganova</b> Role of the Constitutional Council in Strengthening the Constitutional Legality in the Republic of Kazakhstan .....	107
<b>Georges Santer</b> Observations on Influence of the Constitutional Court Decisions of Grand Duchy of Luxembourg on the Internal Law in the Framework of the Established Constitutional Order .....	111
<b>Konstantin Aranovsky</b> Establishment of the Constitutionalism and Constitutional Justice in the Countries Members of Continental Legal Tradition .....	115
<b>Otto Luchterhandt</b> The Significance of the Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany .....	123
<b>Woyciech Hermelinski</b> Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal in the scope of strengthening the independence of judiciary.....	139
<b>Sergey Chigrinov</b> Decisions of the Constitutional Court in the Legal System of the Republic of Belarus .....	149
<b>Mato Arlović</b> Legal consequences of Constitutional Court decisions on the legal order of the Republic of Croatia .....	156

**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  
Н. ХАЧИКЯН    N. KHACHIKYAN  
Г. ОГАНЕСЯН    G. HOVHANESSYAN  
С. ГРИГОРЯН    S. GRIGORYAN

**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>

---



## **XVII Yerevan International Conference**

**Interaction between the constitutional court and other institutions  
in ensuring the execution of constitutional court judgments**

## **XVII Conférence internationale d'Erevan**

**L'interaction entre la Cour constitutionnelle et d'autres institutions pour  
assurer la réalisation en oeuvre des décisions de la cour constitutionnelle**

## **XVII Ереванская международная конференция,**

**Взаимодействие конституционных судов и других институтов  
по обеспечению исполнения решений конституционного суда**

**5-6 OCTOBER  
ОКТОБРЕ  
ОКТАБРЯ 2012**