

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

Алманах
Constitutional Justice
in the new millennium

Justice constitutionnelle
au nouveau millénaire

2013

Verfassungsjuristik
im neuen Jahrtausend

АЛЪМАНАХ
Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2013

**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**

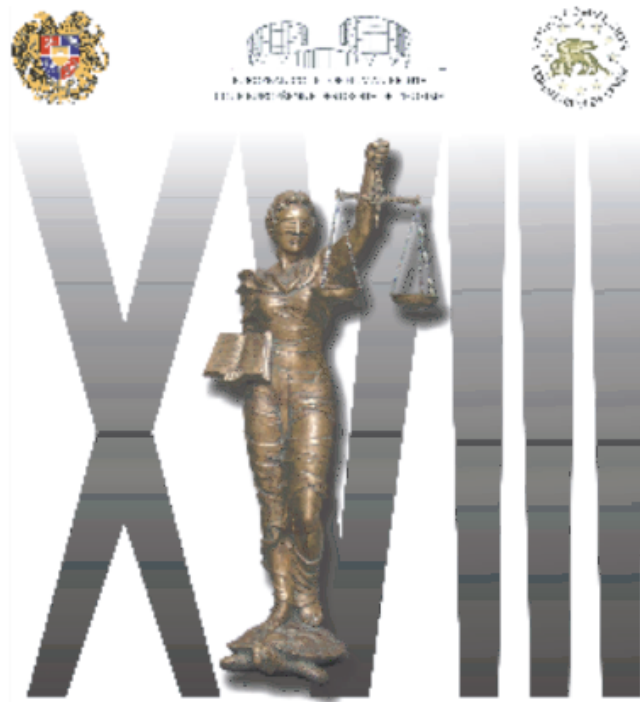
HEAD OF THE PROJECT

G.G. HARUTYUNYAN

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

ISSN 1829-0124

© «ՆԺԱՐ» - 2013
© «НЖАР» - 2013
© «NJHAR» - 2013



XVIII Yerevan International Conference

Topic: "The European Legal Standards on Rule of Law and the Scope of Discretion of Powers in the Member-States of the Council of Europe"

XVIII Conférence Internationale d'Erévan

«Les critères européens de la règle de droit et les frontières du pouvoir discrétionnaire dans les Etats-membres du Conseil de l'Europe»

XVIII Ереванская международная конференция

Тема: «Европейские стандарты верховенства права и границы усмотрения властей в странах-членах Совета Европы»

**3-5 JULY
AUGUST 2013**



XVIII Ереванская международная конференция
организована при содействии Германского общества
по международному сотрудничеству

ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА GREETING SPEECHES DISCOURS DE VOEUX

СЕРЖ САРГСЯН

Президент Республики Армения

Уважаемый господин Председатель Европейского суда по правам человека!

Уважаемый господин Председатель Венецианской комиссии Совета Европы!

Уважаемые участники Конференции!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

В рамках председательства Армении в Совете Европы мы инициировали созыв этой Конференции, придавая особо важное значение проблеме, которая в эти дни станет для всех участников предметом заинтересованных обсуждений.

Для нашей страны и властей большая честь и ответственность председательствовать в Совете Европы. Этот шестимесячный период мы будем стремиться обогатить такими инициативами, которые станут новым стимулом для развития и укрепления европейской системы ценностей, неукоснительной реализации принципа верховенства закона.

Неизбежная логика демократического развития заключалась в том, что в европейской правовой системе гарантирование верховенства права стало краеугольным камнем, ценностью. В статье 3 подписанного 5 мая 1949 года в Лондоне устава Совета Европы однозначно установлено, что каждый член Совета Европы должен принять принцип верховенства закона. Такой подход придал новое качество и дальнейшему разворачиванию международных отношений, поставив в их основу четкие ценностные ориентиры, согласно которым человек, его достоинство, основные права и свободы являются высшей ценностью. В свою очередь, государство ограничено основными правами и свободами человека, как непосредственно действующим правом. Это также основы, закрепленные в основах конституционного строя, Конституции нашей страны, которые предопределяют линию поведения личности и государственной власти в деле становления правового государства и гражданского общества.

Убежден, что во всех демократических странах на конституционном уровне тем или иным образом зафиксирована сущность принципа верховенства закона. Однако главная задача - претворить его в жизнь, сделать правилом жизни ограничение власти правом.

В особенности для стран новой демократии это требует скоординированной и последовательной работы. Требуется наличие независимой судебной системы и осуществление беспристрастного правосудия.

Наша страна в этих сферах вступила в новый этап системных реформ и последовательно осуществляет программы, ориентированные на большие перспективы. Стержнем всех этих программ является человек, гарантирование его прав и свобод, формирование в стране такой атмосферы, в которой будут главенствовать терпимость, плюрализм, отсутствие дискриминации, справедливость и взаимное доверие.

Уверен также, что эта исключительная Общеευропейская конференция, посвященная европейским критериям верховенства права и проблемам границ усмотрения властей, внесет свой непреходящий вклад в дело преодоления имеющихся вызовов, более эффективного гарантирования, обеспечения и защиты прав человека как в нашей стране, так и в других странах-членах Совета Европы.

Еще раз приветствую всех участников Конференции и желаю результативной и плодотворной работы.

SERZH SARGSYAN

President of the Republic of Armenia

Honorable President of the European Court of Human Rights,
Honorable President of the Venice Commission of the Council of Europe,
Honorable participants of the Conference,

Dear guests,

Ladies and Gentlemen,

In the framework of the chairmanship of Armenia in the Council of Europe, we undertook organization of this Conference, especially signifying the issue, which will become a subject of interested discussions by all participants. It is great honor and responsibility for our state and authorities to chair at the Council of Europe. During this six-year period we shall strive to estimate with such beginnings, which will aid to further development and establishment of the European value system and steady implementation of the principles of rule of law. It is inevitable logics of the democratic development that ensuring of the rule of law in the European legal sys-

tem has become basic value. Article 3 of the Statute of the Council of Europe signed in London, on May 5, 1948 explicitly prescribes that every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law. Such an approach brought new quality to the further development of international relations, stating the value distinct orientation, according to which the person, his/her dignity, fundamental rights and freedoms are of supreme value. In its turn, the state is restricted with the fundamental rights and freedoms of a person and citizen as directly living law. These are the provisions which are stipulated in the principles of the constitutional order of the constitution of our country which predetermine the behavior of the individual and state power in the establishment of the rule of law state and civil society.

I am sure that in all democratic states the essence of the principle of rule of law is stipulated on constitutional level this way or other in all democratic countries. However, calling to life is the main task, and making restriction of power by law the rule of life. Especially for the states of new democracy, it requires systemic and consistent work, demands availability of independent judicial system and implementation of fair jurisdiction. In these domains of systemic reforms our country has entered new phase and consistently implements programs of great perspective tendency. The person, ensuring of his/her rights and freedoms, formation of such an atmosphere in the country, where tolerance, pluralism, non-discrimination, justice and mutual trust will rule. I am sure that this exclusive Pan-European conference dedicated to the European legal standards of rule of law and the scope of discretion of powers will provide lasting investment both in our country and other member-states of European Council in overcoming the existing challenges, more effectively guaranteeing, ensuring and protecting human rights.

Once again, I would like to greet the participants of the conference and wish productive and effective work.



DEAN SPIELMANN*President of the European Court of Human Rights*

Your Excellencies:

Mr. President of the Republic,

Mr. President of the National Assembly,

Mr. President of the Constitutional Court,

Minister Nalbandian,

Ladies and Gentlemen,

I am very pleased indeed to take the floor this morning to address words of greeting to you in the name of the European Court of Human Rights.

I am deeply gratified that the Constitutional Court has, once again, involved the European Court in its annual conference. In Strasbourg we know from the experience of my fellow judges who have taken part in previous events - and above all Judge Alvina Gyulumyan who is of course present here today - the very high quality, in every respect, of the Yerevan International Conferences.

Long may they continue.

This year the conference takes on a special importance, being part of the programme of Armenia's first ever chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

At Strasbourg, we look forward to a constructive and productive term under Armenian leadership. Indeed, one of the first concrete achievements was the adoption of Protocol No. 15 to the Convention, which was opened for signature in the presence of Mr Nalbandian in Strasbourg at the beginning of last week. Twenty States signed the text immediately, including Armenia. I hope that their lead will be followed quickly by all other member States.

The Protocol is an important outcome of the process of reform of the Convention system, and I welcome its appearance so soon after last year's Brighton Conference.

The Protocol will make a number of amendments to the Convention, one of which has some relevance to the theme of this conference - I will return to this point in a moment. Yerevan Pan-European Conference - 3 July 2013.

This is a fertile time for the European Convention, with two other texts at an advanced stage. It is my hope that Protocol No. 16 will be a second achievement of the Council of Europe during Armenia's term in the chair. This protocol aims to bring a new dimension to the work of the European Court of Human Rights, creating a new advisory procedure that will allow the highest national courts to seek guidance from Strasbourg on questions of Convention law. I am convinced that this will come to be seen as a

valuable feature of the international mechanism, and I strongly support a wide ratification of the protocol by European States. A new channel of judicial dialogue will come in to being. I see the clear potential for it to aid national courts in their front-line role of protecting fundamental human rights. Our Court in Strasbourg stands ready to play this new role, which I hope will become a reality in the not too distant future.

Also in the pipeline is the agreement on the accession of the European Union to the Convention. As there is still some distance to travel before that becomes a reality, I will limit myself to observing that a truly historic development in international human rights law is now within the reach of European States.

* * * * *

The theme of this year's conference is a perennial one for modern states. It raises fundamental questions of power and authority, of accountability and legitimacy.

That the exercise of public power necessarily implies a degree of discretion for the authority concerned - and notably the executive - must be accepted as true in principle. In the very next breath, however, must be mentioned the limits that necessarily apply. The concept of the separation of powers, to which all European States subscribe in their way, goes hand in hand with respect by all powers of the State for the rule of law. Discretionary powers, whether they arise out of tradition and practice, or out of positive law, must remain within the boundaries set by the relevant legal norms - domestic and international. It is with the latter - and more exactly with European legal standards - that this conference is concerned.

Speaking from the perspective of the European Convention on Human Rights, it will not surprise you if I refer here to the margin of appreciation. It is, in a nutshell, the recognition by the European Court of an area of discretion that should be allowed to national authorities in the observance and implementation of human rights. A great deal has been said and written about the margin of appreciation - it may well be the most commented-upon feature of European human rights law. While it is a judge-made doctrine, it will soon make its way into the text of the Convention itself. As I mentioned earlier that one of the elements in Protocol 15 is of special relevance to today's conference - the addition of a new sentence to the Preamble of the Convention, reading as follows:

"Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the super-

visory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention,"

The States have themselves indicated, in the explanatory report, that their intention with this amendment is to be consistent with the case-law of the Court. The Protocol does not, therefore, set out to modify this key concept of European human rights law.

In these short introductory remarks, I will limit myself to just a few very brief observations about the margin of appreciation. I expect that the matter can be addressed in more detail during the substantive discussions later on.

I referred a moment ago to the limits that must apply to discretionary power in a State that is governed by the rule of law, a concept that also appears in the Preamble to the Convention and underpins all of its provisions. In the phrase "margin of appreciation," one must emphasise the word margin. It denotes a relatively limited area where the national authorities have a certain freedom of action or choice. The margin, as is well known, may be narrow or broad depending on a series of factors, but even when it is wide it remains a margin - it does not extend right the way across the page. As the Court has so often observed, the margin in a given case always goes hand in hand with European supervision. In short, there is no reserved domain for State authorities under the Convention.

Looking at the recent case-law of the European Court of Human Rights involving the margin of appreciation, one can see a trend towards judicial self-restraint when it is clear that the superior national courts have, at the domestic level, examined the case in light of the relevant Convention provision and case-law principles. For example, in a case that involved a balancing exercise between competing Convention rights - press freedom and the right to respect for private life - the Court observed that it "would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts" (Von Hannover No. 2).

One sees the same approach in relation to parliaments, where legislators carefully weigh up the relevant human rights aspects of a piece of legislation, and seek to achieve a reasonable accommodation between individual rights and others aspects of public interest, the Court has shown itself inclined to accept the balance that has been struck (Animal Defenders).

What we see in both of these examples is the principle of subsidiarity in action - a principle that will also become part of the Convention text with Protocol 15.

As a final remark, it is worth recognising how attentive the authors of the Convention, working more than 60 years ago, were to the need to set strict limits to the sovereign powers enjoyed by national authorities - the requirement that there be an explicit legal basis when restricting rights, and the strict criteria of "necessity in a democratic society" that must be met if an interference with an individual's right is to be accepted. This was

very progressive for its time. And it has stood the test of time, providing solid foundations for the modern human rights regime, the great achievement of the Council of Europe, and the precious heritage of all our peoples.

Ladies and gentlemen,

Thank you for your attention, and I wish for all of you a conference both fascinating and fruitful.

ДИН ШПИЛЬМАНН

Председатель Европейского суда по правам человека

Господин Президент Республики Армения!

Господин Председатель Национального Собрания!

Господин Председатель Конституционного Суда!

Господин Министр иностранных дел!

Дамы и Господа!

Я очень рад выступить сегодня с приветственным словом от имени Европейского суда по правам человека. Я благодарен Конституционному Суду за участие Европейского суда в настоящей Конференции. В Страсбурге известно о высоком качестве Ереванских международных конференций из опыта наших коллег-судей, которые принимали участие в предыдущих мероприятиях, и прежде всего от судьи Альвины Гюлумян, которая, разумеется, присутствует сегодня здесь.

В этом году Конференция приобретает особое значение, являясь частью программы первого в истории председательства Армении в Комитете министров Совета Европы. В Страсбурге мы ждем конструктивного и эффективного периода под председательством Армении. Конечно же, одним из первых конкретных достижений стало принятие Протокола № 15 к Конвенции, который был открыт для подписания в присутствии господина Налбандяна в Страсбурге в начале прошлой недели. Двадцать государств, в том числе и Армения, подписали текст незамедлительно. Надеюсь, что их примеру вскоре последуют все остальные государства-члены. Протокол является важным результатом процесса реформы контрольного механизма Конвенции, и я приветствую его скорое появление после прошлогодней Брайтонской конференции. Протокол внесет ряд поправок в Конвенцию, одна из которых имеет некоторое отношение к теме настоящей Конференции. Я очень скоро вернусь к этому вопросу.

Сейчас плодотворное время для Европейской конвенции. Я надеюсь, что Протокол № 16 станет вторым достижением Совета Европы в те-

чение срока председательства Армении. Этот Протокол внесет много нового в работу Европейского суда по правам человека путем создания нового механизма консультативных заключений, что позволит высшим национальным судебным инстанциям запрашивать указания по конвенционному праву из Страсбурга (право запрашивать консультативные заключения Суда будет предоставлено высшим национальным судебным инстанциям, которые должны иметь право передавать на рассмотрение Суда вопросы толкования Конвенции). Я убежден, что это будет рассматриваться как ценная особенность международного механизма, и я решительно поддерживаю широкую ратификацию Протокола европейскими государствами. Я вижу большой потенциал для того, чтобы помочь национальным судам в их ведущей роли в деле защиты основных прав человека.

Наш Суд в Страсбурге готов сыграть эту новую роль, которая, надеюсь, станет реальностью в не столь отдаленном будущем. Соглашение о присоединении Европейского союза к Конвенции также находится в процессе подготовки. Поскольку еще предстоит пройти определенный путь, чтобы это стало реальностью, я ограничусь лишь высказыванием, что поистине историческая эволюция в области прав человека в настоящее время находится в пределах досягаемости европейских государств.

Тема Конференции выдвигает фундаментальные вопросы относительно власти и полномочий, подотчетности и легитимности. То, что осуществление государственной власти неизбежно предполагает определенную степень осмотрительности соответствующих органов, в частности исполнительной власти, в принципе должно быть воспринято правильно. Однако именно здесь необходимо указать пределы, обязательные для применения.

Концепция разделения властей, которой все европейские страны придерживаются по-своему, сопровождается уважением принципа верховенства права всеми ветвями власти. Дискреционные полномочия, независимо от того, исходят они из традиций, практики или из позитивного права, должны оставаться в рамках, установленных соответствующими как внутренними, так и международными правовыми нормами. Именно европейским правовым стандартам посвящена наша сегодняшняя Конференция.

Вас не удивит, если я, говоря с точки зрения Европейской конвенции по правам человека, обращусь к свободе усмотрения. Одним словом, это признание Европейским судом определенного поля усмотрения, которое должно быть предоставлено национальным органам власти при соблюдении и реализации ими прав человека. Много было сказано и написано о свободе усмотрения. Хотя это доктрина, основанная на судебной практике, однако она скоро будет воплощена в тексте самой Конвенции.

Как я уже говорил, один из элементов в Протоколе 15 имеет особое отношение к сегодняшней Конференции - это внесение дополнения - нового предложения в Преамбулу Конвенции, которое гласит:

"Подтверждая, что в соответствии с принципом subsidiarity Высокие Договаривающиеся Стороны несут основную ответственность за обеспечение прав и свобод, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней, и пользуются при этом свободой усмотрения, надзор в отношении реализации которой осуществляется Европейским судом по правам человека, созданным на основании данной Конвенции".

В пояснительном докладе государства сами указали, что их намерения в связи с этим дополнением должны согласовываться с прецедентным правом Суда. Я обратился к пределам, в которых должны реализовываться дискреционные полномочия в государстве, которое руководствуется принципом верховенства права; концепция, которая изложена также в преамбуле к Конвенции и лежит в основе всех его положений. Во фразе "пределы усмотрения" следует подчеркнуть слово "пределы". Оно обозначает относительно ограниченную область, где национальные власти пользуются определенной свободой действия или выбора. Пределы, как известно, могут быть узкими или широкими в зависимости от целого ряда факторов, но даже когда они широкие, остается определенная свобода. Как часто замечал Суд, эти внутрисударственные рамки усмотрения всегда сопровождаются европейским контролем. Говоря кратко, Конвенция не сохраняет за органами государственной власти конкретную сферу для осуществления усмотрения.

Обратившись к недавнему прецедентному праву Европейского суда по правам человека, включая свободу усмотрения, можно увидеть тенденцию судебного самоограничения, когда становится ясно, что национальные высшие суды на национальном уровне рассмотрели дело в свете соответствующих положений Конвенции и принципов прецедентного права. Например, в деле, которое имело задачу сбалансирования права на свободу печати и права на уважение частной жизни, Суд отметил, что "нужны веские причины, чтобы национальные суды изменили свою точку зрения" (Фон Ганновер против Германии № 2).

Мы видим такой же подход в отношении парламентов. Там, где законодатели законодательными актами тщательно взвешивают все соответствующие аспекты прав человека и стремятся достичь разумного согласования между правами личности и другими аспектами, представляющими общественный интерес, Суд показал, что он может применить баланс, который, однако, был нарушен (Защитники животных).

В качестве последнего замечания следует признать насколько внимательны были авторы Конвенции, работающие более 60 лет назад, к

необходимости установления строгих ограничений на суверенные полномочия национальных властей, а именно: требование наличия ясной правовой основы при ограничении прав - строгий критерий, "необходимый в демократическом обществе", обязательный для применения, если допущено вмешательство в права личности.

Тогда это было очень прогрессивно и выдержало испытание временем, обеспечивая прочную основу современного режима защиты прав человека - великое достижение Совета Европы и драгоценное наследие всех наших народов.

Желаю всем Вам интересной и плодотворной работы и благодарю за внимание!



GIANNI BUQUICCHIO*President of the Venice Commission of the Council of Europe*

Mr. President of the National Assembly of Armenia,
Mr. Chairman of the Constitutional Court of Armenia,
Mr. Minister of Foreign Affairs,
Mr. President of the European Court of Human Rights,
Ladies and Gentlemen!

It is a great pleasure for me to be with you in Yerevan for the Pan-European Conference on European Standards of Rule of Law and the scope of discretion of powers in the member-states of the Council of Europe. The Venice Commission has a longstanding tradition of organizing Yerevan conferences with the Constitutional Court of Armenia, and I am pleased to convince the Conference this year during the chairmanship of the Republic of Armenia in the Committee of Ministers of the Council of Europe. In choosing the topic of the Rule of Law and Discretion, the Armenian chairmanship and the Constitutional Court have made a wise decision. The late philosopher, legal philosopher Ronald Dworkin once wrote and I quote: "Discretion, like the hole in a donut, does not exist, except as an area left open by its surrounding belt of restrictions. It is therefore a relative concept; it always makes sense to ask - discretion under which standards or discretion as to which authority?" It is this belt of restrictions and the applicable standards that we have come to explore today in Yerevan. At first side, the exercised of discretion may seem appealing and even dangerous, letting the executive make decisions that are not predefined by positive law could lead to arbitrary results, which are conflicting with the principle of legality of the Rule of Law. However, this is untrue. In any society, in any state administration decisions need to be taken that are close to social realities. It is impossible to predefine in the law all situations that could arise in practice. Forcing the executive and the judiciary to implement laws in a purely former manner would result in the breakdown of state administration. Laws cannot foresee all the possible and conceivable options for their application and they should not seek to do so. A modern state needs to be flexible in order to be able to react quickly to changing circumstances. Discretion is necessary but discretion needs to be limited in order to be in conformity with the principle of the Rule of Law. Basing itself on other fundamental documents of the Council of Europe and United Nations, the Venice Commission's report on the Rule of Law tried to seek a consensus on the central elements of the Rule of Law, which are: legality, legal certainty, provision of arbitrariness, access to justice, respect for Human Rights and non-discrimination and equality before the law. Each of these elements closely relate to the issue of discretion. The principle of legality requires that public officials exercised discretion only

within the scope attributed to them by the law. Legal certainty requires that the scope of discretion of the state be foreseeable in order to allow the individual to regulate his or her conduct. Either legal certainty also relates to the quality of the law itself. Discretion should only be exercised where this is foreseen by the legislator and not because the norms are unclear or ambiguous. Arbitrariness is the negation of the Rule of Law. Discretion must be exercised in a way that avoids invisible, irrational, or oppressive acts. The exercise of discretion by the administration must be controlled by independent courts. The exercise of the own discretion is controlled by way of an appeal to a higher instance and in the field of Human Rights also by the international bodies, foremost, the European Court of Human Rights. Respect for procedural Human Rights, such as Right to be heard, is required in order to balance the choice of options of the administration. The wider the scope of discretion, the more procedural guarantees are required to avoid arbitrariness. Nondiscrimination and equality before the law are obvious constraints on any exercise of discretion.

Ladies and Gentlemen,

As we can see, the scope of discretion and the guarantees of the Rule of Law are thus closely intervened. During our discussions, we will approach this topic from the point of view of norm setting powers and implementing bodies. Both works together in order to achieve the necessary flexibility requiring the modern society while respecting the Rule of Law. Today, our conference would give us the opportunity to focus on the role of the legislator, to which extent is parliament free to make its own policy choices, what are its constraints in the constitution and International Law. Obviously, the parliament, but also government, as a norm setting power, adopting decrees, is bound by the hierarchy of norms. Are there differences in the scope of discretion according to the type of acts, for example when they provide benefits or when they limit rights? The implementation of laws, the procedure of adopting individual decisions by administration must be transparent and decisions must be stringently motivated, the least they will be annulled by the judiciary. Judicial decisions themselves have to live up to high standards of motivation.

Ladies and Gentlemen,

I am very grateful to the Constitutional Court of Armenia for being ready to publish the proceedings of this conference in its Almanac. For the Venice Commission the results of this conference will be an important contribution to our ongoing work on a checklist for the Rule of Law, which have been requested at the commissions London Conference on the Rule of Law as a practical concept under the UK chairmanship in the Committee of Ministers. Discussions here in Yerevan will help us to determine with the more procession, the concept of discretion, its scopes and its limits.

Thank you very much for your attention!

ДЖАННИ БУКИККИО

Председатель Венецианской комиссии Совета Европы

Господин Председатель Национального Собрания Армении!

Господин Председатель Конституционного Суда Армении!

Господин Министр иностранных дел!

Господин Президент Европейского суда по правам человека!

Дамы и Господа!

Для меня большое удовольствие присутствовать с Вами в Ереване на Всеевропейской конференции, посвященной европейским стандартам верховенства права и пределам усмотрения властей в странах-членах Совета Европы.

Венецианская комиссия имеет давнюю традицию организации совместно с Конституционным Судом Армении Ереванских конференций, и я рад, что в этом году удалось организовать Конференцию в период председательства Республики Армения в Комитете министров Совета Европы.

Организаторы приняли мудрое решение, выбрав в качестве темы обсуждения верховенство права и вопросы усмотрения. Недавно скончавшийся философ права Рональд Дворкин однажды написал: "Усмотрение, как дырка в бублике, оно не существует, за исключением области, открытой близлежащим поясом ограничения. Вот почему оно является относительной концепцией и всегда возникает вопрос - усмотрение по каким стандартам или усмотрение в отношении каких властей?"

Мы собрались здесь, чтобы исследовать именно этот пояс ограничений. На первый взгляд применение усмотрения может показаться интересным и даже опасным, позволяя исполнительной власти принимать решения, не предусмотренные действующим правом, что может привести к произволу, который противоречит принципу верховенства права. Однако это не так. В любом обществе, в любом государстве должны приниматься решения, которые наиболее близки данным социальным реалиям. Невозможно заранее предопределить в законе все ситуации, которые могут возникнуть на практике.

Принудительное исполнение законов исполнительной и судебной властями приведет к распаду государственного управления. Законы не могут предвидеть все возможные и вообразимые варианты их применения, и они не должны стремиться к этому.

Современное государство должно быть гибким, чтобы быть в состоянии быстро реагировать на меняющиеся обстоятельства. Усмотрение необходимо, однако оно должно быть ограниченным и соответствовать принципу верховенства права.

Основываясь на другие основополагающие документы Совета Европы и Организации Объединенных Наций, в докладе Венецианской комиссии о верховенстве права делается попытка найти консенсус между стержневыми элементами верховенства права, которыми являются: законность, правовая определенность, предотвращение произвола, доступ к правосудию, уважение прав человека, недопущение дискриминации и равенство перед законом.

Каждый из этих элементов тесно связан с вопросом усмотрения. Принцип законности требует, чтобы государственные должностные лица применяли усмотрение только в рамках, приписываемых им законом. Правовая определенность требует, чтобы границы усмотрения государства были предвидимы для того, чтобы позволить человеку регулировать свое поведение.

Правовая определенность также связана с качеством самого закона. Усмотрение может применяться лишь там, где это предусмотрено законодателем, а не потому, что нормы неясны или неоднозначны. Произвол - отрицание верховенства права. Усмотрение должно применяться, избегая невидимых, неразумных или жестоких действий.

Применение усмотрения властями должно контролироваться независимыми судами. Применение собственного усмотрения контролируется путем обращения в вышестоящие инстанции, а в области прав человека - также международными органами, прежде всего, Европейским судом по правам человека.

Уважение процессуальных прав человека, таких как право быть услышанным, необходимо для сбалансирования выбора действий властей. Чем шире сфера усмотрения, тем больше процессуальных гарантий необходимо во избежание произвола. Недискриминация и равенство перед законом являются очевидными ограничениями при применении любого усмотрения.

Дамы и господа!

Как видим, пределы усмотрения и гарантии верховенства права противоречат друг другу. В ходе нашей дискуссии мы будем подходить к этой теме с точки зрения законодательной власти и правоприменительных органов.

Оба работают для достижения необходимой гибкости, обязательной для признающего верховенство права современного общества. Сегодняшняя Конференция предоставит нам возможность сосредоточиться на роли законодателя, на степени его свободы в выборе собственной политики, ограничениях, предусмотренных в конституции и международном праве.

Понятно, что не только парламент, но и правительство при принятии постановлений связаны иерархией норм. Существуют ли различия в пределах усмотрения, зависящего от типа действий, например, когда они предоставляют преимущества или когда ограничивают права?

Исполнение законов, порядок принятия индивидуальных решений ведомствами должны быть прозрачными, и решения должны быть строго мотивированными, в противном случае они будут отменены в судебном порядке. Судебные решения сами должны достичь высокого уровня мотивации.

Дамы и господа!

Я благодарен Конституционному Суду Армении за готовность опубликовать материалы этой Конференции в своем Альманахе. Для Венецианской комиссии результаты этой Конференции станут важным вкладом в работу по составлению "Контрольного списка вопросов для оценки состояния верховенства права", решение о котором принято на организованной в рамках председательства Объединенного Королевства в Комитете министров Совета Европы Конференции на тему "Верховенство права как практическая концепция". Ереванские обсуждения помогут нам определить концепцию усмотрению, сферы ее применения и пределы.

Благодарю за внимание!



ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА OPENING SPEECHES ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

ОВИК АБРААМЯН

Председатель Национального Собрания Республики Армения

Многоуважаемый председатель Европейского Суда по правам человека г-н Шпильман!

Уважаемый председатель Венецианской комиссии г-н Букиккио!

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Позвольте приветствовать Вас в Национальном Собрании Республики Армения. Мы весьма рады принять в Ереване, в парламенте Армении Всеевропейскую конференцию на тему "Европейские стандарты верховенства права и пределы усмотрения властей в странах-членах СЕ".

Проведение подобного мероприятия символично не только в том смысле, что Конференция проходит в рамках председательства Армении в Комитете министров СЕ, но и свидетельствует о приверженности Армении европейским ценностям и готовности теснейшим образом интегрироваться в большую европейскую семью.

Уважаемые друзья!

Как Вам уже известно, через два дня Армения отметит День Конституции. Пользуясь случаем, хочу поздравить всех нас с наступающим праздником. Являясь государством с молодой демократией, Республика Армения тем не менее имеет богатые традиции конституционных принципов - с успешным совмещением норм права и нашей национальной ценностной системы. В частности, в этом году отмечается 240-летие труда известного армянского общественного деятеля 18-го века Ш. Шаамиряна "Западня честлюбия". Вышедшая в свет в 1773 г. в индийском городе Мадрасе работа, еще в 18 веке определив модель современного демократического государства, по сути была конституцией, причем с довольно передовым европейским мышлением.

Уважаемые друзья, дамы и господа!

То, что на Ереванскую конференцию приглашены и сегодня принимают участие в ее работе различные высокие делегации более чем из 30 стран-членов Совета Европы в лице представителей парламентов,

конституционных судов и высших судебных инстанций общей юрисдикции, министерств юстиции, офисов защитников прав человека свидетельствует об актуальности избранной темы и злободневности включенных в нее различных вопросов и проблем.

Хочу особо отметить, что важность темы Всеевропейской ереванской конференции подчеркнута Европейским судом по правам человека и Венецианской комиссией. Эта Конференция - реальная возможность путем обсуждений, оценок и предложений сделать верховенство права более доступным и воспринимаемым не только непосредственными акторами европейского континента, но и теми странами и властями нашего региона, которым, полагаю, предстоят еще серьезные свершения в этой сфере. У каждого из Вас есть возможность объективно оценить ситуацию с точки зрения европейских стандартов верховенства права и пределов усмотрения властей.

Уважаемые коллеги!

Тема Конференции актуальна для многих являющихся членами Совета Европы государств и не только для них. Уверен, что в ходе непосредственного и разностороннего обсуждения в этом формате можно развернуть дельные и интересные дебаты.

Желаю успеха работе Конференции и надеюсь, что у Вас также будет возможность ознакомиться с нашей древней страной.

HOVIK ABRAHAMYAN

President of the National Assembly of the Republic of Armenia

Dear Mr. Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights!

Dear Mr. Gianni Buquicchio, President of the Venice Commission!

Distinguished Chairmen of Constitutional courts!

Dear participants of the conference!

Ladies and gentlemen!

Let me welcome you in the National Assembly of the Republic of Armenia. We are very happy to host the Pan-European conference on "The European Legal Standards of Rule of Law and the Scope of Discretion of Powers in the Member States of the Council of Europe" in the Armenian parliament, in Yerevan.

Holding of this event is symbolic not only in the sense that it is taking place in the frames of the Armenian chairmanship of the Committee of Ministers, but also attests to Armenia's commitment to European values and readiness to closely integrate in the big European family.

Dear Friends,

As you might be aware, in two days Armenia will be celebrating Constitution Day. I would like to seize this opportunity and congratulate all of us on the upcoming national event. Being a young democracy, Armenia has rich traditions of constitutional principles - with a successful combination of legal norms and our national value system. In particular, this year we mark the 240th anniversary of the 18th century outstanding Armenian public figure Shahamir Shahamirian's work "Vorogayt Parats" (Snare of Glory). This work, published in 1773 in Madras, India, actually defined the model of a contemporary democracy and, in fact, presented itself a constitution, inter alia, with a rather advanced European mentality.

Dear Friends, ladies and gentlemen

The fact that high-level delegations from over 30 Council of Europe member states are invited and attend the Yerevan conference on behalf of parliaments, constitutional courts and judicial instances of general jurisdiction, as well as Justice ministries, representatives of human rights defenders' offices attests to the topicality of the subject matter of the conference and to the urgency of different issues and problems placed on the agenda.

I wish to particularly mention that the European Court of Human Rights and the Venice Commission attach great importance to the subject matter of the Yerevan conference. Through debates, assessments and recommendations the conference is a real opportunity to make the rule of law more and more accessible not only to the direct actors in Europe, but also to those states and authorities of our region, who, I believe, have serious work ahead of them in this area. Each and every of you has a possibility to objectively assess the situation in conformity with the European standards and from the angle of discretion of powers.

Dear Colleagues,

The theme of the conference is topical for many Council of Europe states, and not only for them. I believe that in this format of direct and multilateral discussion deep and interesting debates will take place.

I wish successful proceedings to this Pan-European conference and I hope that you will also have an opportunity to get a better knowledge of our ancient country.



ЭДВАРД НАЛБАНДЯН

Министр иностранных дел Республики Армения

Уважаемый Председатель Национального Собрания!

Уважаемый Председатель Конституционного Суда!

Уважаемый Председатель Европейского суда по правам человека!

Уважаемый Председатель Венецианской комиссии!

Уважаемые участники Конференции, дамы и господа!

В качестве Председателя Комитета министров Совета Европы имею честь приветствовать Вас в Ереване от имени Комитета министров по поводу проводимой в рамках армянского председательства в СЕ Конференции на тему "Европейские стандарты верховенства права и границы усмотрения властей в странах-членах СЕ".

Впервые с момента вступления в Организацию 16 мая 2013 г. Армения приняла председательство в Комитете министров. Эту особую миссию мы рассматриваем в качестве дополнительной возможности для внесения своего вклада в совместные усилия стран-членов СЕ, направленные на развитие демократии.

Председательство является также вызовом каждой стране-члену СЕ, так как сегодня европейский континент сталкивается с множеством проблем, которые могут создать сложности в деле защиты наших основополагающих ценностей. Председательство является также и большой ответственностью, так как успехи Организации зависят не только от усилий, прилагаемых каждой страной СЕ в отдельности, но и от должной координации этих усилий.

Приоритеты Армении в период председательства в Комитете министров СЕ основаны на трех столпах. Хотелось бы выделить вопросы, заслуживающие, на наш взгляд, наибольшего внимания и адекватной реакции. Среди них борьба против расизма и ксенофобии в Европе, борьба с речами ненависти, поощрение межкультурного и межрелигиозного диалога, укрепление стандартов в области прав человека и верховенства закона, а также поощрение демократического общества.

Армения в период председательства придает важность и всем тем усилиям, которые направлены на повышение эффективности деятельности Европейского суда по правам человека, реформам СЕ, укреплению роли Организации в общеевропейской архитектуре, развитию диалога с организациями-партнерами, а также соседними с Советом Европы регионами.

Дамы и господа!

На прошедшем 16 мая 2013 г. в Страсбурге 123-ем заседании Комитета министров СЕ у нас состоялась довольно интересная и обстоятельная беседа с попыткой нахождения ответа на вопрос о том, что долж-

ны сделать Совет Европы и страны-члены для повышения эффективности деятельности СЕ.

Мы все едины во мнении, что Совет Европы является уникальным механизмом в деле защиты прав человека, демократии и верховенства закона и распространения идей об этом. Этот механизм уникален деятельностью Европейского суда по правам человека, который является наднациональным гарантом защиты прав 800 миллионов европейцев, этот механизм уникален и потому, что нормы и стандарты Суда носят обязательный характер, уникален своим институциональным строением и общеевропейской инклюзивностью.

Эффективная деятельность Организации и ее надежность во многом зависят от того обстоятельства, насколько страны-члены, взятые вместе и каждая в отдельности, останутся верны делу укрепления демократии, верховенства закона и прав человека, а также выполнению своих обязательств.

Дамы и господа!

Оставляя выражение мнений и комментариев относительно дифференциации права и верховенства закона, стандартов и границ усмотрения властей на присутствующих в данном зале уважаемых ответственных лиц и экспертов, хотел бы подчеркнуть важность верховенства закона для развития наших стран и обществ.

Аристотель в свое время сказал: "Для общественного воспитания необходимы законы, а для хорошего - необходимы хорошие законы". Работы этой Конференции могут также способствовать совершенствованию закона и процесса его применения на европейском континенте, и свой вклад в это могут внести как Комитет министров, Парламентская Ассамблея, так и Европейский суд по правам человека и Венецианская комиссия.

Завершая свою речь, хочу выразить благодарность Конституционному Суду Армении и лично Председателю Гагику Арутюняну за инициативу проведения этой Конференции, самым ярким доказательством важности которой является столь представительный состав участников и широкое географическое представительство. Выражаю свою благодарность и Председателю Европейского суда по правам человека Дину Шпильманну, и Председателю Венецианской комиссии Джанни Буккио за содействие организации Конференции, а также всем участникам - за внесение своего вклада в работу Конференции.

Желаю успехов Конференции на тему "Европейские стандарты верховенства права и границы усмотрения властей в странах-членах СЕ" и выражаю уверенность в том, что проведение Конференции внесет свой важный вклад этим крайне актуальным дебатам.

Спасибо за внимание.

EDWARD NALBANDIAN*Minister of Foreign Affairs of the Republic of Armenia*

Distinguished President of the National Assembly,
Distinguished President of the Constitutional Court,
Distinguished President of the European Court of Human Rights,
Distinguished President of the Venice Commission,
Distinguished Participants of the Conference,
Ladies and Gentlemen,

In my capacity as Chairman of the Committee of Ministers of the Council of Europe I have the honor to welcome you in Yerevan on the occasion of the conference on the topic "The European legal standards of rule of law and the scope of discretion of powers in the member-states of the Council of Europe" organized in the framework of the Armenian Chairmanship in the Council of Europe.

For the first time after the accession Armenia assumed chairmanship of the Committee of Ministers on 16 May. First of all we consider this important mission as an additional opportunity for making contribution to the collaborative efforts of the Council of Europe member states towards the development of democracy.

The Chairmanship is also a challenge to any member state of the Council of Europe because today the European continent faces lots of problems, which have created difficulties in the protection of our common values. It is a great responsibility as the success of the Organization is determined not only by the efforts of any single member state taken separately but by the proper guidance of those efforts.

The priorities of the Armenian Chairmanship in the Committee of Ministers of the Council of Europe are based on the three dimensions of the Organization underlining the problems which in our opinion require more attention and appropriate response. In this context I would mention fight against racism, xenophobia and hate speech in Europe, promotion of intercultural and inter-confessional dialogue, enhancement of the European standards of human rights and the rule of law as well as encouragement of democratic institutions.

The Armenian Chairmanship attaches a great importance to all those efforts directed to the increase in the efficiency of the European Court of Justice, the reforms of the Council of Europe, strengthening the role of the Organization in the common European architecture as well as the improvement in the dialogue with the neighboring regions of the Council of Europe.

Ladies and Gentlemen,

During the 123th session of the Committee of Ministers of the CoE we had

an interesting and meaningful discussion aimed at answering the question about the actions to be undertaken by the Council of Europe and the member states in order to increase the efficiency of the activities of the Council of Europe.

We all share the opinion that the Council of Europe is a unique mechanism for the protection and promotion of human rights, democracy and the rule of law. That mechanism is unique with the existence of the European Court of Human Rights which is the supranational warrant of the rights of 800 million Europeans. That mechanism is unique with its binding norms and standards; it is unique with its institutional structure and pan-European inclusiveness.

The efficiency of the activities and the trust attached to the Organization depend on whether the member states taken together and separately remain adherent to the enhancement of democracy, rule of law and human rights and ready to promote their commitments.

Ladies and Gentlemen,

Leaving the opinions and comments on the differentiation between the rights and the rule of law, European standards and the scope of the discretion of powers for the specialists and distinguished experts present in this hall, I would like to underline the importance of the rule of law for the development of our states and societies.

Aristotle said: "Law is order and good law is good order". The work of this conference can assist the improvement of the law and its application on the European continent. In this respect the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly as well as the European Court of Human Rights and the Venice Commission can make their contribution to that.

Ending my speech I would like to express my gratitude to the Constitutional Court of Armenia and personally to the President Gagik Harutyunyan for initiating this conference; the high-level attendance of which and wide geographic inclusion are the most vivid proofs of its importance.

I also express my appreciation to the President of the European Court of Justice Dean Spielman and the President of the Venice Commission Gianni Buquicchio for their assistance to the organization of the conference as well as to all participants for their contribution to the work of the conference.

I wish success to the conference on the topic "The European legal standards of rule of law and the scope of discretion of powers in the member-states of the Council of Europe" and express my confidence that it will contribute to these relevant discussions.

Thank you.



ДОКЛАДЫ¹

REPORTS¹

RAPPORTS¹



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

МЕСТО И РОЛЬ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В СОЦИАЛЬНОМ ПОВЕДЕНИИ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

ГАГИК АРУТЮНЯН

*Председатель Конституционного Суда Республики Армения,
член Венецианской комиссии,
доктор юридических наук, профессор*

Многоуважаемые участники Международной конференции!

Уважаемые дамы и господа!

Бесспорно, что обсуждаемая тема в международном аспекте очень актуальна, а связанные с ней многочисленные вопросы нуждаются в глубоком научном обобщении. Особенно это необходимо для стран новой демократии, где налицо понятийная путаница вплоть до уровня научной мысли, государственно-политического и общественного восприятия. Всестороннее изучение международного опыта по этому вопросу привело нас к выводу, что в любой стране успехи становления правового, демократического государства в первую очередь обусловлены степенью равноценного осмысления принципа верховенства права, его конституционного закрепления, законодательного регулирования, укоренения в государственном и общественном мышлении и образе действия. Вопрос не только в том, что ограниченное восприятие основополагающего принципа верховенства права зачастую приводит к путанице его отождествления с верховенством закона. Более существенным является то, что в подобных условиях краеугольный камень становления правового, демократического государства не может быть заложен правильно и все направленные на это усилия будут напоминать иллюзию построения замка на песке, без устойчивого фундамента.

Относительно вопроса, являющегося предметом обсуждения, особое значение мы придаем следующим обстоятельствам:

во-первых, насколько юридически четко осмыслен и сформулирован принцип верховенства права;

во-вторых, насколько суть этого принципа стала исходным элементом правовой и политической культуры данной страны;

в-третьих, какое отражение он нашел на уровне конституционных решений;

в-четвертых, насколько гарантии реализации этого принципа закреплены законодательно;

в-пятых, как правоприменительная система воспринимает и реализует принцип верховенства права;

в-шестых, насколько этот принцип стал необходимым, осмысленным и естественно реализуемым элементом социального поведения человека и гражданина;

в-седьмых, как государством и гражданским обществом осуществляется мониторинг реализации этого принципа и преодоление обстоятельств, препятствующих этому.

Из перечисленных обстоятельств особо остановимся на концептуальных подходах последних двух, исходя из следующих соображений:

1. Верховенство права, будучи краеугольным камнем правового государства, в первую очередь предполагает, что даже народ, которому принадлежит власть и который является ее источником, ограничен неотчуждаемыми правами человека как непосредственно действующим правом. Для многих стран это стало стержневой конституционной нормой. Следовательно, все остальные вышеперечисленные обстоятельства необходимы для создания среды, которая необходима для того, чтобы сделать верховенство права ядром социальной оценки человека и гражданина, аксиологической основой его самовыражения и самореализации. Если это не происходит, то другие указанные обстоятельства становятся самоцелью.
2. Системный мониторинг за превращением верховенства права в стержень социального поведения человека является тем главным условием, которое необходимо для последовательного выявления, оценки и преодоления всех возможных препятствий ограничения власти правом.

В более общей форме принцип верховенства права предполагает, что:

- права человека должны быть конституционно признанными, законодательно гарантированными, обеспеченными и защищенными равноценными конструктивными решениями;
- ограничение власти правом и непосредственное действие основополагающих прав человека должны стать нормой поведения для всех слоев социального общества;
- должен уважаться и гарантироваться принцип равенства всех перед законом;
- правосудие должно быть независимым, беспристрастным и справедливым;
- законы и другие правовые акты должны соответствовать принципу правовой определенности, быть предсказуемыми, четкими, не иметь пробелов и двусмысленности;
- осуществление власти должно быть основано на законности, справедливости и обоснованности;
- вопросы, касающиеся субъективных прав лиц, должны рассматриваться и решаться на основании закона, а не по усмотрению;

- правовые споры должны иметь необходимые механизмы их эффективного разрешения исключительно правовым путем;
- в вопросе прав человека государство должно последовательно осуществлять свои национальные и международные обязательства.

Эти подходы вытекают также из позиций, представленных в докладе Венецианской комиссии Совета Европы от 4 апреля 2011 г. CDL-AD(2011)003rev относительно верховенства права.

24 сентября 2012 года ООН также приняла декларацию **"О верховенстве права"**. Подчеркнув исключительное значение обеспечения верховенства права на национальном и международном уровнях, упомянутая Декларация особо выделяет значение независимости судебной власти, доступности правосудия, борьбы с коррупцией, терроризмом и транснациональной организованной преступностью. Содержит призыв ко всем странам-участникам ставить в основу деятельности национальных властей принцип верховенства права.

Думаем, что в рамках этой Конференции основной акцент необходимо делать не на важности вопроса, что очевидно, а на основании концептуального обобщения европейского и международного опыта конкретизировать приоритеты гарантирования верховенства права и в результате системной оценки объективных реалий раскрыть действительные возможности ограничения власти правом.

По нашему глубокому убеждению, исходной точкой решения этой задачи также является человек со степенью системно-ценностного осмысления своих социальных связей, уровнем публичной правосубъектности, наличием объективной среды для ее реализации. Следовательно, для становления правового государства стержневым становится то, какое место и какую роль имеет верховенство права в социальном поведении индивида, формируя равноценную систему взаимоотношений личность-общество-государство, становясь основным стандартом становления гражданского общества и правового государства.

Социальное поведение человека в настоящее время стало предметом серьезных обсуждений философами, социологами, психологами и представителями ряда других областей науки. Однако, по нашему мнению, к проблеме юридической оценки социального поведения человека пока еще не проявлено отношение, равноценное ее актуальности.

Социальное поведение личности прежде всего является осмысленным, разумным поведением, имеет аксиологическую основу, мотивацию проявления, характерные формы и способы выражения, которые направляют самовыражение личности в многослойных социальных связях. Аксиологической основой социального поведения являются оценка, осмысление места и роли человека в общественной жизни в соответствии с ценностной системой его мировосприятия.

Известный факт, что так называемый "Парадокс Лапьера" еще в начале прошлого века доказал, что для социального поведения человека постоянным и основным является его аксиологическая ориентация, та

ценностная система, которая лежит в основе его разумного самопознания и самовыражения.

Духовные и физические потребности человека, различные мотивации его ожиданий, интересов и целей диктуют равноценный образ действия, который по своему характеру имеет осмысленное аксиологическое проявление. Действительность в том, что каковы ценности, таковы общество и индивид. Аксиологическая мотивация индивида, в свою очередь, имеет не только субъективный, но и общественный объективный характер и значение. Здесь стержневым является то, какова диалектика удовлетворения потребностей индивида, посредством каких нагнетателей удовлетворения этих потребностей лицо вступает в динамичный процесс общественных отношений, исходя из той объективной реальности, что каждая удовлетворенная потребность порождает новые потребности. Учитывая это обстоятельство, лауреат Нобелевской премии Роберт Лукас в конце прошлого века предлагал в рамках теории рациональных ожиданий заложить в основу общественного управления концепцию влияния на социальные ожидания людей.

Духовной ценностью тысячелетий стала также формула достижения удовлетворенности и счастья посредством сдерживания ожиданий.

Общественное значение социальных взаимосвязей индивида, его социального поведения еще больше растет в гражданском обществе **параллельно оценке его места и роли**. В подобном обществе социальное поведение личности должно быть стабильным, предсказуемым, гармоничным его идеалам, стремлениям, ожиданиям и осмысленным ориентирам социальных связей. А это возможно только при наличии крепкой аксиологической основы разумного бытия человека и в условиях формирования равноценной этому социальной среды.

Одновременно в демократическом обществе необходимо, чтобы ценностные ориентиры социального поведения индивида гармонизировали с ценностной системой, нашедшей в обществе всеобщее признание.

В этом контексте особого внимания заслуживает то обстоятельство, что социальное поведение личности является не смелым проявлением его социальной психологии, **а его основной характеристикой является нормативность**. Последняя формируется как на основании обычаев, традиций, духовных ценностей, различных воздействий социальной среды, но и в первую очередь в результате правового регулирования взаимосвязей между людьми и их группами.

В этом аспекте весьма поучительны также уроки истории. Один из величайших представителей армянской средневековой правовой мысли Мхитар Гош в главе Б "Введения" своего Судебника мотивирует необходимость регламентирования правоотношений, в частности, следующими обстоятельствами:

- зло в людях, зло вообще умножилось, а люди не знают законов, следовательно, и их решения неправильные или отклоняются от законов;
- Моисеевы законы, писания пророков и Евангелие, будучи напи-

санными единожды, так и остались незыблемыми, окаменевшими, между тем поведение и нравы людей отличаются и меняются со временем, с народом и с миром. Поэтому и нужен такой Судебник, который отразил бы эти изменения;

- вначале Святой Дух воздействовал на людей и способствовал справедливому свершению правосудия, и Дух был законом, начертанным в сердцах людей, поэтому не было нужды в письменном законе. Сейчас, когда Святой Дух уже не имеет того воздействия и люди "совратились" с пути христианского братолюбия, правдивости, возникла необходимость написать Судебник;
- судебные дела обыкновенно заканчиваются присягой, но умножилось зло в людях и они, несмотря на то, что Бог наложил запрет на клятву, клянутся к месту или не к месту и часто всуе. С целью восстановления нарушенного права был написан Судебник;
- Судебник должен был установить законность и порядок, чтобы правосудие было беспристрастным, неподкупным и справедливым.

Эти и ряд других формулировок, обосновывающих необходимость создания Судебника, дошли до нас в результате глубокой и беспристрастной научной оценки событий 12 века. Они также подсказывают, что характер и необходимость правового регулирования также обусловлены социальным поведением человека, аксиологическими ориентирами его проявления и той социальной средой, в которой человек должен проявить себя как разумное создание, имеющее созидающее первоначало.

Думаем, вывод однозначен: социальное общество является здоровой, жизнеспособной, естественно существующей и развивающейся системой в том случае, когда социальные ожидания индивида находятся в гармонии с аксиологическими ориентирами общества и в основе обоих лежат субъективные, а также осмысленные и глубоко признанные ценности.

Для подобной роли и духовная, и мирская мысль в результате тысячелетнего опыта так и не нашла ничего нового, кроме как признанные высшими и неотчуждаемыми ценностями права человека и его основополагающие свободы.

Признание принципа верховенства права является высшей точкой самопризнания человека и осмысленного самовыражения его общественного бытия. Поэтому непререкаемой является следующая истина: в том обществе, где краеугольным камнем и индивида, и его общественного самовыражения не является гарантирование верховенства права, ожидание социального согласия и развития бессмысленно.

В правовом, демократическом государстве конституционно, на основании Основного Закона гражданского общества, в результате равноценной государственной политики должна сформироваться такая социальная среда, где верховенство права является ядром генерации и проявления социального поведения индивидов, их групп, власти и всего общества в целом. Как в X веке в своих божественных молитвах гласит великий Нарекаци, совершенные человеком грехи - это не

его преступление, а его несчастье. Человеку для нормальной и достойной жизни нужна необходимая среда и возможность. А уроки истории свидетельствуют, что это может быть гарантировано только в правовом, демократическом государстве.

Высшей миссией правового государства является такое регламентирование социального поведения индивида, общества и государства, когда неотчуждаемые права личности становятся главной гарантией его свобод, когда формируется такая социальная среда, в которой высшей формой направления социального поведения индивида становится не внешнее воздействие, **а самонаправление, основанное на верховенстве права**. В подобном обществе, где и для государства, и для индивида исходной точкой является верховенство права, законопослушность, стыд и совесть имеют несравнимо большее и решающее влияние на поведение личности, чем наказание и его предупредительное значение.

Эта бесспорная истина должна стать реальностью в первую очередь в Основном Законе страны, причем не путем механического заимствования, а путем осмысленного закрепления и неукоснительного воплощения в жизнь в результате общественного согласия. Однако наиболее важно, **с одной стороны**, гарантирование этого в реальной жизни, превращение конституционных основополагающих ценностей в правило жизни, в норму поведения индивида, общества и государства, **с другой стороны**, обеспечение такой системы мониторинга гарантирования конституционности, которая будет в состоянии в перманентности раскрыть, оценить и преодолеть под влиянием различных факторов каждое отклонение от этого основополагающего принципа, наделив общественный организм необходимой и достаточной иммунной системой.

Наши концептуальные подходы относительно последней проблемы изложены в имеющей международный представительский внушительный состав совместной работе, озаглавленной "Конституционализм нового тысячелетия: парадигмы реальности и вызовы", которую мы любезно подарим уважаемым участникам Конференции 5 июля во время презентации этой книги.

Спасибо за внимание.

SUMMARY

The article accentuates the circumstance that the issue to what extent the principle of rule of law has become an important, comprehended and naturally enforceable element of social behavior of the person and the citizen, is a question of principle for the rule of law state. The fact that the entire constitutional structure must be directed to making the rule of law as the core of social behavior, axiological basis for the self-expression and self-realization of the person and the citizen, is also underlined.

According to the author, constitutionalization of social behavior of the person based on value-system comprehension of his/her directly effective rights, is the initial point for resolution of this task. Social behavior of the individual is first of all comprehended and reasonable behavior; it has axiological basis, motivation of manifestation, typical forms and ways of expression, which guide self expression of the individual in the framework of multilayer social network. Assessment and understanding of the place and role of the person in social life in accordance with value system of his/her perception of the world are axiological basis for social behavior of the individual. In the system of social behavior of the person, his/her axiological orientation is constant and basic: the latter is the value system that determines the nature of constitutional culture of the society and forms the basis for certain constitutional solutions.

It is important for democratic society that value key points of social behavior of the individual are harmonized with the value system, which is universally recognized in the society on the basis of constitutional solutions.

In this context it is worth to pay special attention to the circumstance that the social behavior of the individual is not the unsystematic manifestation of his/her social psychology, and its basic characteristic is normativity. The latter is established both on the basis of custom, tradition, moral values, various influences of social environment, and first of all due to constitutional legal regulation of interrelations between persons and their groups. Social society is healthy, viable, naturally existing and developing, if social expectations of the individual are in harmony with axiological key points of the society, and both of them are based on objective, as well as comprehended and deeply acknowledged constitutional values. As a result of thousand-year experience, for such a role both the spiritual and secular thinking yet have not found anything else like human rights and fundamental freedoms acknowledged as ultimate and inherent value.

Acknowledging the principle of rule of law is the peak of self-awareness of the person and the comprehended self-expression of his/her social being. That's why, the following verity is indisputable: expecting social consent and development is senseless in the society, where guaranteeing rule of law is not the cornerstone of the individual and his/her social self-expression.

The constitutional regulation of social behavior of the individual, society and state, is the paramount mission of democratic and rule of law state, when inherent rights of the individual become the main guarantee of his/her freedoms, and when a constitutional environment is established, in which not the external action, but self-direction and self-regulation based on the rule of law become the paramount form of guiding social behavior of the individual.



CONSTITUTIONAL REFORM IN HUNGARY: EUROPEAN COMMITMENT AND NATIONAL SOVEREIGNTY

PETER PACZOLAY

President of the Constitutional Court of Hungary

I would like to use the example of the new Hungarian Constitution, the so called Basic Law, to show, how the national elements are combined with the European commitment and how the Hungarian courts are guided by the European courts, the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. The Hungarian Constitution was amended basically in 1989-1990, and this amendment to the Constitution introduced the recognition of the Fundamental Human Rights, a single Chamber Parliamentary system, the constructive vote of non-confidence on German example, a President of the Republic - the Head of State with constitutional and political veto and a Constitutional Court with strong competences. The problem of the Constitution was its flexibility: it was possible to amend it with the two-thirds majority of the single Chamber of the Parliament. The majority created by the elections in the spring of 2010, i.e. a two-thirds majority in the Parliament and this two-thirds majority are profited of this flexibility. First of all, amended the Constitution on several issues, under media regulation, introduced a retroactive ex-legislation and limited the competences of the Constitutional Court with reference to the economic crisis; it restricted the review of the laws related to budget and taxes only if they violate the Right to Life and Dignity, Protection of Personal Data, Freedom of Religion and Hungarian citizenship; also amended the way of how electing constitutional Judges. After that, it adopted a new Constitution, the Fundamental Law that entered into force in 2012, January 1. The structure of the Basic Law, the Fundamental Law is unusual, it begins with reference to God: God bless the Hungarians, it is also the first line of the Hungarian National Anthem, then starts with a long Preamble called the National Creed, and then the foundations of the constitutional structure are in the First Chapter. The Second Chapter is on the Fundamental Rights, then the Third Chapter is on regulation of the State and then it ends with final provisions.

As you know, this Basic Law was debated on different international forums, from critical opinions from the Venice Commission to the European Parliament and also the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. What are the most debated features? First of all, in the Preamble the men-

tioning of God is namely we recognize the role of Christianity in preserving the Nation was one of the issues debated internationally. Then, there is a reference to the Hungarian Historical Constitution, as an interpretative tool. You might know that Hungary did not have a written Constitution until 1949 but it had the tradition of the so called Historical Constitution. Thirdly, the Declaration of the nullity of the Communist Constitution referring to destruction with the continuity of the constitutional system created in 1949. In the Chapter on the foundation of the constitutional structure, article mentions the unity of the Hungarian nations, not limited to the nation within the Hungarian borders, to the political nation but also cultural nation and raising Hungarian sliding outside the borders of Hungary. It mentions among others quite strangely that the official currency of Hungary is a Hungarian Florint, which is strange in the case that Hungary is a Member of the European Union and tries to introduce the Euro. On the other hand, it underlines that Hungary wants to achieve European Unity, Liberty, Well-being and Security of the European peoples. Also it has a so called Europe Clause under relation of the National legal order to the Law of the European Union. Also emphasizes necessity of cooperation with every country of the world and the conformity of the Hungarian legal system with international law. These are the two sides of the coin.

As regards the Chapter on the Fundamental Freedoms, the new text of the Constitution used the European Convention on Human Rights as a source of inspiration for the right of assembly, freedom of association, the prohibition of collective expatriation, non-discrimination and unfair trial. It is quite uniquely introduced to the Constitution among others from the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the proportionality test and other tests for the restriction on Fundamental Rights, which is quite unique in the text of the Constitution. From the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the text they took over references to Human Dignity, the respect for private and family Life, the prohibition of eugenics, use of the human body for financial gain and human cloning, also the principal of due process and the protection of employees. So, in the text of the new Constitution on one hand you find references to the importance of the national sovereignty and national features, on the other hand, commitment for European values. As regards the relation to the two courts that give guidance also to the Hungarian judicial system, as regards the EU. The problem often raised by the international critics and on the other hand by the Hungarian authorities at the problem of constitutional identity. The reference to constitutional identity is based on the treaty of the European Union and is emphasized by the German Constitutional Court in its recent decisions. The question can be put that how far should generally respected values - Democracy, Rule of Law, Respect for Fundamental Rights uniformize national constitutions? *Visa versa*, the specific national constitutional solutions how can remain in coherence with international and European standards? In a case, the

Decision was delivered in 2010, the Hungarian Constitutional Court concluded that although the reforms of the respond Treaty were of paramount importance, they did not alter the fact that Hungary maintained and enjoys her independence, her status in terms of Rule of Law and her sovereignty and rejected the claim that stated that respond Treaty, the sovereignty of Hungary was curtailed. As regards the relation to the European Court of Human Rights, I have to mention that the European Convention of Human Rights in the Hungarian legal system does not enjoy the special status of constitutional rank; it is respected as part of international law. The Convention influenced both the ordinary courts and the Constitutional Court, influenced constitutional review and the interpretation of the Constitution in Hungary. The Constitutional Court referred to the Convention and the Case Law of the European Court of Human Rights even before its ratification by Hungary, before 1991. In the first formative period of constitutional jurisdiction in Hungary, referring to a given provision of the Convention, was much more a demonstration of considering and searching for European standards. It was aimed more at linking up Hungarian legal thinking to European norms than to use this International instrument in its proper role in the course of constitutional review. Recently two thorough studies analyzed the function of quoting International Court decisions in Hungary by the Hungarian courts, and both studies concluded that the quotations are inconsistent, their main function is additional support to the argument of the respective court, and the decisions are not based on the Convention or on the decisions of the European Court of Human Rights. However, a decision from 2004 of the Constitutional Court suggested the binding effect of the Strasburg jurisdiction, stating that the Hungarian Constitutional Court is bound by the Case Law of the European Convention of Human Rights and exercised by the Strasburg Court, in that the Convention became part of Hungary's domestic law. Nevertheless, the general trend of the Case Law of the Hungarian Constitutional Court and also other jurisdictions is under the significant influence by the European Convention and by the European Court of Human Rights. Also these courts, in their decisions affecting Human rights as specifically refer to the jurisprudence of the European Court of Human Rights in some domain and quote decisions in a concrete form. However, the main doctrine in Hungary is that Strasburg judgments do not have *erga omnes* effect, they are followed indirectly by amending the respective legislation; courts are respecting and taking into consideration but they are not bound by them and they are not accepting as a binding force, and this *bona fide* fulfillment is based on Articles 1 and 46 of the European Convention. Why does the Hungarian Court have reservation towards the European Court of Human Rights? Sometimes, because the different standards and levels of Human Rights Protection that exist simultaneously. This was because under Hungarian Constitution and jurisprudence of the Constitutional Court higher standards were set off for freedom of expres-

sion. In the last years I would rather stress that the constitutional jurisprudence should not go below the Strasburg standards. Second reservation is based on the fact that the Strasburg jurisprudence leaves too large possibility for the margin of appreciation, which was mentioned in the first two decades, now is basically used as a tool for the, let's say, unusual constitutional solutions under the new Basic Law. Also there are references to the sometimes incoherent and contradictory jurisprudence of the Strasburg Court, for example, in the case of Bukhta and others vs. Hungary, the Strasburg Court, by the way, rightly found that the dispersal of the Applicant's peaceful assembly cannot be regarded as having been necessary in a democratic society in order to achieve the aims pursued. The paradox was that the Strasburg Court by this judgment reviewed the Decision of the Budapest Regional Court that referred to the Case Law of the Strasburg Court and to the Decision of the Constitutional Court that sighted the requiring judgment of the European Court of Human Rights, judgment quite controversial in my view that basically set double standards for different countries allowing lower level of protection of Human Rights in the case of the new democracy saying that there is a historical transitional period that should be taken into consideration.

Another approach to the Court is based on a study in England, the so called Qualified Internationalism Approach, says that the European Court of Human Rights the binding authority without taking away the discretion of the national judge who chose to apply it. Let me conclude, that there is an obvious interaction between national and international protection of Human Rights, even if international courts do not supervise national courts, the jurisprudence serves as a source of inspiration for national judges. On the other hand, the high level of protection by the states, the so called Common constitutional heritage, sets an elevated international standard. To formulate in other word, the consensus among states under Protection of Human Rights guarantees high standards, while the lack of consensus opens up a great area for discretion in the language of the European Court of Human Rights for margin of appreciation.

РЕЗЮМЕ

Доклад касается конституционных реформ в Венгрии, европейских обязательств и национального суверенитета. На примере новой венгерской Конституции автор показывает, как национальные элементы сочетаются с европейскими обязательствами и как венгерские суды руководствуются решениями Европейского суда по правам человека. Основные поправки в венгерскую Конституцию были внесены рефор-

мами 1989-1990 гг. Затем была принята новая Конституция, вступившая в силу в 2012 году. Она стала предметом обсуждений на различных международных форумах, подверглась критике Венецианской комиссией, Европейским парламентом, а также Парламентской ассамблеей Совета Европы.

Автор приходит к выводу, что существует очевидная взаимосвязь между национальной и международной защитой прав человека, даже если международные суды не контролируют национальные суды, их судебная практика служит источником вдохновения для национальных судов. Консенсус между государствами по вопросам защиты прав человека гарантирует высокие стандарты, в то время как отсутствие консенсуса оставляет большее поле для усмотрения, на языке Европейского суда по правам человека - "свободу усмотрения".



POSITIVE OBLIGATIONS OF CONTRACTING PARTIES UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ALVINA GYULUMYAN

Judge of the European Court of Human Rights

1. The Interlaken, Izmir and Brighton Conferences were conferences on the reform of the Convention and called for actions on the part of Council of Europe member States, the Committee of Ministers and the Court.

This Conference, which is convened within the frames of the Chairmanship of Armenia at the Committee of Ministers of the Council of Europe, has an aim to elucidate what the legal standarts of rule of law and scope of discretion of the member states are. Probably it is impossible to overestimate the importance of the topic of present Conference for the member states, who expressed in Brighton their **"strong commitment to fulfil their primary responsibility to implement the Convention at national level"**.

When I was introduced to the main topic of this Conference, I tried to reflect on what issues I could focus on. The notion of "rule of law" and the "scope of discretion" or "margin of appreciation" could be approached from several angles and I believe that most of them will be discussed during these 3 days. In my presentation I would like to address the issue of positive obligations of state parties to the European Convention on Human Rights by referring to the case-law of the European Court - a matter which has never been discussed in the previous 15, already traditional Conferances organised by the Constitutional Court of Armenia and the Venice Commission. However, this is not the only reason why I have decided to focus on positive obligations. The main reason why I chose this subject is that the Convention provisions, in promoting the effective operation of the rule of law, are more designed to prevent possible violations of rights. The case-law of European Court of human rights demonstrates that the non-interference by authorities with human rights and freedoms is not sufficient to ensure that many of those rights are fully and effectivly safeguarded. In this respect, the State Parties are expected to be more active in guaranteeing the rights and freedoms enshrined by the Convention and the Protocols thereto.

The Court has developed a rich case-law concerning positive obligations.

This jurisprudence has tended to reinforce the duty of States to take steps that should help to prevent substantive violations of the rights and freedoms. A great merit of the positive obligation case law as a whole is that it encourages States to target potential human rights violations at their roots.

2. The identification of sources of the positive obligations raises some difficulties.

- Most of these obligations are precisely regulated by the Convention. A number of positive obligations are expressly present in the text of the Convention. For example, paragraph 1 of Article 2 imposes a positive obligation on states to protect life; or paragraph 5 of Article 5 imposes a positive duty to compensate the victim of unlawful arrest or detention.

However, a number of positive obligations have been read into the Convention by the Court's case law. Article 1 of the Convention, which requires the contracting States to secure the rights and freedoms defined in Convention and its Protocols, serves as the basis for the interpretation of other conventional provisions. Together with the text of other articles dealing with particular rights Article 1 has been interpreted as imposing both negative and positive obligations upon States¹. For example, the Court held "that in such a sensitive sector as the audiovisual media, in addition to its negative duty of non-interference, the State has a positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective pluralism ..." (Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy [GC], Application no. 38433/09, Judgement 7 June 2012, §133-134).

- Another example is when the Court held, that fulfilment of the obligation to secure effective rights under Article 6 § 1 of the Convention does not only mean the absence of interference but may also require positive action on the part of the State. In case of *Çakir and others v. Turkey* (Application no. 25747/09) Judgement 4 June 2013), the applicants, who had brought proceedings against their employer company for its failure to pay their salaries, were awarded compensation by the Court. However, they could not have those judgments executed as the required court fees, which the domestic court had imposed on the defendant party, the employer company, were never paid. The Court considered that by shifting to the applicants the full responsibility to meet the court costs, the State avoided its positive obligation to organise a system for the enforcement of judgments which is effective both in law and in practice.

¹ Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, Oxford-2009, p.18

- The other group is the obligations not directly indicated in the Convention, but mostly developed by the Court in its case law and related to the procedural aspects of the certain rights. In particular they derive from Article 2 (right to life) and 3 (prohibition of torture) of the Convention. The Court has consistently confirmed in its case-law the need to carry out an effective investigation into allegations of violations of Articles 2 and 3. The Court in many cases has found violations of these articles not on the substantive issue because of insufficient evidence to substantiate the allegations, but on the procedural aspect. "Violations of this procedural aspect of the Convention are not trivial violations. Failure to make provision for the material and legal conditions allowing the investigation and determination of such allegations strikes at the very heart of the rule of law"².

I will return to this issue later when by referring to the concrete cases I will present more detailed analysis of particular positive obligations.

- There is a positive obligation set out in Article 34 of the Convention requiring authorities to furnish all necessary facilities to make possible a proper and effective examination of applications. For instance, in certain circumstances authorities may be under obligation to provide applicants with copies of documents necessary for examination of their applications. Such an obligation will arise in the situations of particular vulnerability and dependence of applicants who are unable to obtain documents needed for their files (see *Iambor v. Romania* (no. 1), no. 64536/01, § 216, 24 June 2008; and *Naydyon v. Ukraine*, no. 16474/03, § 63, 14 October 2010). Anyhow, the analysis of this obligation is out of the scope of my presentation.

3. The question could be asked what are the limits of positive obligations? How does one avoid judicial activism unreasonably expanding the state's positive obligations?

In defining the limits of positive obligations, the Court is always careful not to impose undue burdens upon States. For example, considering the cases concerning States duty to protect freedom of peaceful assembly, the Court has expressly acknowledged that States cannot guarantee this in all circumstances and that their obligation is confined to taking "reasonable and appropriate measures.

4. Now I shall turn to the positive obligations deriving from certain Articles of the Convention.

- When lethal force is used within a "policing operation" by the authorities it is difficult to separate the State's negative obligations under the

² Luzius Wildhaber, *The European Court of Human Rights 1998-2006, History, achievements, reforms.* p. 23

Convention from its positive obligations. In such cases the Court normally examines whether the police operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force and human losses, and whether all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation were taken (see *Finogenov v. Russia*, *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, Reports 1998-IV, § 79; see also *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, Series A no. 324, §§ 146-50, § 194; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, Reports 1997-VI, § 171, §§ 181, 186, 192 and 193, and *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/95, §§ 102-04, ECHR 2001-III). Applying these principles, the Court has, for instance, characterised as deficient the Bulgarian legal framework which permitted the police to fire on any fugitive member of the armed forces who did not surrender immediately in response to an oral warning and the firing of a warning shot in the air, without containing any clear safeguards to prevent the arbitrary deprivation of life (see *Nachova and Others*, §§ 99-102). The Court also identified deficiencies in the Turkish legal framework, adopted in 1934, which listed a wide range of situations in which a police officer could use firearms without being liable for the consequences (see *Erdoğan and Others v. Turkey*, no. 19807/92, §§ 77-78, 25 April 2006).

The Court interpreted the positive obligation in question in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources (see *Makaratzis*, cited above, § 69, with further references; see also *Osman*, cited above, and *Maiorano and Others v. Italy*, no. 28634/06, § 105, 15 December 2009).

In case of *Giuliani and Gaggio v. Italy* the court concluded that Italian authorities did not fail in their obligation to do all that could reasonably be expected of them to provide the level of safeguards required during operations potentially involving the use of lethal force. The Court - which had had the opportunity to view video footage and photographs of the incident giving rise to the case - noted that the officer who had fired the shots had been confronted with a group of demonstrators conducting an unlawful and very violent attack on the vehicle in which he was stranded. In the Court's view, he had acted in the honest belief that his own life and physical integrity and those of his colleagues were in danger from the attack to which they were being subjected.

The court agreed with the Government that a distinction has to be made between cases where the law-enforcement agencies are dealing with a precise and identifiable target and those where the issue is the maintenance of order in the face of possible disturbances spread over an area as wide

as an entire city. Only in the first category of cases can all the officers involved be expected to be highly specialised in dealing with the task assigned to them.

The Court could not find a violation of Article 2 solely on the basis of the selection, for the G8 summit in Genoa, of a carabinieri who, like M.P., was only twenty years and eleven months of age at the material time and had been serving for only ten months. The Court stressed that in view of the very large numbers of officers deployed on the ground, they could not all be required to have lengthy experience and/or to have been trained over several months or years. The Court concluded that to hold otherwise would be to impose a disproportionate and unrealistic obligation on the State.

- The first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, Reports of Judgments and Decisions 1998-III). The State's obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. These obligations are not unqualified: not every presumed threat to life obliges the authorities to take specific measures to avoid the risk. A duty to take specific measures arises only if the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to life and if the authorities retained a certain degree of control over the situation.
- I would like to elaborate the Court's approach on positive obligations under Articles 2 and also under 10 of Convention by referring to the case *Dink v. Turkey* (2668/07, 6102/08, 30079/08 et al.Judgment 14.9.2010)

Hrant Dink, a Turkish national of Armenian extraction, was publication director and editor-in-chief of a Turkish-Armenian weekly newspaper. In 2003 and 2004 he wrote a series of articles for the newspaper in which he expressed his views on the identity of Turkish citizens of Armenian extraction.

Extreme nationalists reacted to the articles by staging demonstrations, writing threatening letters and lodging a criminal complaint. In 2005 a criminal court found the journalist guilty of denigrating "Turkishness" (Turkish identity) and imposed a suspended prison sentence on him. In 2006 the Court of Cassation upheld the finding of guilt. In early 2007 the criminal

court to which the case had been remitted discontinued the proceedings on account of the death of the journalist, who had been assassinated a few weeks earlier. Several investigations and sets of proceedings aimed at establishing whether the gendarmerie and police departments in question had known about the assassination plot. The Court observed that in view of the reactions to the articles in question, the security forces could reasonably be considered to have been informed of the intense hostility towards the journalist in extreme nationalist circles. Furthermore, it appeared that two police departments and one gendarmerie department had been informed of the likelihood of an assassination attempt and even of the identity of the alleged instigators. The threat of an assassination could therefore be said to have been real and imminent.

The Court next considered whether the authorities had done everything that could reasonably have been expected of them to prevent Dink's assassination. None of the three authorities informed of the planned assassination and its imminent realisation had taken action to prevent it. Admittedly, as stressed by the Turkish Government, Dink had not requested police protection. However, he could not possibly have known about the plan to assassinate him. It had been for the Turkish authorities, who were informed of the plan, to take action to safeguard Dink's life, which they failed to do.

- The Court also stressed that States were required to create a favourable environment for participation in public debate by all the persons concerned, enabling them to express their opinions and ideas without fear. The Court reiterates that States have positive obligations in relation to freedom of expression: they must not just refrain from any interference but must sometimes take protective measures even in the sphere of the relations of individuals between themselves. They were also required to create a favourable environment for participation in public debate by all the persons concerned, enabling them to express their opinions and ideas without fear. In view of its findings concerning the authorities' failure to protect Dink against the attack by members of an extreme nationalist group and concerning the guilty verdict handed down in the absence of a "pressing social need", the Court concluded that Turkey's "positive obligations" with regard to Dink's freedom of expression had not been complied with.
- The acts and omissions of the authorities may in certain circumstances engage their responsibility under the positive limb of Article 2 of the Convention also in the context of health care. However, where a Contracting State has made adequate provision for securing high professional standards among health professionals and the protection of the lives of patients, the Court cannot accept that matters, such as, errors of judgement on the part of a health professional or negligent co-ordination among health professionals in the treatment of a particular patient are sufficient of themselves to call a Contracting State to

account from the standpoint of its positive obligations, under Article 2 of the Convention, to protect life (see Byrzykowski, § 104). The positive obligations require States to make regulations compelling hospitals, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives.

5. Even though the scope of the State's positive obligations might differ between cases where treatment contrary to Article 2 and 3 has been inflicted through the involvement of State agents and cases where violence is inflicted by private individuals, the requirements as to an official investigation are similar. **This is not an obligation of result, but one of means.** The authorities must have taken the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including, inter alia, eyewitness testimony, forensic evidence, and so on. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of injuries or the identity of the persons responsible will risk falling foul of this standard, and a requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. In cases under Articles 2 and 3 of the Convention where the effectiveness of the official investigation has been at issue, the Court has often assessed whether the authorities reacted promptly to the complaints at the relevant time. Consideration has been given to the opening of investigations, delays in taking statements and to the length of time taken for the initial investigation (see Denis Vasilyev, cited above, § 100 with further references; and Stoica v. Romania, no. 42722/02, § 67, 4 March 2008 and C.A.S. and C.S. v. Romania no.26692/05, 20.03.2012).

Not every investigation should necessarily be successful or come to a conclusion which coincides with the claimant's account of events; however, it should, in principle, be capable of leading to the establishment of the facts of the case and, if the allegations prove to be true, to the identification and punishment of those responsible (see Mahmut Kaya v. Turkey, no. 22535/93, § 124, ECHR 2000-III; see also Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, no. 46477/99, § 71, ECHR 2002-II).

To be "effective", an investigation should meet several basic requirements formulated in the Court's case-law under Articles 2 and 3 of the Convention

- **it should be thorough**
- **independent**
- **the materials and conclusions of the investigation should be sufficiently accessible for the relatives of the victims, to the extent it does not seriously undermine its efficiency.**
- In addition, in the event of a life-threatening injury or a death, **States are required to set up an effective independent judicial system to provide appropriate redress** (see, for example, *Anna Todorova v. Bulgaria*,

no. 23302/03, § 72, 24 May 2011). In the case of unintentional deprivation of life, an effective procedural response is **to afford victims a civil law remedy**, either alone or in conjunction with a criminal law one (see Igor Shevchenko, cited above, § 51). However, that remedy should exist not only in theory; it must operate effectively in practice, within a time span allowing the case to be examined without unnecessary delay.

6. Positive obligations under Article 3 have been considered by Court in the context of domestic violence. In judgment *Opuz v. Turkey* and in several following cases against other states, the Court held, that "in some instances, the national authorities' interference with the private or family life of the individuals might be necessary in order to protect the health and rights of others or to prevent commission of criminal acts".

7. In the judgment in case of Siliadin v. France (26.10.2005, application no. 73316/01) the Court first time has found that Article 4 of the European Convention concerning slavery, servitude and forced labour, imposes positive obligations on states.

In January 1994 the applicant, who is a Togolese national, was then fifteen and a half years old, arrived in France with a French national of Togolese origin, Mrs D. The latter had undertaken to regularise the girl's immigration status and to arrange for her education, while the applicant was to do housework for Mrs D. until she had earned enough to pay her back for her air ticket. The applicant effectively became an unpaid servant to Mr and Mrs D. In around October 1994 Mrs D. "lent" the applicant to a couple of friends, Mr and Mrs B., to help them with household chores and to look after their young children. She became a "maid of all work" to the couple, who made her work from 7.30 a.m. until 10.30 p.m. every day with no days off. The applicant slept in the children's bedroom on a mattress on the floor and wore old clothes. She was never paid.

Criminal proceedings were brought against Mr and Mrs B. for wrongfully obtaining unpaid or insufficiently paid services from a vulnerable or dependent person, and for subjecting that person to working or living conditions incompatible with human dignity. The defendants were convicted at first instance and sentenced to, among other penalties, 12 months' imprisonment (seven of which were suspended), but were acquitted on appeal on 19 October 2000. Finally, the Court of Appeal found Mr and Mrs B. guilty of making the applicant, a vulnerable and dependent person, work unpaid for them but considered that her working and living conditions were not incompatible with human dignity. It accordingly ordered them to pay the applicant the equivalent of EUR 15,245 in damages. In October 2003 an employment tribunal awarded the applicant a sum that included EUR 31,238 in salary arrears.

Whereas an order of civil compensation was available and had been made, this was not sufficient. The Court considered that the criminal-law legislation in force at the material time had not afforded the applicant specific and effective protection against the actions of which she had been a victim. It emphasised that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably required greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.

Consequently, the Court concluded that France had not fulfilled its positive obligations under Article 4.

8. The positive obligation case law is not just about significant obligations on public authorities in the field of security of the person. The richest case law on positive obligations in the judgments of the Court concerns Article 8 (the right to respect for private and family life).

The Court has consistently held that the State's positive obligation under Article 8 includes a right for parents to have access to measures which will enable them to be reunited with their children and an obligation on the national authorities to take such action. However, the obligation on the national authorities to take such measures is not absolute, since the reunion of a parent with a child who has lived for some time with the other parent may not be able to take place immediately and may require preparatory measures. Any obligation to apply coercion in this area must be limited since the interests and the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the child and his or her rights under Article 8. Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them (see *Sylvester v. Austria*, nos. 36812/97 and 40104/98, § 58, 24 April 2003).

The Court has stated in a cases concerning rape that children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of their personal integrity.

The striking example of this approach is provided by the Court's recent judgment in the case of *C.A.S. and C.S. v. Romania* (no. 26692/05 Judgment from 20.03.2012).

The case concerned a seven-year-old's complaint that it had taken the authorities five years to investigate his repeated rape by a man, eventually acquitted, who had forced his way into the family flat when the boy had come home alone from school in a period from January to April 1998. C.A.S. alleged in particular that the violent sexual abuse to which he had been subjected was of such gravity that it had amounted to torture, and

that the proceedings had been slanted, the domestic courts having blamed his parents, and to a certain extent him, for not reacting sooner. Both applicants further complained that their family life had been destroyed and that they had been forced to leave the town in which they lived to rebuild a normal life.

The European Court clearly recognised that States had an obligation under Articles 3 and Article 8 to ensure the effective criminal investigation of cases involving violence against children. It, moreover, specifically referred to the international obligations that Romania had undertaken for the protection of children against any form of abuse, including helping recovery and social reintegration of victims, and particularly regretted that C.A.S. had never been provided with counselling or been accompanied by a qualified psychologist during the proceedings concerning his rape or afterwards.

The Court held that Article 8 applies to severe environmental pollution which may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health (see *López Ostra v. Spain*, judgment of 9. 12. 1994, Series A no. 303-C, § 51).

It has been stressed that "The same is true where the dangerous effects of an activity to which the individuals concerned are likely to be exposed have been determined as part of an environmental impact assessment procedure in such a way as to establish a sufficiently close link with private and family life for the purposes of Article 8 of the Convention. If this were not the case, the positive obligation on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicant's rights under paragraph 1 of Article 8 would be set at naught" (see *Taskin and others v. Turkey* (46117/99 Judgment 30.03.2005 §113).

In a case involving State decisions affecting environmental issues the Court considers two aspects. Firstly, the Court may assess the substantive merits of the national authorities' decision to ensure that it is compatible with Article 8. Secondly, it may scrutinise the decision-making process to ensure that due weight has been accorded to the interests of the individual.

The Court has also recognised the existence of positive obligations under this Article in other different circumstances including right for official recognition of transsexuals, access to official information and other circumstances. There is no need to elaborate further on positive obligations in these specific circumstances as they fall outside the scope of this paper. I will only refer to more general position of the court in these cases. Although the boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of

the individual and of the community as a whole (see, *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, 21 February 1990, § 41, Series A no. 172; *Evans v. the United Kingdom [GC]*, no. 6339/05, § 75, ECHR 2007 I; and *Dickson v. the United Kingdom [GC]*, no. 44362/04, § 70, ECHR 2007 V).

As a conclusion I would like to quote professor Mavcic, who said in a conference in Yerevan: **"In a contemporary State governed by the rule of law the highest form of the protection of human rights is the prevention of their possible violations."**

РЕЗЮМЕ

Положения Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, способствующие укреплению правового государства в первую очередь направлены на предупреждение возможных нарушений прав. Юриспруденция Европейского суда показывает, что невмешательство властей в осуществление прав и свобод людей недостаточно для полного и эффективного обеспечения многих из этих прав. От стран-участников Конвенции требуется большая активность для обеспечения прав и свобод, закрепленных в Конвенции и в Протоколах к ней.

Ценность судебной практики Европейского суда по позитивным обязательствам в том, что она подстрекает государство в корне предотвратить потенциальные нарушения прав.

Большинство позитивных обязательств напрямую предусмотрено Конвенцией. К примеру, часть первая статьи 2 Конвенции обязывает Государство защитить жизнь лицу, находящемуся под его юрисдикцией, или же часть пятая статьи 5 обязывает выплатить компенсацию тому, кто стал жертвой ареста или заключения под стражу в нарушение положений указанной статьи.

Одновременно очень много позитивных обязательств были вписаны в Конвенцию юриспруденцией Суда. Статья 1 Конвенции, требующая от Договаривающихся Сторон обеспечивать каждому, находящемуся под их юрисдикцией, права и свободы, послужила основанием для толкования других норм. Вместе с этой нормой Конвенции ее другие нормы были истолкованы как налагающие на Государство не только негативные, но и позитивные обязательства.

Другую группу позитивных обязательств составляют обязательства процессуального характера, которые также не предусмотрены Конвенцией, а были развиты Судом. Суд неоднократно подтверждал в своих решениях необходимость проведения эффективного расследования по жалобам о нарушениях статей 2 и 3 Конвенции. Суд установил кри-

терии эффективности расследования. Оно должно быть глубоким и независимым, материалы и выводы следствия должны быть доступны для пострадавших и родных погибших. От Государства требуется также иметь независимую судебную систему для решения вопросов о соответствующей компенсации.

Суд толковал позитивные обязательства таким образом, чтобы не возлагать на власти излишнее, невозможное или непропорциональное бремя.



CONSTITUTIONAL JUDICIAL ACTIVISM AND EUROPEAN LEGAL STANDARDS

MATO ARLOVIĆ

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, DSc

At the turn of the 21st century, human and minority rights and freedoms were flourishing and were being comprehensively affirmed throughout the world, and particularly in Europe. Europe and its associations made a great contribution in this area, especially the Council of Europe with its legislative activity, and the European Court of Human Rights with its jurisprudence, through which it showed that it successfully performs its task of protecting human rights and fundamental freedoms. Prime position within the regulatory activity of the Council of Europe, which regulates human rights and fundamental freedoms, in the nomenclature of its legal acts, is taken by its Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. However, the Convention, like many other international legal acts, suffers from general wording, principles and standards which fail to precisely and comprehensively define content. In order to achieve the aims and purpose of the Convention, related to the development, realisation and protection of human rights and freedoms, and on this basis to contribute to the achievement of common values and objectives arising from the common heritage of political tradition and the ideals of freedom and the rule of law, the Council of Europe could not stop at the regulatory level, but established a European court for the protection of human rights. The Convention primarily regulated that the normative elaboration of the realisation and protection of human rights is the right and duty of the contracting States, and only subsidiarily the jurisdiction of the ECtHR.

In performing this task, the Council of Europe set before its members and the ECtHR itself an imperative goal to qualitatively meet the need for the protection of human rights and fundamental freedoms, which arises from the requirement that human rights and fundamental freedoms should be not only formally protected, but that their protection must also be secured in reality. In implementing the protection of human rights and fundamental freedoms laid down by the Convention, the ECtHR very soon encountered a whole range of problems arising from the generalised and insufficiently defined nature of some of the norms contained therein. Pressed by the requirement that in its proceedings it must ensure both formal and real protection of human rights and fundamental freedoms, the ECtHR, by applying judicial activism and an evolutive interpretation of the content of the

Convention, relying on the ideals and values expressed in the Preamble to the Convention, began to take positions in which it expressed what it understood under the content of an individual right and fundamental freedom determined by the Convention. This kind of work of the ECtHR had a significant effect on the work of all courts, and most of all constitutional courts, in developing the quality of the provided protection of human rights and fundamental freedoms.

In this paper, a distinction is made between discretionary assessment in procedures and the decision-making of administrative bodies concerning, on the one hand, the method of free interpretation of legal norms and regulations, and judicial activism on the other hand. An effort is also made to point out the common features that connect these procedural methods of administrative and judicial bodies and the interpretation of legal norms and legal regulations.

The author also briefly describes the development of judicial activism and points out the most frequent forms of its expression in the case-law of the ECtHR and the Constitutional Court of the Republic of Croatia, as well as some aspects of mutual influence. In addition, the paper deals with the advantages and disadvantages of judicial activism, especially from the 4 aspect of preserving the main dividing line between legislative and judicial power, and the danger of crossing this line by applying excessive activism so that judicial power starts to interfere with, or even assume, legislative prerogatives.

Discretionary assessment of administrative bodies and discretionary interpretation of legal norms and constitutional judicial activism

Discretionary (free) assessment is generally understood as the right and authority of the administrative body "when adopting administrative acts, to select from two or more options the one that is most realistic, that seems the most appropriate, guided¹ by its own discretion and reasons for its appropriateness."

Discretionary assessment, however, occurs in the work of courts, including in constitutional adjudication (which will be discussed in more detail using the example of the Constitutional Court of the Republic of Croatia).

In addition, discretionary (free) assessment in law is known as a specific method of interpreting legal norms, or legal regulations, and as a method used as part of what is referred to as judicial activism, which is applied by constitutional courts and the European Court of Human Rights.

There is a range of elements that these bodies have in common when carrying out discretionary assessment as a method of work, as well as some elements that make them different. To know what this really means, a line must be drawn between free assessment when it relates, in terms of con-

¹ "Pravna enciklopedija" (Law Encyclopaedia), Belgrade, 1979, p. 1310.

cept and content, to the authorities and rights of administrative bodies, and free assessment as a special method of interpreting legal norms, or legal regulations, and, in particular, free assessment when it manifests itself through a specific contextual form of constitutional judicial activism.

The essence of discretionary assessment is that a law, or another relevant legal act, authorises an administrative body, when resolving a specific case, to select from among several options, based on its own understanding and evaluation, the one that will be best suited to resolving precisely that case. This is why it is considered that discretionary assessment does not fall within the sphere of legality, but rather within the area of opportunity. Namely, if it is characteristic of discretionary assessment that the body authorised to apply it in resolving a specific dispute selects from several options "specifically and individually, depending on the needs of the case at hand," that body does not, however, have absolute freedom, but rather "has to be guided by the general social and real interests and by the interests of true appropriateness"². In other words, when resolving a particular case, the authorised administrative body must select from among several options the solution which is best suited to the general interest in that particular situation.

Considering the above-mentioned principle of legality in the work of the administration, it is self-evident that any arbitrary conduct of discretionary assessment would constitute illegality³. *Argumentum a contrario*, in order to conduct discretionary assessment, it is essential to possess legal authorisation. However, since legal regulations relatively rarely include provisions directly dealing with discretionary assessment, it is more frequently referred to in a more indirect manner. For this purpose, the legislator uses different expressions to grant discretionary authorities, for instance, "the authority may," "at its own discretion," "as needed," "the authority shall, if appropriate"⁴. Or simply, "the authority shall, in the circumstances of the case," etc.

Thus, when discretionary assessment is used in the procedures of state administration bodies, it is important that the authorised body, when applying such an assessment: a) is not guided by the principle of legality, but rather by the principle of opportunity so that the solution of the case is most suited to the public interest; b) is directly and/or indirectly authorised to conduct discretionary assessment; and c) in discretionary assessment, the will of the authorised body which applies the "legal norms is of primary importance, and this will is established anew for each new event regardless of how similar it is to a preceding one"⁵.

However, it would be incorrect to conclude from what has so far been said that the act by which the discretionary assessment is conducted is not in

² *ibid.*, p. 1310.

³ *ibid.*, p. 1310. For more on discretionary assessment, see in I. Borković, "Upravno pravo" (Administrative Law), Zagreb, 2002, pp. 82-88.

⁴ I. Borković, "Upravno pravo" (Administrative Law), Zagreb, 2002, p. 85.

⁵ *ibid.*, p. 87.

its entirety subject to an assessment of legality. In fact, it is important to recall that in each legal decision there are some parts which are legally connected. These are, for example, matters that concern jurisdiction, or those which regulate the regularity of the procedure for rendering the decision or the procedure of establishing the facts, etc. All matters related to the legal connection of a legal decision are subject to a review of legality. In working terms, when conducting pure and comprehensive discretionary assessment, the mentioned principles are also valid when it comes to constitutional court adjudication.

This statement derives from particular provisions, for example, of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia⁶. Thus, for instance, Article 31.4 of the Constitutional Act provides for the possibility for the Constitutional Court to determine to which body it will entrust the execution of its decision or ruling, while paragraph 5 grants it the discretionary authority to determine on its own the manner in which its decision or ruling will be executed⁷. Naturally, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has taken advantage and still takes advantage of these discretionary authorities in its work⁸.

In addition, the Constitutional Act contains some provisions which grant the Constitutional Court not only traditional discretionary authorities, but also authorities which include, at the same time, the possibility of using discretionary assessment that may have a constitutional 7 judicial activist effect on similar cases in the future. Thus, for example, Article 45⁹ grants the Constitutional Court the authority to temporarily suspend the execution of individual decisions or actions until a final decision is rendered if their execution might cause grave and irreparable consequences. Naturally, these are decisions or actions that have been undertaken in conformity with a law or other regulation whose constitutionality and/or legality is under review.

This discretionary authority stems from the possibility of the Constitutional Court to temporarily suspend the execution of individual decisions or actions if it assesses, guided not only by legal rules but also by the prin-

⁶ Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette no. 49/02.

⁷ Article 31 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia 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 authorised for the execution of its decision or ruling. (5) The Constitutional Court may determine the manner in which its decision or ruling shall be executed" (emphasis added).

⁸ See, for example, Decision U-II-1118/2013 of 22 May 2013.

⁹ Article 45 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette no. 49/02, in its entirety reads: "The Constitutional Court may, until the final decision, temporarily suspend the execution of the individual decisions or actions undertaken on the grounds of the law or the other regulation, the constitutionality or the legality of which is being reviewed, if their execution might cause grave and irreparable consequences."

principle of opportunity, that their execution will result in grave and irreparable consequences for the applicant. In other words, when rendering its free assessment, the Constitutional Court will also have to, *nolens volens*, consider in the instant case, in addition to the legal aspect, the real circumstances in which the case arose, its development and its resolution.

The other example is connected to Article 63.1¹⁰, which regulates the obligation of the Constitutional Court to initiate proceedings in response to a constitutional complaint even before all legal remedies have been exhausted, *inter alia* also "in cases where the impugned individual decision grossly violates constitutional rights and it is completely clear that grave and irreparable consequences may arise for the applicant if Constitutional Court proceedings are not initiated." Both these examples unquestionably prescribe the possibility of discretionary assessment by the Constitutional Court of the Republic of Croatia. However, concerning the procedure of the Constitutional Court pursuant to the quoted paragraph 1 of Article 63 of the Constitutional Act on the Constitutional Court, in addition to conducting discretionary assessment when establishing the existence of conditions based on which the Constitutional Court, if such conditions exist, must initiate proceedings, it must actually determine what it understands as a gross violation of constitutional rights and the grave and irreparable consequences that might arise from it. This leads to the question of the effect of these concepts - legal standards - on the case in question on the one hand, and on all other similar cases in the future on the other hand. A very specific question can be raised here: does legal interpretation and its application in implementing legal standards, relying on Article 63.1, when it is based on discretionary authority and discretionary assessment, have the same effect as the discretionary assessment of administrative authorities?¹¹

In order to be able to answer this question, one must explain the significance and the scope of the interpretation of a legal norm when this is done by an authorised body, as well as the significance of the decisions and rulings of the Constitutional Court of the Republic of Croatia and the extent to which they are binding.

Beginning with the generally accepted understanding that even with regard to free interpretation "the interpreter must be bound by the text of the norm he is interpreting, and which is binding on him, his aim must be to interpret this norm correctly as it is, and not to create a new one in its place. (...) Actually, interpretation is the determination of the meaning of

¹⁰ Article 63.1 of the Constitutional Act prescribes as follows: "(1) The Constitutional Court shall initiate proceedings in response to a constitutional complaint even before all legal remedies have been exhausted in cases when the court of justice did not decide within a reasonable time about the rights and obligations of the party, or about the suspicion or accusation for a criminal offence, or in cases when the disputed individual act grossly violates constitutional rights and it is completely clear that grave and irreparable consequences may arise for the applicant if Constitutional Court proceedings are not initiated."

¹¹ R. Lukić, "Uvod u pravo" (Introduction to Law), Belgrade, 1964, pp. 302 and 303.

a particular norm, and not the creation of a new one. The interpreter must move within the boundaries of the norm he or she is interpreting, which means within the boundaries of its linguistic meaning."

However, once the interpreter determines the correct and precise purpose of the legal norm he or she is interpreting, then this norm is applied thus interpreted to all analogous cases. Therefore, independently from common structural elements, law theoreticians draw a distinction between discretionary assessment in administration and freedom in interpreting legal norms. Thus, Ivo Borković writes: "When comparing interpretation and discretionary assessment, the criterion is the freedom of the person applying the legal norm to choose. When the person applying the legal norm is faced with a legal rule where the intention of the legislator has been insufficiently clearly expressed, then the person applying such a rule must use logical, grammatical, legal and other methods of interpretation to establish that intention, and then interpret it and apply it equally in all examples of the same kind that may occur. It is therefore essential to correctly establish the will of the legislator of the legal norm. In discretionary assessment, the will of the person applying the legal norm has primary importance, and it is legally established in each new case, independently of how similar it is to a previous case¹²."

However, in contrast, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has been given the authority to conduct discretionary assessment in particular cases, but also to interpret the legal norm and legal regulations and to apply them to specific cases. Hence, it must always comply with the constitutional norms. Besides, the fact that it proceeds in this manner in specific cases can be seen from its decisions and rulings that rely on norms with constitutional force, which have a different reach and binding nature than is the case with discretionary assessment or even with the free interpretation of individual legal norms or legal regulations. This simply stems from the fact that its decisions and rulings (their operative parts and positions taken in the statement of reasons) are binding on all¹³. Therefore, free

¹² See Borković's book "Upravno pravo" (Administrative Law), Zagreb, 2002, p. 87. A similar distinction between discretionary assessment and interpretation of a legal norm is also given by D. Vrban in his book "Država i pravo" (The State and Law), Zagreb, 2003, p. 197, when he writes: "Discretionary assessment is different from the interpretation of a law and from the exercise of a judicial function. Namely, when interpreting a law, the meaning of the law is determined, whereas when conducting free assessment, the person conducting the assessment has more freedom keeping in mind the public interest, about which he decides according to his own discretion. In doing so, the person considers all the specific circumstances and does not set any general rule for the future. A decision rendered through discretionary assessment does not have the power of a precedent (court case). Judicial deliberation which is guided by the principle of independence and free evaluation of evidence cannot be identified with conducting free assessment. When a judge is establishing the evidence..., he or she does not exercise his or her authority for a specific political purpose, but to establish the actual situation. By applying the law, he or she gives the legal rule a significance which also has certain importance for the future. On the other hand, a person carrying out discretionary assessment does not set a rule and must evaluate the circumstances and render a decision anew in each case.

¹³ Thus, Article 31.1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia (OG no. 49/02 prescribes: "(1) The decisions and the rulings of the Constitutional Court are obligatory and every individual or legal person shall obey them," while Article 77.2 regulates: "(2) When passing the new act from Article 76, paragraph 2, of this Constitutional Act, the competent judicial or administrative body, the body of a unit of local and regional self-government, or a legal person vested with public authority is obliged to obey the

(discretionary) assessment in legal opinion of the Constitutional Court expressed in the decision repealing the act whereby the applicant's constitutional right was violated."

Constitutional adjudication has become increasingly known as constitutional judicial activism, a term that more comprehensively expresses the essence of free assessment in the operation of constitutional courts and of the rendered decisions and positions taken therein, which are based on free assessment, especially with regard to their effects on third parties.

2. Reasons for the appearance of constitutional judicial activism

The appearance and development of constitutional judicial activism can be attributed to various causes. According to some authors, the German Constitutional Court from the beginning of its operation "developed the doctrine of a 'militant defence of democracy' and did not hesitate to fight for political influence," while, on the other side, the Austrian Constitutional Court almost from the beginning of the 1980s suffered the criticism that it "was too formalistic in rendering decisions and restricted itself unnecessarily. After the 1980s, however, the court developed a significant influence on the political process, especially on the basis of its function of protecting the constitutional freedoms and rights of citizens. This led to the creation of an activist court which tends to interpret its authorities extensively"¹⁴. It clearly transpires from this quotation that one of the reasons for the appearance and practice of constitutional judicial activism¹⁵ in constitutional adjudication stemmed from the need to protect the freedoms and rights of citizens. The second reason is also connected to the protection of human rights and freedoms of citizens, and is linked to the requirement that these rights, guaranteed by the Convention, be practical and effective, rather than theoretical and illusory (*Marckx v. Belgium*, paragraph 31, 1979) and that the Convention requires that the actual, rather than the "formal," position of an individual be considered. This must constitute an impetus for courts not to take into consideration only formal rules, but also to consider their indirect and practical effects (*Adolf v. Austria* paragraph 30, 1985)¹⁶. Such positions, as well as others, became a basis for activism, even though they themselves constitute its expression, for example those of the European Court of Human Rights. Thus, a third reason for the appearance of constitutional judicial activism could be the

¹⁴ See B. Smerdel and S. Sokol, "Ustavno pravo" (Constitutional Law), Zagreb, 2006, p. 201.

¹⁵ P. Bačić, in his book "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, writes as follows related to the appearance of judicial activism: "Written law is always incomplete. Therefore, the actors responsible for the application of agreements, constitutions, etc., and here we are primarily concerned with the courts, will sooner or later find themselves in a situation where their discretionary activity will produce political results that go beyond the intention of the legislator. Political scientists call this battle between the intention of the legislator and the discretion of courts 'judicial policy'. This judicial policy is particularly important for the EU, where a flexible (substantive) constitution and the nature of legal instruments have granted the ECtHR and national courts a high degree of discretion, or judicial activism" (p. 251).

¹⁶ *ibid.*, p. 268.

very work of the European Court of Human Rights. Naturally, it starts with its role in the protection of the freedoms and rights of citizens and the positions taken in particular cases. What must be kept in mind as a fourth reason for the appearance of constitutional judicial activism is certainly the imperative that as modern as the law can be and "as quickly as the legal sources change and adapt to life," it nevertheless still lags behind the "fast development of life"¹⁷. The imperative to secure, besides formal protection, also the real protection of human rights and freedoms imposes on those who secure and provide it (constitutional courts and the ECtHR) the obligation to interpret and apply the legal norm, both from a formal and a substantive aspect, taking into account the extent to which it is appropriate to respond to the real needs of life, at the same time remaining within the limits of the legal content it provides. When, besides this, it is considered that international legal acts in particular which regulate protection, human rights and freedoms and the rights of national minorities and their realisation contain legal norms as principles and standards¹⁸ that are insufficiently defined, then the necessary consequence for those who apply them is that, in resolving specific situations, they have to use the free assessment method, which, as a rule, manifests itself in constitutional court proceedings as constitutional judicial activism.

3. Activism of the European Court of Human Rights and its influence on the constitutional judicial activism of the members of the Council of Europe

3.1. Judicial activism of the European Court of Human Rights in general

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹⁹ with its accompanying Protocols²⁰ does not include any provisions that directly authorise the European Court of Human Rights²¹ to carry

¹⁷ R. Lukić, "Uvod u pravo" (Introduction to Law), Belgrade, 1964, p. 302.

¹⁸ "Under the term 'principle' we generally imply a principle according to which something happens. This constitutes a standard upon which other phenomena depend ... The term principle in law (Ger. prinzip, Grundsatz) can be defined as a ground rule or leading idea that exists in law. General legal principles are often used to correct legal relations where there is no norm, or where their formal and consistent application would lead to unfair results. Therefore, each branch of law has principles that are partly coded, while partly they exist as the result of general legal standards". D. Ljubić: "Constitutional terms such as right, freedom, guarantee, principles, possibilities and prohibitions, Hrvatska pravna revija, June 2011, p. 8. With regard to the legal standard, it is often defined as a 'term used in legal norms which changes its specific content depending on the case at hand, and still remains essentially the same. (...) The use of legal standards is justified because ... there is a range of similar situations, but which are so different that a single norm with firmly defined terms may not be prescribed for all of them, and, on the other hand, because there are so many of them, such a large number of norms cannot be adopted for each of them separately. This is why legal standards replace a large number of norms.'" See more in "Pravna enciklopedija," Belgrade, 1975, pp. 1050-1051.

¹⁹ This paper relies on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms according to its amendments by Protocol no. 11, published in the Official Gazette - International Agreements no. 18/97, consolidated text no. 6/99 and correction no. 8/99.

²⁰ Protocols (1-14) supplement the Convention, and their content constitutes part of the Convention.

²¹ The European Court of Human Rights was established by Article 19 of the Convention, which reads: "To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as 'the Court'. It shall function on a permanent basis."

out judicial activism. However, the ECtHR, in the course of its work, accepted and began to apply judicial activism, because it considers that the Convention is a "living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions"²², and that it guarantees rights that are not "theoretical or illusory but rights that are practical and effective"²³. The ECtHR accepted this approach based on the basic values prescribed and protected by the Convention and its intended purpose, as well as on the aims and values of the Council of Europe, which its members took on as their commitments by adopting its Statute²⁴. In addition to other international acts²⁵, these acts constitutionalise human rights and fundamental freedoms as the highest values and the most protected assets that belong to every person without discrimination. Therefore, human rights and fundamental freedoms cannot and must not remain on a formal and declaratory level; they have to be possible, real and accessible to every member of the human community. Consequently, the thesis set by P. Bačić is wholly acceptable when he claims that "the Convention requires that the real, and not the formal, position of an individual be considered. This must be an impetus for courts not to take into consideration only formal rules, but also to consider their indirect and practical effects"²⁶.

This content could be taken as a valid incentive for the Court to adopt its position in its judgment in the case of *Soering v. UK*, where it actually summarised its activist standpoint when it stated: "In interpreting the Convention, regard must be had to its special character as a treaty for the

²² Case of *Tyrer v. United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978 Series A 26 § 31, quoted from P. Bačić, "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, p. 268.

²³ Case of *Marckx v. Belgium*, Application no. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, Series A 31, quoted from P. Bačić, "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, p. 268.

²⁴ Thus, the Statute of Council of Europe, in its Preamble at pp. 3 and 4 reads: (paragraph 3) "Reaffirming their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy"; (paragraph 4) "Believing that, for the maintenance and further realisation of these ideals and in the interests of economic and social progress, there is a need of a closer unity between all like-minded countries of Europe"; and in Article 3 it lays down: "Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I" (emphasis added). The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms states in its Preamble: "Considering the Universal Declaration of Human Rights ...; Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared; Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms; Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend; Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration, ..." (emphasis added).

²⁵ Here we emphasise in particular: the Charter of the United Nations, Universal Declaration of Human Rights (Official Journal of the SFRY no. 7/71), International Covenant on Civil and Political Rights (Official Journal of the SFRY no. 7/76), Framework Convention for the Protection of National Minorities (Official Gazette of the RC - International Agreements no. 14/97), Charter on the Fundamental Rights of the European Union (2010/C 83/02), etc.

²⁶ P. Bačić, "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, p. 268. See also the case of *Adolf v. Austria*, Application no. 8269/78, Judgment 26 March 1982, Series A 49, §30.

collective enforcement of human rights and fundamental freedoms" (see *Ireland v. the United Kingdom* judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, § 239). Therefore, the subject matter and the purpose of the Convention, as an instrument for the protection of individual human beings, require that its provisions are interpreted and applied in such a way that its guarantees are practical and effective (see *inter alia*, *Artico v. Italy*, Judgment of 13 May 1980, Series A, no. 37, p. 16 § 33). Besides, any interpretation of the guaranteed rights and freedoms must be consistent with the general spirit of the Convention, as "an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society" (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, Judgment of 7 December 1976, Series A, no. 23, p. 27, § 53)²⁷.

The space for the development and application of judicial activism by the ECtHR has been significantly extended with a new phase²⁸ of its activity, which began in 1998 with the adoption of Protocol no. 11. This Protocol abolished the European Commission for Human Rights, the Council of Ministers was no longer able to take part in decision making, and the conditions were finally created for the Court to become a permanent full-time body. In our opinion, however, the most important change introduced by this Protocol is the one abolishing the previous optional nature of the right to file individual applications. In this way, every citizen, as an individual under the jurisdiction of a member State of the Council of Europe, became entitled to submit an individual application to the ECtHR, after exhausting all regular legal remedies in his or her own country, for the violation of rights protected by the Convention.

After these changes had been introduced by Protocol no. 11, space was provided for an evolutive interpretation of human rights, which additionally boosted the judicial activism of the European Court of Human Rights.

3.2. Evolutive interpretation of human rights and fundamental freedoms as an impetus for the judicial activism of the European Court of Human Rights

The need for an evolutive (and not only evolutive)²⁹ interpretation of the norms regulating human rights and fundamental freedoms in the Convention stems from their very nature. Broad and imprecise expressions (concepts) form part of the legal text. Thus, there are provisions in the Convention that may be categorised as legal principles and/or standards, and which are insufficiently defined - elastic, prescriptive and descriptive norms - which simply require interpretation for their generally accepted content to be determined. Such norms are, for example: "necessary in a

²⁷ Case of *Soering v. United Kingdom*, Application no. 14038/88, Judgment of 7 July 1989, Series A 161, § 87.

²⁸ In his book "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, P. Bačić divided the development and activity of the ECtHR into three phases. For more details, see pp. 272 and 273.

²⁹ We are thinking of all the methods of interpretation of legal norms, or legal acts, and particularly the teleological method of statutory interpretation, which attempts to interpret the real content of the legal norm and the purpose that the legislator wished to achieve with it.

democratic society," "freedom of association," "freedom of conscience" "right to an effective remedy," "right to human dignity and personality," "degrading punishment," etc. Here, the Convention is no different from other similar international and European acts which regulate human and minority rights and freedoms. However, this no consolation, and neither can it be so.

An evolutive interpretation of the provisions of the Convention allows the Court to interpret them on the basis of principles and values³⁰ which are included in its entire text (including in the Preamble). In addition, it allows the Court the imperative of the protection of human rights and fundamental freedoms imposed by the requirement that they have to be protected in real terms, rather than just formally, and to interpret the Convention as a legal act, but within the limits of real life circumstances in which human rights and fundamental freedoms are realised, threatened or prevented. Besides, because the text of the "Convention ... is quite stark, and with regard to the rights guaranteed therein, it does not provide details of these guarantees. In the last fifty or so years, since the Convention has been open for signing, the bodies that implement the Convention, the European Commission and the ECtHR through their decisions have shown a strong tendency to interpret the provisions of the Convention extensively and in conformity with the standards of a constantly developing modern democratic society. In their decisions, they have attempted to keep up with the fast progress of technology, as well as with the changes in people's awareness concerning many issues. In this way, the scope of the rights guaranteed by the Convention is constantly being extended"³¹. A special incentive for the application of the evolutive interpretation of the Convention was generally brought about by states which advocated the enlargement of the European Union, both by those which have advocated and still advocate the further integration of Europe, and even more so by those which have shown an interest in joining and becoming full-fledged members of the EU. They actively promoted their view through an effort to appoint as judges of the ECtHR persons who support evolutive interpretation and judicial activism. All this has resulted in a situation where "the principle of evolutive or dynamic interpretation of the Convention ... is the product of the case-law of the ECtHR. This enables it to leave behind the previous interpretations of the Convention every time that, in the world of social, technological, scientific and other achievements, significant, permanent and pan-European changes occur in the social climate and public opinion,

³⁰ P. Bačić, "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, p. 279.

³¹ Grdinić, Elica, "Prava obrane članku 6. stavku 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", Hrvatska pravna revija (Croatian Law Review), May 2006, quoted from J. Omejec, "Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški *acquis*)", Zagreb, 2013, p. 1278. Domagoj Maričić has a similar view in his paper: "Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda s napomenom i sudskom praksom" where he writes: "the principle of evolutive interpretation implies that protected rights must be viewed in today's light, taking into consideration the development of society and the new circumstances that give these rights a different and broader sense", Informator, nos. 5423-5424 of 25 February and 1 March 2006.

which require a different approach or a broader approach to particular rules of the Convention. Thus, J. Omejec rightly concludes: "Therefore, the ECtHR sees the Convention as 'a living instrument' (French: *instrument vivant*) for the protection of human rights and fundamental freedoms. It interprets the rights of the Convention and applies the Convention in conformity with the situation in the member States which exist in the relevant time when the incident due to which the proceedings were initiated occurred, but only until the moment it determines that such an interpretation of the Convention would be contrary to today's degree of development of European society. In such cases, alleged violations of the rights of the Convention are reviewed in conformity with the conditions in the member States, which exist at the time when the judgment is rendered³²."

The principle of the evolutive interpretation of the Convention was used by the ECtHR which has thus many times engaged in and realised court activism in individual cases. For illustration, I will give several examples from its case-law to confirm this statement.

The ECtHR, in its judgment in the above-mentioned case of *Tyrer v. United Kingdom* (1978)³³, applied the principle of evolutive interpretation which resulted in its activist stance. In the case in question, the applicant was a UK citizen, a minor, A. M. Tyrer, who was sentenced by a local court, after being found guilty of occasioning actual bodily harm to a senior pupil in his school, to three strokes of the birch. The ECtHR held that the sentence of whipping imposed by the local court of the Isle of Man amounted to "degrading punishment," which constitutes a violation of Article 3 of the Convention³⁴, justifying its decision "by the developments and commonly accepted standards in the penal policy," which have been accepted by the member States of the Council of Europe.

When interpreting the issue of discrimination in the case of *Christians against Racism and Fascism v. UK*³⁵, the Court held that discrimination is possible even in the event that individuals are differentiated according to their material status, and thus it may be deemed as discrimination even if they are treated as equals. However, "Article 14 does not prohibit all distinctions, but the principle of equal treatment is violated if there are no objective and justified reasons for the distinction, and the existence of such justification must be viewed in relation to the aim and the effect of the

³² J. Omejec, "Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava (Strasbourgški *acquis*)", Zagreb, 2013, p. 1278.

³³ Case of *Tyrer v. United Kingdom*, Application no. 5856/72, Judgment of 25 April 1978, Series A 26 is a very famous case which is cited by the majority of authors who write about the evolutive interpretation of the Convention. The second reason for its frequent citation is related to the fact that in this case the Court for the first time took the view that the "Convention is a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions".

³⁴ Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms reads: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." (Official Gazette of the Republic of Croatia – International Agreements no. 18/97, consolidated text no. 6/99 and correction no. 8/99).

³⁵ Case of *Christians against Racism and Fascism v. UK* no 8440/78, 21 D.R. 1980.

measure under consideration, in conformity with the principles that usually prevail in democratic societies"³⁶.

The ECtHR also applied an evolutive interpretation of the Convention in the case of *Marckx v. Belgium*, where it expresses its position on the equality of the legitimate and illegitimate family, and states: "In the instant case, the Court cannot but be struck by the fact that the domestic law of the great majority of the member States of the Council of Europe has evolved and is continuing to evolve, in company with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim *mater semper certa est*"³⁷.

The evolutive interpretation of the ECtHR was also applied in the case of *Dudgeon v. United Kingdom*. In this case, the Court held in its judgment that the criminal law of Northern Ireland, which sanctioned homosexuality, was contrary to and interfered with the right to respect for private life.

The issue of using the evolutive method in interpreting the Convention, and judicial activism in general, has its advocates as well as its opponents and critics. The essence of this criticism may be reduced to several opinions. The first opinion might be the one based on the view that the ECtHR is not a legislator and that it must be careful in its work not to assume legislative functions. This view was taken by particular judges³⁸ in some specific cases, *inter alia*, by invoking Article 32 of the Convention, whereby they take it as the task of the ECtHR to interpret and apply the Convention, and not to revise it with their activist views. Namely, the right to revise the Convention is held only by the one who adopted it, in other words the member States of the Council of Europe, and not the Court.

The second, and probably the most radical view against judicial activism relies on the statement that judicial activism constitutes "an abuse of authorities granted to the Court." This was presented and explained in the dissenting opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice in the case of *Marckx v. Belgium*. Judge Fitzmaurice considered that the authority to modernise the Convention belongs exclusively to the States parties.

The third standpoint is based on the fact that it is impossible to avoid subjective opinion, or a value-based opinion, when applying judicial activism. Namely, when judges should and/or must interpret human rights and freedoms in a manner that is "consistent with the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society"³⁹, the question arises of how to avoid

³⁶ Quoted from Patrick Thornberry and Maria Amor Martin Estebanez, "Prava manjina u Europi – pregled djelatnosti i standarda Vijeća Europe" (Minority Rights in Europe: A Review of the Work and Standards of the Council of Europe), Zagreb, 2008, p. 50.

³⁷ Case of *Marckx v. Belgium*, Application no 6833/74, Judgment of 13 June 1979, Series A 31, § 41.

³⁸ This position was taken, for example, in the dissenting opinions in the case of *Hirst* by judges L. Wildhaber, President (Switzerland), Jean Paul Costa (France), Peer Lorenzen (Denmark), Anatoly Kovler (Russia) and Sverre Erik Jebens (Norway).

³⁹ For more details, see the case of *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*; Application no 5095/71, 5920/72, Judgment of 07 December 1976, § 53.

subjective and value-based interpretations during the proceedings. This is so because "the ideals and values of a democratic society are not in or for themselves neutral concepts." These are clearly concepts that also possess a moral content, form part of a determined political philosophy and ideology, and, regardless of the extent to which they can be "objectively defined because they stem directly from the ideas of the Convention, and exist beyond the narrow personal understanding of a judge," as some authors emphasise, I still consider that it is impossible to avoid a certain subjectivity, and a value-based interpretation based on this subjectivity. Therefore, I agree that it is "necessary to reduce to a minimum the possibility for judges to act subjectively⁴⁰," which, along with the existence of judicial activism, can be achieved with different methods aimed at restricting it. I will come back to this at the end of this paper.

4. Constitutional Court of the Republic of Croatia and judicial activism

In the preceding part of this paper we have emphasised the existence and application of constitutional judicial discretionary authority⁴¹ in the work of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. However, as opposed to the ECtHR, the Constitutional Court of the Republic of Croatia possesses direct and indirect sources to apply the evolutive method that leads to judicial activism.

The task, jurisdiction, number of judges, the method of appointing them and other issues significant for the work of the Constitutional Court of the Republic of Croatia are regulated under a special Chapter (V) in Articles 126-132 of the Constitution of the Republic of Croatia⁴², and in the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia⁴³. Perhaps it is important to emphasise that the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia is a piece of legislation with constitutional force because, primarily due to independence and freedom in fulfilling the tasks and jurisdiction of the Constitutional Court, it was adopted pursuant to the procedure and method in which the Constitution itself is adopted, pursuant to Article 132.2 of the Constitution of the Republic of Croatia⁴⁴. The approach according to which the Constitutional Court of the Republic of Croatia is regulated by norms with

⁴⁰ P. Bačić, "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, p 280, and in more detail pp. 275-286.

⁴¹ Let it be noted that it would be incorrect to think that the ECtHR is not vested with authority and does not apply discretionary assessment because we have not written about this herein. The ECtHR is vested with, and implements, discretionary authorities. See, for example, Article 29 of the Convention on the admissibility and merits of individual applications.

⁴² The Constitution of the Republic of Croatia, consolidated text, published in the Official Gazette of the Republic of Croatia no. 85/10.

⁴³ This refers to the consolidated text of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette no. 39/02.

⁴⁴ Article 132.2 of the Constitution of the Republic of Croatia reads: "Such a constitutional act shall be adopted in accordance with the procedure determined for amending the Constitution".

constitutional force is not only the result of its exceptional task⁴⁵ and its jurisdiction⁴⁶, or of the entire significance of the constitutional and legal organisation and the constitutionalisation of the Croatian state, but also of the wish to ensure its stability in society and its independence from all state authorities⁴⁷. It was considered that one of the most important bases to achieve such a goal is hidden in the complex procedure of its application and in the requirement that it may only be amended by the same majority (a 2/3 majority) that may amend the Constitution of the Republic of Croatia⁴⁸.

In the context of the above, the original, constitutional grounds for evolutive interpretation, and the consequent activist approach of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, gains additional importance, but also raises the question of why the legislator opted for such an approach⁴⁹. The original constitutional authority for the evolutive interpretation and activist approach of the Constitutional Court stems from Article 3 of the Constitution of the Republic of Croatia. It prescribes as follows: "Freedom, equal rights, national and gender equality, peace-making, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, conservation of nature and the environment, the rule of law and a democratic multiparty system are the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia and the basis for interpreting the Constitution" (emphasis added). The highest constitutional values of the constitutional order of the Republic of Croatia were already prescribed by the constitutional text of 1990, and they had to form the basis for the establishment of a modern constitutional state both in formal and in practical terms. However, it was only the amendments in 2000 that prescribed that they form the basis for

⁴⁵ The task of the Constitutional Court of the Republic of Croatia is prescribed in Article 2.1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court: "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".

⁴⁶ The jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia is regulated in Articles 128 and 129 of the Constitution, and in the provisions of Article 85 up to and including Article 105, which, in addition to establishing on the one hand the jurisdiction, also contain provisions on the procedure of the Constitutional Court in securing this jurisdiction.

⁴⁷ For more details, see Article 2.2 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

⁴⁸ The procedure of amending and promulgating the Constitution of the Republic of Croatia is prescribed in Articles 147 to 150 of the Constitution of the Republic of Croatia, in addition to the possibilities that stem from the application of direct democracy by calling a referendum in conformity with Article 87 of the Constitution of the Republic of Croatia.

⁴⁹ As one of the participants in the procedure of adopting the Constitution of the Republic of Croatia and all its amendments so far, I assume the right to attempt to answer this question here in a few words. I do this particularly since I personally created a supplement to Article 3 as part of the amendments introduced in 2000, which reads: "and the basis for interpreting the Constitution". Considering that through the Constitution of the Republic of Croatia we constitutionalised a modern constitutional democratic state which prescribes and guarantees respect of human and minority rights and freedoms, we wished to grant the Constitutional Court authorities which would enable it, as the most competent constitutional entity, to interpret the Constitution and apply it to specific situations in line with the highest values of the constitutional order. Considering that the decisions and rulings of the Constitutional Court are binding on all, we sought, in addition to the role of framers (which is also one of the roles of the Constitutional Court), to particularly develop its preventive and educational role which will open up an area that will serve not only to guarantee the observance and application of the Constitution, but also the realisation of its basic values in all social relations.

the interpretation of the Constitution. Since the Constitution is an integral whole⁵⁰, in each of its segments which are interpreted to resolve a particular constitutional dispute, it is essential to interpret both the part and the whole, and always to consider them in the light of the basic values of the constitutional order. In order to achieve this, it is important to apply the evolutive method of interpreting constitutional values, starting from what is understood and accepted in terms of their content at the moment of interpretation by the modern state and democratic society on the one hand, and the reality of understanding and the possibility of applying them in the given social realities on the other hand.

The second reason for evolutive interpretation related to judicial activism, and in a certain way also to the legislative initiative of the Constitutional Court, stems from monitoring the execution of constitutionality and legality, which is conducted by the Constitutional Court of the Republic of Croatia. Namely, the Constitutional Court reports to the Croatian Parliament on "any kind of unconstitutionality and illegality it has observed⁵¹." If the competent authorities fail to adopt a regulation "for executing the provisions of the Constitution, laws and other regulations," which they were obliged to adopt, it must so inform the Government of the Republic of Croatia, or the Croatian Parliament if it finds that the Government has not adopted a regulation for the executing provisions of the Constitution or other regulations⁵².

The Constitutional Court monitors the constitutionality and legality and establishes possible occurrences of unconstitutionality and illegality by analysing and comparing occurrences with the overall constitutional text on the basis of the constitutional values that "serve as a basis for interpreting the Constitution."

An indirect source of the grounds for the evolutive interpretation of constitutional provisions, as well as the provisions of Convention law, and the

⁵⁰ The Constitutional Court also took the view that the Constitution must be approached as a whole when it said: "The Constitution is a single whole. It cannot be approached by pulling one provision from the entirety of the relations that it constitutes and then interpreting it separately and mechanically, independently of all the other values that are enshrined in the Constitution. The Constitution possesses an internal unity and the meaning of an individual part is related to all other provisions. If it is viewed as a unity, the Constitution reflects some all-encompassing principles and basic decisions in connection with which all its individual provisions must be interpreted. Thus, no constitutional provision may be taken out of its context and interpreted independently. In other words, each particular constitutional provision must always be interpreted in accordance with the highest values of the constitutional order which are the grounds for interpreting the Constitution itself" (Constitutional Court of the Republic of Croatia, Ruling no. U-I-4322/2003 et al. of 8 December 2010 (OG, No. 142/10).

⁵¹ This matter is regulated by Article 104.1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which states: "The Constitutional Court shall monitor the execution of constitutionality and legality and report to the Croatian Parliament about any kind of unconstitutionality and illegality it has observed ...".

⁵² Thus, Article 105.1 and 2 of the Constitutional Act, which nearly *expressis verbis* takes over Article 130 of the Constitution of the Republic of Croatia, states: "(1) If the Constitutional Court finds that the competent body has not passed a regulation for executing provisions of the Constitution, laws and other regulations, and was obliged to pass such a regulation, it shall so inform the Government of the Republic of Croatia. (2) If the Constitutional Court finds that the Government of the Republic of Croatia has not passed a regulation for executing provisions of the Constitution, laws and other regulations, it shall so inform the Croatian Parliament".

consequent activist approach of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, is the very Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Although the Convention itself does not contain provisions directly prescribing the evolutive interpretation of its content, and the related judicial activism, it indirectly allows it since it contains a provision about the binding nature of the decisions of the ECtHR. The ECtHR itself, as we have previously seen, practises and implements judicial activism on the basis of evolutive interpretation. For the Constitutional Court, the indirect grounds for evolutive interpretation, and consequent judicial activism, stem from: 1) the constitutional law status of the Convention in the hierarchical structure of legal regulations within the legal order of the Republic of Croatia; 2) the attitude of the Constitutional Court of the Republic of Croatia towards the decisions of the ECtHR which relate to the solution of specific cases concerning the Republic of Croatia; and 3) the attitude of the Constitutional Court of the Republic of Croatia towards any decision of the ECtHR in which a case was resolved before it from any member State of the Council of Europe.

The status of the Convention in the hierarchy of the legal order of the Republic of Croatia is regulated in its Constitution. Thus, Article 141 of the Constitution of the Republic of Croatia prescribes: "International treaties which have been concluded and ratified in accordance with the Constitution, published and which have entered into force shall be a component of the domestic legal order of the Republic of Croatia and shall have primacy over domestic law. Their provisions may be changed or repealed only under conditions and in the way specified in them, or in accordance with the general rules of international law"⁵³. The content of this citation contains two determinations regulated by this Constitutional norm, which are important for our needs. The first is that the Convention, albeit an international legal act, forms an integral part of the legal order of the Republic of Croatia. The second is that, within the hierarchy⁵⁴ of legislation, although subordinate to the Constitution of the Republic of Croatia, it has primacy over the law (including constitutional acts, with the exception of those adopted pursuant to the procedure provided for amendments to the Constitution), which grants it the status of a "sub-constitutional or quasi-constitutional act"⁵⁵. Such status has also been confirmed by the Constitutional Court of the Republic of Croatia in its case-law⁵⁶. Based on

⁵³ The Constitution of the Republic of Croatia (*Official Gazette* no. 85/10).

⁵⁴ For more on the hierarchical status of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, see in M. Arlović, "Pravo nacionalnih manjina u Republici Hrvatskoj", doctoral thesis, defended at the Faculty of Law in Osijek, Republic of Croatia, 2012, pp. 277-287.

⁵⁵ The term "sub-constitutional" is taken from the works of J. Omejec, President of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. See, for example, her paper "Novi europski tranzicijski ustav i transformativna uloga ustavnih sudova" in "Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske", zbornik radova HAZU-a (Collection of Papers of the Croatian Academy of Sciences and Arts), Zagreb, 2011, pp. 61-85, while the term "quasi-constitutional" is taken from Carlos da Costa, former president of the European Court of Human Rights.

⁵⁶ See, for example, Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no. U-I-745/1999 of 8 November 2000 (OG, No. 112/00).

this status of the Convention within the legal system of the Republic of Croatia, parties are given the possibility to file a complaint for the protection of their individual human rights and freedoms that they deem to have been violated, not only by invoking the constitutional provisions, but also those of the Convention, or just the violation of the provisions of the Convention.

Through such legal regulation of the status and legal force of the Convention in the constitutional law system and the case-law of the Constitutional Court, the Republic of Croatia has made sure that it meets the obligations arising from the Convention, which is to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention."

Second, the Republic of Croatia, with regard to the specific matter of protecting an individual's human rights and fundamental freedom pursuant to his or her constitutional complaint, in interpreting the law, *nolens volens*, also extended the fundamental values of its constitutional order referred to in Article 3 of the Constitution, as the basis of their (evolutive) interpretation, to the provisions of the Convention.

Third, considering the obligation explicitly defined in the Convention, the Constitutional Court must accept the evolutive interpretation and activist position of the ECtHR if the latter has already taken it in cases of the same kind, and apply it in the specific constitutional case it is resolving⁵⁷. It is clear from the stated provision of the Convention that it only prescribes that the judgments of the ECtHR bind the Contracting Parties, while the Committee of Ministers has been given the authority to supervise their execution. In the view of the Court itself, "the Court's judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention⁵⁸."

The Constitutional Court of the Republic of Croatia accepts the view that the judgments of the European Court of Human Rights transcend the boundaries of an individual case which it resolves *in concreto*. For this particular reason, when resolving its cases, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has frequently invoked and still invokes the case-law of the ECtHR, which is expressed in cases concerning other State Parties and not only the positions taken in cases involving the Republic of Croatia. With such an approach, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has been approaching today's view that State Parties must observe and execute the judgments which the Court renders in their cases, as well as the case-law that the ECtHR develops in judgments which are the result of its adjudication in the cases of other states. In this way, it also accepts what

⁵⁷ For more details, see Article 46 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (OG - International Agreements no. 18/97, 6/99, consolidated text, and 8/99).

⁵⁸ The case of *Ireland v. United Kingdom* of 18 January 1978, Application no. 5310/71.

is known as the "interpretative authority" of the judgments of the ECtHR, regardless of the state against which the judgment is rendered. By accepting "interpretative authority," i.e. judicial activism, which stems from the evolutive interpretation of the ECtHR, the Constitutional Court of the Republic of Croatia accepts its role as "framer of constitutional standards" on the one hand, and its interpretation of the Convention "as a constitutional instrument of European public law" on the other hand.

It seems that in the light of what has been said, J. Omejec, President of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, justifiably points out that "it is by the nature of things not possible to talk about complying with the Convention, i.e. about applying the case-law of the European Court, if the contracting state limits itself only to the judgments that the Court passes in relation to itself. European constitutional standards⁵⁹ emerge from the totality of the case-law of that court⁶⁰."

Based on this, the Constitutional Court of the Republic of Croatia, among other things, has been aligning its case-law and standpoints with those of the ECtHR, but also, by accepting and applying its standpoints, it additionally informs and educates its judges and all other addressees to whom its decisions and rulings are related, just as it does with its evolutive interpretations and the resulting activist standpoints. For the sake of illustration, I will give a few examples from the case-law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia⁶¹.

We have already stressed that, in addition to the grounds for discretionary procedure, Article 63.1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia allows the Constitutional Court to take an activist standpoint. Indeed, it has done so. Starting from the fact that Article 63 prescribes "other conditions for lodging a legal remedy than Article 62, and that the procedure pursuant to Article 63 is autonomous, and not a continuation of the procedure referred to in Article 62," the Constitutional Court holds that the applicant of the constitutional complaint referred to in Article 63 is obliged to state and give reasons for "all the essential components for the application of this Article." Namely, "the

⁵⁹ By accepting such an approach to the Convention and the ECtHR, the Constitutional Court of the Republic of Croatia also contributes to the arguments for the thesis supported by a growing number of advocates that the ECtHR has an increasing number of characteristics of a constitutional court and that it is turning into some kind of European Constitutional Court.

⁶⁰ See the report by J. Omejec, "Način i sredstva za priznavanje interpretativnog autoriteta presuda protiv drugih država - iskustvo Ustavnog suda Hrvatske" ("Ways and means to recognise the interpretative authority of judgments against other states - the experience of the Constitutional Court of Croatia", presented at the Conference in Skopje, Republic of Macedonia, 1-2 October 2010, organised by the Ministry of Justice of the Republic of Macedonia in cooperation with the Venice Commission, p. 8 (author's private archive).

⁶¹ This is the right place for me to join all those who express their regret that the Constitutional Court of the Republic of Croatia no longer uses the evolutive method and judicial activism, even though it has constitutional grounds to do so (see Article 3 of the Constitution), which is rare among European states. I also wish to express the hope that it will do this with more courage in the future, naturally taking due care that it always respects the basic values of the constitutional order and the very ratio of the Constitution, which establishes a constitutional democratic state where human and minority rights and fundamental freedoms are respected and exercised, that is, a constitutional state which ensures protection against any violation of every person's human rights and fundamental freedoms.

Constitutional Court is not on its own entitled to extend the reasons of the constitutional complaint⁶²." Therefore, the Constitutional Court points out: "The court holds that the applicant had to give reasons that would point to a grave violation of his constitutional rights and freedoms. Acknowledging the fact of the applicant's unemployment, it must be said that it does not by itself lead the Constitutional Court to conclude that grave and irreparable circumstances for the applicant might occur. Namely, the applicant in this part of the constitutional complaint failed to state the circumstances which would show that the requirements have been met...⁶³."

According to its own finding, which results from the fact that based on the "stark procedural regulation no procedure may be conducted pursuant to the constitutional complaint...", the Constitutional Court, faced with a legal void of procedural norms for proceeding in constitutional judicial matters, is authorised and obliged to create procedural norms in the course of specific proceedings. By implementing specific procedures, the Constitutional Court thus created procedural rules according to which it will proceed in such a way that in the procedure instituted pursuant to constitutional complaints it uses suitable procedural rules from other procedural laws (Civil Procedure Act, General Administrative Procedure Act, Criminal Procedure Act, etc.), while in some cases - acknowledging the specific nature of the proceedings before the Constitutional Court - it creates new rules of procedure⁶⁴.

In a more recent case⁶⁵, the Constitutional Court of the Republic of Croatia took an active stance based not only by applying an evolutive interpretation of the highest values of its own constitutional order, but by invoking the case-law and standpoint of the ECtHR. Thus, by invoking the case of *Folgero and others v. Norway* (Application no.15472/02, Judgment, Grand Chamber of 29 June 2009) in its own case took the following stance: "The obligation of the state to respect the parents' convictions is not fulfilled by merely 'taking into account' the parents' opinions, or by formally recognising their right to express their opinion. The concept of respect significantly transcends such an approach and implies the obligation of the state always to ensure the realisation of the rights of parents when religious or philosophical convictions are concerned, which attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance, as well as to remain neutral and refrain from promoting any of the possible concepts and from the tendency of indoctrination... Therefore, the state needs to align institutionalised education in state schools in a balanced manner with parental

⁶² J. Crnić, "Komentar Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske" (Commentary on the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Zagreb), 2002, p. 241.

⁶³ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no. U-III-1108/2000 of 12 October 2000. See also its Decision no. U-III-567/2000 of 17 May 2000.

⁶⁴ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no. U-I-252/1995 of 16 May 1995.

⁶⁵ Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia no. U-II-1118.

upbringing. At the same time, naturally, parents are not entitled to keep their children ignorant and to prevent the flow of information about religious and philosophical contents, or about these and other contents which may be, and generally are, 'value coloured', including information about various aspects of interpersonal relations, sexuality and similar topics, nor are schools for this reason banned from directly or indirectly transferring information about these areas to children. However, this must be done in an objective, critical and pluralistic manner."

Therefore, the Constitutional Court takes the standpoint that the state is required to provide for children elementary and secondary school educational programmes that will be useful and beneficial to them and which will allow for the development of their personalities.

5. Some self-restraining principles in applying judicial activism

Appropriate restrictions and self-restrictions must exist in the procedures of the ECtHR and constitutional courts when practising the evolutive interpretation of the Convention, and of the constitutions of the State Parties, and in applying judicial activism. With regard to this, some authors have attempted to establish "objective criteria which will serve as guidelines for judges when selecting a particular decision." Hence, P. Mahoney considers that this may be achieved by "deducing from the concepts included in the text, which are interpreted within their context and with regard to the aim and purpose of the contract." There are, in fact, several criteria and starting points: the first concerns the nature of the provision that needs to be interpreted; the second the original intention or aim that the framers wished to achieve with regard to a particular provision; the third criterion relates to identifying the values that serve as guidelines to the interpretation; the fourth relates to the empirical evidence of evolutive interpretation," etc.⁶⁶.

In any case, it is clear that even the activity of the ECtHR, or that of the constitutional courts of the State Parties, cannot and may not be equated with unlimited judicial activism.

The ECtHR, in order to exercise self-restraint in its own activism, developed two principles: the principle of the margin of appreciation, in conjunction with the principle of subsidiarity. The essence of the margin of appreciation doctrine arises from the necessity to ensure some space for State Parties to act "in order also to add to the content which is otherwise acceptable within their limits, (national) specificities, which is based on cultural diversities."

With regard to the principle of subsidiarity, this stems from Article 1 of the Convention, according to which the primary responsibility for the implementation of the Convention is held by the State Parties.

⁶⁶ P. Bačić, "Konstitucionalizam i sudski aktivizam" (Constitutionalism and Judicial Activism), Split, 2010, p. 278.

Since the Convention as a whole, more or less, "contains standards of conduct and not detailed provisions," the state authorities "have a broad selection in the process of implementing its provisions"⁶⁷. However, the meeting of the obligation of a State Party to implement the Convention constitutes not only its duty, but also a right to protect the human rights and fundamental freedoms embedded in the Convention at the national level before the competent national authorities (including the constitutional court), whereas the competence of the ECtHR is, according to the Convention itself, subsidiary. The subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention, and notably the fundamental role which national authorities, i.e. governments, courts and parliaments, must play in guaranteeing and protecting human rights and fundamental freedoms at the national level is emphasised by the Interlaken Declaration of 19 February 2010. The Declaration reiterates the obligation of State Parties to ensure that the rights and freedoms set forth in the Convention are fully secured at the national level, and calls for a strengthening of the principle of subsidiarity. With regard to when this should be the case, the answer is when human rights and fundamental freedoms set forth in the Convention have not been effectively protected by national authorities. In this sense, the Declaration reaffirms subsidiarity as the fundamental importance of the right to file individual petitions to the Court for the protection of fundamental rights and freedoms, but also confirms it as one of the cornerstones of the Convention system which guarantees that alleged violations of human rights and fundamental freedoms that have not been effectively dealt with by national authorities can be brought before the ECtHR. At the same time, the principle of subsidiarity, no less importantly, guarantees State Parties priority in fulfilling their duty towards their citizens, and anyone else who finds themselves on their territory, to provide adequate (effective) protection of their human and minority rights and fundamental freedoms. This constitutes both a duty and a right of the State Parties. This is the expression of the realisation of the rule of law and legal certainty within their territory, as well as of the respect of human and minority rights and fundamental freedoms by only the state in question. It is an expression of the functionality and efficiency of their legal order. Accordingly, since the constitutional-law regulation of human and minority rights and fundamental freedoms is one of the benchmarks and constitutional elements of a modern constitutional democratic state, its effective protection is the benchmark that confirms the sincerity of the intention and success in attaining such a state in social reality. Consequently, the subsidiary role of a European court protecting human and minority rights and freedoms must never be neglected. The application of evolutive interpretation and judicial activism by the ECtHR must never derogate the right of states to fulfil their duty in meeting and protecting the human rights and fundamental free-

⁶⁷ *ibid.*, p. 283.

doms set forth in the Convention. I am convinced that the State Parties themselves would not allow or accept such a degree of judicial activism of the Court, because such derogation would constitute a significant change in the Convention, which the Court has no right to introduce because this right belongs to the State Parties.

6. In place of a conclusion

The realisation and protection of human rights and fundamental freedoms is in itself one of the great goals that the Council of Europe wishes to achieve, as does every modern constitutional state and every democratic state which proclaims tolerance and dialogue, and which respects and fosters diversity. Furthermore, the realisation and protection of human rights and fundamental freedoms is a high achievement and a value that contributes to enhancing human dignity and to the development of people's individuality at a micro and macro level in fostering peace, security and stability as overall conditions for social development. Their protection must be real, and not only formal. This must not be partial or sporadic. On the contrary, the realisation and protection of human rights and fundamental freedoms must be universal, viewed in its totality and binding on all, whether at the level of European associations or at the level of their member States. This protection is not imposed, but is accepted on a voluntary basis, as a general human asset and high value, with the awareness that this is in the interest of every individual and the entire social community. This approach has taken the view that the realisation and protection of human rights and fundamental freedoms is primarily the duty and the right of the State Parties, and only subsidiarily the right and duty of the European Court of Human Rights.

By accepting the subsidiary jurisdiction of the ECtHR, the States Parties have also accepted the binding force of its decisions on all, and with it also the obligation to execute them.

Very quickly, and certainly in the present day, it has become clear that it is essential, both at the level of individual State Parties and at the level of the ECtHR, among other things in order to observe and strengthen the rule of law, to align the jurisprudence of all the actors who deal with the protection of human rights and fundamental freedoms when resolving cases of the same type. And this protection must be fair, quick and effective. Such a necessity has been additionally emphasised by the fact that the Convention, on the one hand, contains a large number of general wordings, principles and standards whose content is not sufficiently well defined, and, on the other hand, by the requirement of the Council of Europe and other associated bodies for human rights to be protected in reality and for this protection to be appropriate to the circumstances of each particular case. An acceptable solution was found in applying the method of evolutive interpretation of the rights set forth in the Convention and in the judicial

activism of the ECtHR, which contributed to the establishment of standards of protection of human rights and fundamental freedoms.

By respecting the binding nature of the decisions of the ECtHR, the constitutional courts of the member States have applied its activist standpoints when resolving specific cases of the same type. Encouraged by judicial activism and the evolutive interpretation of the ECtHR, the constitutional courts of the State Parties also rightly began to apply these methods. It is important to keep in mind that sometimes this might lead to situations where the ECtHR and/or the constitutional courts of the State Parties overstep the allowed boundaries and thus enter the forbidden zone of legislative prerogatives. It must also be remembered that this could result in dissenting views between the constitutional court of a State Party and the ECtHR taken on account of an activist approach to the protection of human rights and fundamental freedoms.

In order to avoid such situations, both apply self-restraint. However, the alignment of views and standards regarding the further development and protection of human rights and fundamental freedoms and the rights and freedoms of minorities imposes the need not only to continue to apply the evolutive method and judicial activism, but also to find new instruments to align case-law and to accept common views and standards.

We believe today that there is awareness that the ECtHR and the constitutional courts of the State Parties have, with their activist approach, raised the issue of human rights and fundamental freedoms and the rights and freedoms of minorities onto a common pedestal of values that are protected because they are in everyone's interest, in the interest of all European Member States and other members of the Council of Europe and their associations, irrespective of all their differences. And this is precisely what the State Parties reaffirmed by adopting the Interlaken Declaration, which, among other things, accepted the interpretative authority of the decisions of the ECtHR, which means that the State Parties accepted the binding nature of its decisions on all, and not only on the individual state to which the specific decision of the ECtHR relates. We consider it necessary to emphasise that it would be desirable to practise constitutional judicial activism in the work of constitutional courts when dealing with the protection of human rights and fundamental freedoms. This is especially so since this would increase the influence of the constitutional courts of the State Parties on the content of the evolutive interpretation and the judicial activism of the ECtHR, primarily to raise the quality of protection of human rights and fundamental freedoms to a higher level, in conformity with the universally accepted fundamental principles and values set forth in the Convention.

And, finally, it must be highlighted that both the ECtHR and the constitutional courts of the State Parties, when human rights and fundamental freedoms and the rights and freedoms of minorities are concerned, are, each within their own remit, working on the common task of protecting them

and creating the conditions to achieve the common values and goals of a democratic society in a constitutional state. In order to perform this task, there should be no controversies or confrontations between the constitutional courts of the State Parties and the ECtHR, but rather relations of cooperation, exchange of views and the building of common universally accepted standards on the basis of which effective protection will be provided for every applicant whose human rights and fundamental freedoms or the rights and freedoms of minorities have been violated, as a specific form of expression of human rights and fundamental freedoms.

РЕЗЮМЕ

В этой статье автор затрагивает такие понятия, как защита прав и основных свобод человека, эволюционное толкование прав и основных свобод человека, конституционное судопроизводство, ценности конституционного порядка и самоограничение судебной власти.

Автор подчеркивает дискреционную оценку и дискреционное толкование административными органами правовых норм, конституционного судопроизводства и причин ее появления.

Деятельность Европейского суда по правам человека и его влияние на конституционное судопроизводство в странах-членах Совета Европы также подчеркиваются в статье. Автор учитывает судебную деятельность Европейского суда по правам человека в целом и эволюционное толкование им прав и основных свобод человека, как импульс для активизации деятельности Европейского суда по правам человека.

Признавая обязательный характер решений ЕСПЧ, конституционные суды государств-членов применяют его точку зрения при разрешении идентичных дел. Принимая субсидиарную юрисдикцию ЕСПЧ, государства-участники приняли также общеобязательный характер его решений, а также обязанность выполнять их.

Автор приходит к выводу, что реализация и защита прав и основных свобод человека являются одной из великих целей, которых хочет добиться Совет Европы, как это делает каждое современное правовое демократическое государство, провозглашающее терпимость и диалог. Поэтому, когда дело касается прав и основных свобод человека, а также прав и свобод меньшинств, и ЕСПЧ, и конституционные суды государств-членов работают над общей задачей - их защита и создание условий для достижения общих ценностей и целей демократического общества в правовом государстве.



GARANTIE DE L'ÉTAT DE DROIT ET MARGE D'APPRECIATION DU LEGISLATEUR: EXEMPLES DE MISE EN ŒUVRE DANS L'ORDRE JURIDIQUE PORTUGAIS

MARIA JOSE RANGEL DE MESQUITA

Juge à la Cour Constitutionnelle du Portugal

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lisbonne

1. État de droit dans l'ordre juridique Portugais: siège constitutionnelle et moyens de garantie

Le texte constitutionnel approuvé en 1976¹ accueille expressément la trilogie de principes fondamentaux sur lesquels repose la fondation du Conseil de l'Europe et simultanément objectifs à promouvoir: démocratie pluraliste, respect par les droits de l'homme et *état de droit* (proéminence du droit, *rule of law*).

Le siège constitutionnel du principe de l'état de droit est aujourd'hui est l'article 2 de la Loi Fondamentale qui, depuis la révision constitutionnelle de 1997², identifie la République Portugaise comme un «état de droit démocratique» dont les quatre éléments fondamentaux sont la souveraineté populaire, le pluralisme d'expression et l'organisation politique démocratiques, le respect et la garantie d'effectivité des droits et libertés fondamentaux et la séparation et interdépendance de pouvoirs.

En particulier le principe de l'état de droit, tel que conçu dans le cadre de l'ordre constitutionnel portugais implique l'assujettissement du pouvoir à des normes et principes juridiques – non seulement ceux que la Loi Fondamentale accueille formel et matériellement mais aussi ceux qui puissent s'imposer comme antérieurs et supérieurs aux pouvoirs publics se traduisant en limites à son exercice visant empêcher, notamment, l'arbitre et l'injustice, la discrimination non fondée et la violation du principe de proportionnalité.

Plusieurs des six différents éléments que, selon, l'essai de définition du Conseil de l'Europe³ sont compris dans la notion d'État de droit – ou préémi-

¹ Constitution du 2 avril 1976 révisée, successivement, par les Lois constitutionnelles n.ºs 1/82 du 30 septembre, 1/89 du 8 juillet, 1/92 du 25 novembre, 1/97 du 20 septembre, 1/2001 du 12 décembre, 1/2004 du 24 juillet et 1/2005 du 12 août (disponibles sur <http://www.parlamento.pt>).

² Loi Constitutionnelle n.º 1/97 du 20 septembre, Diário da República, I Série, n.º 218 du 20/09/1997.

³ Rapport sur la prééminence du droit adopté par la Commission de Venise lors de sa 86e session plénière (Venise, 25-26 mars 2011) – CDL-AD(2011)003rev du 28 mars 2011, IV, n.º 41.

nence du droit – sont objet de prévision par des dispositions constitutionnelles spécifiques⁴ et aussi infra-constitutionnelles dont le respect s'impose aux différents pouvoirs de l'État et dont les moyens de garantie, soit politiques soit juridiques, assurent un tel respect dans l'exercice de leur compétence respectives.

Parmi les moyens de garantie de l'état de droit – et donc de l'état de droit démocratique –, telles que prévues dans l'ordre juridique portugais, qui s'adressent directement au contrôle de l'activité du législateur et de sa marge d'appréciation dans l'exercice du pouvoir législatif autant qu'expression du principe majoritaire, on peut compter le contrôle de constitutionnalité (et de la légalité) des normes par le juge, y compris le juge de droit commun et le juge constitutionnel, aussi bien que la responsabilité des pouvoirs publics (de l'état et d'autres entités publiques) découlant de l'exercice, parmi d'autres, de la fonction législative.

En plus, parmi d'autres aspects concernant la mise en œuvre de l'état de droit et des éléments que, selon la perspective du Conseil de l'Europe, intègrent la notion d'état de droit (prééminence du droit), l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales implique l'exécution effective des décisions de justice et la stabilité des décisions judiciaires définitives, sauf à titre très exceptionnel. Dans ce contexte, la marge de liberté du législateur a permis de consacrer une (nouvelle) exception légale à l'autorité de chose jugée au nom du respect du droit transnational – et donc, de la soumission au Droit de source transnationale – en matière de droits fondamentaux, élément faisant lui aussi partie de la notion de prééminence du droit selon la conception du Conseil de l'Europe.

C'est dans le cadre de ces trois volets – contrôle de constitutionnalité de la marge d'appréciation du législateur, étendue de la responsabilité de l'état législateur et limites à la *res judicata* au nom de l'état de droit qu'on a choisi de centrer notre intervention.

On abordera donc *trois* aspects – et perspectives – de la mise en œuvre du principe de l'état de droit dans le cadre spécifique de l'ordre juridique Portugais concernant plusieurs éléments de la notion d'état de droit (perspective nationale)/ «prééminence du droit» (perspective du Rapport Conseil de l'Europe): i) le contrôle de la marge d'appréciation du pouvoir législatif – expression de la réversibilité des options politiques démocratiquement légitimés – par le juge constitutionnel à travers le principe de la protection de

⁴ Art. 3, n.ºs 2 et 3 (principe de légalité) ; arts. 1 et 12 et suivs. (valeur de la dignité de la personne humaine et droits fondamentaux) ; arts. 20 (accès à la justice et protection juridictionnelle effective), 268 (protection juridictionnelle effective contre l'état-administration) et 203 (indépendance des tribunaux) ; et art. 13 (non discrimination et égalité devant la loi) de la Constitution portugaise de 1976 (disponible sur <http://www.parlamento.pt>).

la confiance compris dans le principe de l'état de droit démocratique (et de l'égalité proportionnelle) dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de normes budgétaires; ii) l'étendue de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État législateur à la lumière de la loi nationale sur la responsabilité de l'état et des autres entités publiques par rapport à son marge d'appréciation dans la persécution des buts d'intérêt public; et, finalement, iii) les limites à la *res judicata*, au nom du respect des droits fondamentaux, par voie d'un recours extraordinaire de révision fondé sur la contradiction avec une décision juridictionnelle transnationale en matière de protection de droits fondamentaux autant qu'expression de la contrainte (vinculação) hétéronome de l'état au Droit, de source transnationale, en matière de respect des droits de l'homme.

Dans le premier cas, le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge constitutionnel ayant pour paramètre le principe de la protection de la confiance a tranché la question de la marge d'appréciation dans l'exercice du pouvoir législatif en matière budgétaire affectant certains droits existants des serviteurs publics.

Dans le deuxième cas, le législateur infra-constitutionnel a gardé, dans la mise en œuvre du principe constitutionnel de la responsabilité des pouvoirs publics, autant que garantie de l'état de droit, une marge considérable de liberté du législateur par la voie de fixation de conditions de responsabilité plus étroites par rapport aux conditions de responsabilité fixés pour les autres fonctions de l'état – concernant l'étendue de la responsabilité (par action/omission), la nature des normes violés et l'étendue des dommages et de la réparation.

Dans le troisième cas, le législateur a utilisé sa marge d'appréciation pour établir une (nouvelle) exception au principe de la force de chose jugée (*res judicata*) en permettant, dans certaines limites et délais, la révision de décisions juridictionnelles définitives internes au nom du respect du droit transnational, notamment de source juridictionnelle, en matière de protection des droits de l'homme/droits fondamentaux – dont la mise en œuvre présente déjà quelques exemples.

Tous ces exemples adressent, bien que de façons différentes et en différentes mesures, des éléments compris dans la notion de prééminence du droit proposés dans le rapport du Conseil de l'Europe de 2011: en spécial la légalité, la sécurité juridique et l'interdiction de l'arbitraire, l'accès à la justice et le respect des droits de l'homme.

On adressera de suite chacun de ces exemples de mise en œuvre de la garantie de l'état de droit dans ses traits fondamentaux.

2. Contrôle de constitutionnalité et marge d'appréciation du législateur: le rôle du principe de la protection de la confiance

2.1 *Le système portugais de contrôle de constitutionnalité: traits généraux*

Le système de contrôle de constitutionnalité (et de légalité) consacré par la Loi fondamentale et développé par la loi ordinaire présente comme trait fondamental le fait d'être un système de contrôle de la constitutionnalité (et de la légalité) de *normes* juridiques – et par voie de contrôle concret diffus aussi d'interprétations normatives – par lequel ces normes (ou interprétations normatives) peuvent être prononcés, déclarés ou jugés contraires à la Constitution ou aux principes que celle-ci consacre (ou, dans certains cas, illégales par violation d'une loi de valeur renforcée ou des statuts des régions autonomes de Azores et Madère)⁵.

En plus, ce système se caractérise par la prévision d'un double volet - le contrôle de la constitutionnalité à titre préventif aussi bien que le contrôle de constitutionnalité à titre successif, soit abstrait soit concret⁶ – puisque tous les tribunaux sont tenus de ne pas appliquer des normes qui violent la Constitution ou les principes y accueillis (avec recours devant la Cour Constitutionnelle)⁷. Le système comprend aussi le contrôle, bien que restreint du point de vue de son étendue et de la légitimité, des omissions législatives contraires à la Constitution⁸.

Dans le cadre de ce système – par voie soit de contrôle préventif soit de contrôle successif – la Cour constitutionnelle a été appelée à effectuer le contrôle constitutionnel de normes, notamment issues du parlement national ('*Assembleia da República*'), dont la marge d'appréciation du législateur a été apprécié par rapport au principe de la protection de la confiance – autant que principe compris dans le principe de l'état de droit démocratique et expression du principe de la sécurité juridique.

Dans la jurisprudence plus récente ce principe a même joué un rôle de particulière importance dans l'appréciation des normes lois budgétaires approuvés aussi en conséquence des compromis internationaux et européens pris par l'état. Dans ce contexte ce principe, tel que compris par la jurisprudence constitutionnelle, peut jouer un rôle de limite au pouvoir de révision de normes juridiques autant qu'expression ou corolaire du principe démocratique et de la souveraineté populaire. Dans cette mesure il se présente aussi comme un moyen de garantie de l'état de droit dans le volet de soumission du pouvoir législatif à des normes (et principes) de rang constitutionnel.

⁵ Cfr. art. 277 et suivants de la Loi Fondamentale et art. 51 et suivants de la Loi n.º 28/72 du 15 novembre, et modifications postérieures (Loi sur l'organisation, fonctionnement et procédure de la Cour Constitutionnelle – disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

⁶ Cfr. arts. 278-282 de la Loi Fondamentale et arts. 51-66 de la Loi n.º 28/82 du 15 novembre.

⁷ Cfr. arts. 204 de la Loi Fondamentale.

⁸ Cfr. art. 283 de la Loi Fondamentale et arts. 67-68 de la Loi n.º 28/82 du 15 novembre.

2.2 *Le principe de la protection de la confiance et la marge d'appréciation du législateur en matière de normes budgétaires*

Le principe de la protection de la confiance autant que volet subjectif de la protection de la sécurité juridique, malgré le fait qu'il n'est pas expressément énoncé dans le texte de la loi fondamentale, est envisagé par la jurisprudence constitutionnelle comme un corolaire et une exigence de la mise en œuvre de l'état de droit démocratique.

L'application de ce principe, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, permet ainsi d'assurer la garantie de l'état de droit dans la mesure où il peut s'imposer au législateur comme limite à sa marge de liberté concernant les modifications législatives, c'est-à-dire, comme limite à la compétence du législateur de réviser un cadre normatif donné.

Autant que méthode – et paramètre – de contrôle de la conformité de (la modification de) normes juridique avec la loi fondamentale l'application du principe de la protection de la confiance implique, d'un côté, la définition rigoureuse des critères cumulatifs dont la vérification imposerait la protection de d'une situation de confiance et, d'autre côté, la pondération des intérêts affectés par la modification d'un certain cadre normatif par rapport à l'intérêt public que justifie une telle modification – laquelle permettra, dans chaque cas, de conclure sur la conformité constitutionnelle du choix du législateur considérant notamment la juste mesure et les limites du raisonnable écartant l'arbitre ou l'onérosité excessive.

Selon la jurisprudence constitutionnelle (arrêt n.º 287/90, n.º 303/90 et, postérieurs⁹), deux critères de base sont à prendre en considération: l'affectation défavorable des attentes des citoyens n'est pas admissible quand s'il s'agit d'une modification de l'ordre juridique sur laquelle les destinataires de la norme juridique ne pouvaient raisonnablement compter; et quand cette affectation n'est pas justifiée par le besoin de sauvegarder des droits ou intérêts protégés par la loi fondamentale que doivent prévaloir (selon le principe de proportionnalité).

Plus tard ces critères ont été rendus plus précis et développés par la jurisprudence de la Cour¹⁰ et quatre critères ou «épreuves» ont été énoncés pour que la protection de la confiance soit sauvegardé et, ainsi, limité la marge de liberté du législateur: i) l'état (surtout le) législateur, aie eu des comportements capables de créer dans les personnes privés «attentes» de continuité; ii) ces «attentes» doivent être légitimes, justifiés et fondés sur de bonnes raisons; iii) les personnes privés aient fait des plans de vie étant donné la perspective de continuité du «comportement» de l'État; iv) non occurrence de raisons d'intérêt

⁹ Arrêts n.º 289/90 et n.º 303/90 et postérieures (disponibles sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

¹⁰ Arrêt n.º 128/2009 et, postérieurement, arrêts n.º 188/2009 e n.º 3/2010 (disponibles sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

public capables de justifier, en pondération, la non continuité du comportement qui a créé la situation d'expectative.

Parmi les domaines d'application pratique du principe de la protection de la confiance, le domaine des modifications législatives dans le cadre de l'approbation de normes budgétaires a donné lieu à plusieurs cas de contrôle de constitutionnalité et donc, en dernier lieu, par voie d'application du principe, de garantie de l'état de droit. L'application, cas par cas, des critères sous-mentionnés définis par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a abouti à des décisions dans le sens soit de la non-conformité de l'exercice de la marge d'appréciation du législateur en modifiant un cadre normatif préalable avec le principe de la protection de la confiance (et le principe de l'état de droit démocratique dont il est corolaire et exigence), soit de la conformité constitutionnelle de normes approuvés par le législateur.

Dans les années quatre-vingt dix et suivants la Cour a été appelé à exercer un contrôle de constitutionnalité sur des normes intégrant le budget de l'état (pour les années 1989, et 1992 et 1993) impliquant une réduction rémunératoire de certaines catégories de fonctionnaires publics (catégorie d'enseignants¹¹ et limitation du valeur total du salaire de certains serviteurs publics par rapport au salaire du premier ministre¹²) – en concluant par la non-conformité avec la Constitution étant donné l'absence d'invocation d'un 'intérêt public' donné susceptible de justifier la lésion de la confiance par les normes et, dans le premier cas, l'existence d'une affectation (d'un droit) «déraisonnable, extraordinairement onéreuse et excessive» par la norme mise en cause.

Dans la jurisprudence plus récente de la Cour en matière de contrôle (abstrait successif) de normes budgétaires pour l'année 2011¹³, l'application du principe de la protection de la confiance autant que paramètre de conformité constitutionnelle et des critères définies par la jurisprudence a abouti à une conclusion inverse. Étant en cause des normes incluses dans le budget d'état qui établissaient des réductions de salaires des serviteurs publics (réduction forfaitaire entre 3,5% à 10%), dans un contexte de rééquilibre des finances publiques, l'invocation expresse de l'intérêt public, dans un contexte exceptionnel, allié aux exigences découlant du principe de proportionnalité – volets adéquation, nécessité et proportionnalité *stricto sensu*¹⁴ – a permis de conclure, à la lumière du

¹¹ Arrêt n.º 303/90 – disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹² Arrêt n.º 141/2002 – disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹³ Arrêt n.º 396/2011 – disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹⁴ La pondération spécifique en matière de proportionnalité *stricto sensu* a pris en compte la nature transitoire des mesures législatives de réduction de salaires, l'effort de progressivité du taux de réduction applicable en face du valeur des salaires, l'exemption des salaires inférieures à un certain valeur (1500 euros), la progressivité des taux applicables (3,5%-10%) et aussi le limite maximale du taux applicable par rapport à d'autres cas de pays de l'Union Européenne (cfr. arrêt n.º 396/2011, II, n.º8 – disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

paramètre en cause, dans le sens de la conformité des mesures législatives avec la Constitution et donc de sauvegarder la marge d'appréciation du législateur démocratiquement légitimé.

L'analyse effectuée par la jurisprudence dans ce dernier cas a été reprise dans le cadre du contrôle de normes incluses dans le budget d'État pour l'année 2013 prévoyant identique réduction forfaitaire de salaires¹⁵ – le jugement a été dans le sens de considérer que le maintien d'une situation d'exceptionnalité financière met en évidence la relativisation des attentes des affectés par la réduction de salaires, en concluant que l'existence de raisons impérieuses d'intérêt public justifiaient la modification législative ne permettant pas un jugement de non-conformité constitutionnelle fondée de mode autonome sur la violation du principe de la protection de la confiance¹⁶. La Cour a abouti à une conclusion identique en ce qui concerne l'analyse isolée, à la lumière du principe de la protection de la confiance, d'une autre mesure législative du budget pour l'année 2013 établissant la suspension du paiement, aux serviteurs publics, du salaire correspondant au période de vacances – sans préjudice de l'analyse conjointe des deux mesures législatives mentionnées, mises en cause du point de vue de sa conformité avec la loi fondamentale, à la lumière de différents paramètres de conformité constitutionnelle (égalité devant les charges publiques et égalité proportionnelle) qui a conduit inversement à un jugement de non-conformité avec la¹⁷.

3. Marge d'appréciation de l'état législateur et étendue de la mise en œuvre de sa responsabilité

3.1 *Le système portugais de responsabilité des pouvoirs publics:*

traits généraux

Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1976 le principe de la responsabilité de l'État et des autres entités publiques a son siège à l'article 22 de Loi fondamentale. Cette norme impose le principe de la responsabilité (civile extra-contractuelle) des pouvoirs publics, en forme solidaire, avec les titulaires de leurs organes et agents, au titre des actes ou omissions par constitutionnelle dans l'exercice de leurs fonctions et à cause de cet exercice, s'il en résulte une violation des droits, libertés et garanties ou un préjudice pour autrui. Ce principe, selon la doctrine majoritaire, a toujours compris la responsabilité civile extra-contractuelle découlant de l'exercice de toutes les fonctions de l'État¹⁸.

¹⁵ Arrêt n.º 187/2013 – disponible sur <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

¹⁶ Arrêt n.º 187/2013, cit., II, D), n.º 26.

¹⁷ Arrêt n.º 187/2013, cit., II, E).

¹⁸ Voir J. J. GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ème ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 430 et Jorge MIRANDA/Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tome I, 2ème ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 474.

Toutefois l'article 22 de la Constitution de 1976 a, dès son entrée en vigueur, posé une double question: d'un côté, celle de la conformité du régime en vigueur en matière de l'État Administration - prévu alors par le Décret 48051 du 21 novembre 1967 – avec le nouveau régime consacré par la Loi Fondamentale et, d'autre côté, celle du besoin d'approbation d'une nouvelle loi sur la responsabilité de l'État a fin de concrétiser le principe constitutionnel en la matière tel qu'il a été consacré par la Constitution de 1976.

Après plusieurs initiatives¹⁹, la réforme du régime sous-constitutionnel de la responsabilité de l'État et des pouvoirs publics a abouti finalement à l'approbation et entrée en vigueur d'une nouvelle loi en matière de responsabilité de l'États et d'autres entités publiques²⁰ – la Loi n.º 67/2007 du 31 décembre, qui est entré en vigueur le 30 janvier 2008 – modifiée par la Loi n.º 31/2008, du 17 juillet.

Après l'entrée en vigueur, en 2008, de la nouvelle loi sur la responsabilité loi sur la responsabilité des pouvoirs publics du 2007 – tenue de concrétiser le principe constitutionnel – l'étendue de la responsabilité des pouvoirs publics concernant les différents pouvoirs de l'état est confirmée, puisque le législateur a consacré expressément la responsabilité découlant de l'exercice de toutes les fonctions de l'état: administrative, judiciaire et législative²¹. En plus, la nouvelle loi est particulièrement généreuse en matière de responsabilité des pouvoirs publics étant donné qu'elle consacre aussi une responsabilité de pouvoirs publics découlant du sacrifice imposé aux administrés²² – et ainsi une responsabilité par fait licite – et qu'elle étend le régime de la responsabilité découlant de l'exercice de la fonction administrative aux entités de droit privés (et à leurs fonctionnaires et agents) découlant des leurs actions ou omissions dans l'exercice de prérogatives de pouvoirs public ou bien réglés par de normes ou principes de droit administratif²³.

Les conditions qui doivent être remplies pour qu'un droit à indemnisation contre l'état et les autres entités publiques (ou privés) existe sont néanmoins différentes selon la fonction de l'état de laquelle la responsabilité découle – sig-

¹⁹ Desquels on souligne depuis 2001 les suivantes: Proposition de Loi n.º 95/VIII, Project de Loi n.º 148/IX et Proposition de Loi n.º 88/IX, présentées, respectivement, en Novembre 2001, Octobre 2002 et Septembre 2004 (disponibles sur <http://www.parlamento.pt>).

²⁰ Proposition de Loi n.º 56/X présentée au parlement le 20 janvier 2006 (publié au Diário da Assembleia da República, II Série A N.º 81/X/1, du 28 janvier 2006, pp. 11-18 – aussi disponible sur <http://www.parlamento.pt>) et approuvé par unanimité par le Parlement (Décret 150/X, publié au Diário da Assembleia da Republica, II Série A N.º 124/X/2, de 2/8/2007, pp. 2-7). Ce décret a été envoyé au Président de la République pour promulgation et après un veto politique a été réapprécié par le Parlement et approuvé finalement avec des modifications (articles 1, n.º 1, et 15.º, n.º 3 (suppression de la partie finale)) le 18 octobre (décret 171/X publié au Diário da Assembleia da República, II Série A N.º 16/X/3, de 14/11/2007, pp. 2-6). Après promulgation et contreseing la loi a été publiée le 31 décembre 2007 – Loi n.º 67/2007 du 31 décembre, modifié par la Loi n.º 31/2008, du 17 juillet.

²¹ Arts. 7 à 11, 12 à 14 et 15 de la Loi n.º 67/2007 du 31 décembre.

²² Art. 16 de la Loi n.º 67/2007 du 31 décembre.

²³ Arts. 1, n.º 5, de la Loi n.º 67/2007 du 31 décembre.

nifiant que une marge de conformation est reconnue à l'état législateur en ce qui concerne les conditions desquelles dépend l'existence de la responsabilité de l'état et d'un droit à indemnisation respectant toutefois les limites qui découlent du droit constitutionnel interne aussi bien que du droit de l'Union européenne et, en particulier, du principe (transnational) de la responsabilité de l'état en cas de manquement au droit de l'Union européenne établi par la jurisprudence *Francovich*²⁴.

On aborde ensuite brièvement le régime infra-constitutionnel de la responsabilité de l'état législateur, lequel joue aussi un rôle important dans la garantie de l'état de droit et autant que moyen de contrôle *a posteriori* de l'exercice d'une marge d'appréciation par le législateur.

3.2 Responsabilité de l'état législateur: marge d'appréciation et conditions du devoir d'indemniser

L'article 15 de la Loi 67/2007, du 31 décembre prévoit de façon expresse la responsabilité par des dommages découlant de l'exercice de la fonction politique-législative.

Bien que les conditions desquelles dépend le droit à une indemnisation ne coïncident pas totalement avec les conditions définies pour la responsabilité découlant des autres fonctions de l'état (administrative et juridictionnelle) – ce qui peut être compris notamment par le besoin de laisser à l'Etat une certaine marge d'appréciation concernant les choix de politique économique pour accomplir la réalisation des buts d'intérêt public – le nouveau régime établi par la Loi du 2007 permet néanmoins, comme permet (et impose) d'ailleurs le texte constitutionnel, de tenir l'état législateur responsable.

Selon ce régime, l'État législateur peut être tenu responsable par des dommages anormaux causés aux droits ou intérêts légitimes des citoyens découlant d'une action non conforme avec la constitution, le droit international, le droit de l'Union européenne ou une loi avec valeur renforcée²⁵.

Selon le même régime, l'État législateur peut aussi, dans certaines conditions, être tenu responsable par des dommages anormaux aux droits ou intérêts légitimes des citoyens découlant d'une omission d'approuver des mesures législatives nécessaires afin de rendre exécutoires des normes de rang constitutionnel²⁶.

²⁴ Arrêt de la Cour de Justice du 19/11/1991, *Francovich* et autres, C-6/90 et C-9/90, Rec., p. I-5357 e suivs.

²⁵ Cfr. art. 15, n.º 1, de la Loi n.º 67/2007, du 31 décembre – et concernant les lois ayant valeur renforcée l'art. 112, n.º 3 de la Constitution de 1976.

²⁶ Cfr. art. 15, n.º 3, de la Loi n.º 67/2007, du 31. La mise en œuvre de la responsabilité dans le cas d'omission dépend cependant de la préalable vérification par la Cour Constitutionnelle d'un cas d'inconstitutionnalité par omission (du législateur) – art. 15, n.º 5 de la Loi n.º 67/2007, du 31 décembre et art. 283 de la Loi Fondamentale.

Au delà du fait que le nouveau régime ne prévoit que l'indemnisation des dommages anormaux causés aux droits ou intérêts légitimes des citoyens²⁷ il faut aussi souligner que ce régime prévoit deux 'clause de sauvegarde' qui permettent, d'un côté, déterminer l'existence et l'extension de la responsabilité selon les circonstances concrètes de chaque cas et, d'autre côté, dans le cas où le numéro des personnes lésés est si élevé qui puisse justifier, par des raisons d'intérêt public d'exceptionnelle importance, une limitation du droit à l'indemnisation, la fixation de l'indemnisation selon l'équité et donc en valeur inférieure à ce qui correspondrait à la réparation intégrale des dommages.

Finalement, deux aspects doivent encore être soulignés dans la mesure où ils contribuent à l'extension de la responsabilité de l'état législateur.

En premier lieu, le fait que le nouveau régime consacre – bien que soumise à des conditions un peu plus strictes concernant le dommage subi²⁸ – la responsabilité par le sacrifice, et donc par fait licite, qui s'applique, le cas échéant, aussi à l'état législateur.

En deuxième lieu, le fait que le nouveau régime national, soit en général soit particulièrement en ce qui concerne la responsabilité de l'état législateur, ne peut pas mettre en cause l'application du droit de l'Européenne en matière de responsabilité de l'État. En fait, l'application du principe de la responsabilité des États membres par violation ou non accomplissement des obligations qui découlent du Droit de l'Union européenne – qui conditionne, malgré le régime nationale, les conditions substantives et de procédure concernant la reconnaissance du droit à la réparation des dommages et l'obtention d'une indemnisation – peut aboutir à l'élargissement de la responsabilité de l'état législateur soit concernant, en cas d'omission ou doute, les cas où l'état peut être tenu responsable^{29,30}, soit concernant les conditions auxquelles la responsabilité est soumise – qui ne peuvent être plus strictes que celles prévues par la jurisprudence établie par la Cour de Justice de l'Union européenne³¹.

²⁷ Cfr. art. 15, n.ºs 1 et 3, de la Loi n.º 67/2007, du 31 décembre.

²⁸ En fait l'art. 16 de la Loi n.º 67/2007, du 31 décembre, ne prévoit que l'indemnisation des dommages «spéciaux et anormaux».

²⁹ V.g. le cas de responsabilité de l'état législateur par omission de transposition (ou transposition incomplète) d'une directive de l'Union européenne – qui n'est pas expressément prévu à l'article 15 de la Loi n.º 67/2007, du 31 décembre – ou même par omission d'exécution du droit de l'Union européenne.

³⁰ Les tribunaux nationaux ont déjà admis la responsabilité de l'État législateur découlant de la non transposition (intégrale) d'une directive de l'Union – v.g. arrêt de la Cour d'Appel de Porto ('Tribunal da Relação do Porto') du 7 avril 2005 (procédure n.º 0530820) ou arrêt de la Suprême Cour de Justice ('Supremo Tribunal de Justiça') du 27 novembre 2007 (procédure n.º 07A3954).

³¹ Découlant de la jurisprudence Francovich, cit., et postérieure.

4. Le principe de la force de chose jugée et les droits de l'homme

4.1 *Le principe de la force de chose jugée autant que corolaire de l'état de droit dans le système juridique portugais: traits généraux*

Le principe de la force de chose jugée autant que corolaire de l'état de droit (volet accès à la justice) comprend des limites dont les premiers sont prévus par le texte constitutionnel – le principe *ne bis in idem* et le droit à la révision de la décision de justice (et à la réparation des dommages) dans le cas de condamnation injuste. Au-delà de ce cas de révision d'une décision de justice – et dans le cadre du droit d'accès à la justice, y compris le droit à un recours, en spécial, concernant la procédure pénale, autant que garantie de défense, le législateur a conçu un système de recours qui inclut des recours (exceptionnels) – dits recours de extraordinaires de révision – qui permettent, dans certains cas et avec certains fondements (notamment en cas de survenance de faits nouveaux ou nouvellement révélés³²) et selon certaines conditions, de mettre en cause des décisions définitives avec force de *res judicata*. Le système est mis en place soit pour la procédure civile, soit pour la procédure pénale, et aussi pour la procédure devant les juridictions administratives et fiscales.

4.2 *Limites au principe de la force de chose jugée et droits de l'homme: recours extraordinaire de révision et respect du droit transnational*

Le législateur infra-constitutionnel, par occasion de la réforme des procédures civile et pénale qui a eu lieu en 2007, dans l'exercice de sa marge de conformation du droit infra-constitutionnelle, a introduit un nouveau instrument juridique qui traduit une pondération de valeurs inhérents à deux des volets du principe de l'état de droit (prééminence du droit) identifiés par le Rapport du Conseil de l'Europe – l'accès à la justice devant des juridictions indépendantes et impartiales dans le sous-élément *res judicata* et respect par les droits de l'homme.

On signale ainsi dans le système procédural civil et pénal portugais, après la réforme sous mentionné (2007), le nouveau fondement de recours extraordinaire de révision – institut qui permet la révision extraordinaire de décisions juridictionnelles définitives, brisant *prima facie* le principe de la force de chose jugée et configurant une restriction au principe de la sécurité juridique.

Selon ce nouveau fondement de recours extraordinaire dans la procédure civile un arrêt d'un tribunal portugais avec force de chose jugée peut être objet d'un recours extraordinaire de révision quand il y a une contradiction entre celui-ci et un arrêt définitif postérieure d'une «instance internationale de recours» obligatoire pour l'État portugais, y compris la Cour de Strasbourg et, aussi, la Cour du Luxembourg³³.

³² Comme prévu d'ailleurs à l'article 4, n.º 2, de la CEDH par rapport au principe *ne bis in idem*.

³³ Cfr. art. 771, n.º 1, alinéa f), du Code de Procédure Civile.

Concernant la procédure pénale, le Code de Procédure Pénale portugais³⁴ prévoit un fondement extraordinaire de révision similaire: l'impossibilité de concilier un arrêt obligatoire pour l'État portugais rendu par une «instance internationale» avec la condamnation ou tel arrêt soulève graves doutes sur la justice de la décision pénale interne.

Bien que ces nouveaux fondements de recours (extraordinaire) de révision aient été conçus – selon le préambule des lois qui les prévoient – pour garantir l'effectivité des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) étant donné sa nature obligatoire pour les états parties à la CEDH, il est sur que la prévision des normes incluent les cas de non-conformité entre des décisions de justice nationales et des décisions d'autres tribunaux transnationaux au-delà de la CourEDH – en particulier la Cour de Justice de l'Union européenne mais aussi d'autres, comme la Cour Pénale Internationale ou la Cour Internationale de Justice.

Cet instrument, introduit dans le système juridique portugais selon la liberté de conformation du législateur implique, d'un côté, un nouveau limite au principe de la force de chose jugée – *prima facie* non conforme avec l'élément de l'état de droit relatif à l'accès à la justice dans toutes les dimensions y comprises – et, d'autre côté, un renforcement du respect des droits de l'homme – puisque dans la mesure dans laquelle le respect d'une décision d'un tribunal transnational impose à l'État le respect d'un droit violé, le recours de révision permet de garantir la prééminence de ce droit fondamental sur un comportement juridictionnel préalable de l'état.

Le législateur a ainsi consacré un nouveau limite au principe de la force de chose jugée et au principe de la sécurité juridique, au nom, en dernier lieu – puisque *prima facie* le nouveau instrument peut être compris et envisagé strictement du point de vue de l'accomplissement du principe de droit international *pacta sunt servanda* (concrètement la Convention européenne des droits de l'homme, dans la partie relative à l'exécution des décisions de la Cour de Strasbourg est à accomplir) – comme d'une protection accrue des droits de l'homme par voie juridictionnelle, impliquant une pondération entre différents valeurs de l'ordre juridique nationale. Dans cette mesure cet instrument nouveau permet une garantie aussi accrue du principe de l'état de droit dans le volet de respect par les droits de l'homme.

Si, selon les éléments de l'état de droit énoncés par le rapport de la Commission de Venise sur la prééminence du droit, le respect par la *res judicata* est un sous-élément de l'accès à la justice devant des tribunaux indépendants et impartiaux – le respect des droits fondamentaux, autant que principe et valeur-clé du Conseil de l'Europe et principe compris dans la notion constitutionnelle d'État

³⁴ Cfr. art. 449, n.º 1, alinéa g), du Code de Procédure Pénal.

de droit (démocratique) peut justifier une déviation – exceptionnelle sans doute – à l'impossibilité de réviser une décision juridictionnelle nationale définitive et donc au principe *res judicata*.

Néanmoins, le régime juridique du nouveau fondement de recours extraordinaire – puisqu'il l'es – établi des restrictions dans son application, non seulement parce que le législateur a écarté son application aux procédures en cours à la date de l'entrée en vigueur de la réforme (1/1/2008) mais aussi parce qu'il établit un limite temporel concernant la date de la décision objet de révision. Le recours extraordinaire ne peut donc pas être introduit en justice après 5 ans comptés sur la date à laquelle la décision (à réviser) est devenue définitive³⁵.

Plusieurs arrêts de la Suprême Cour de Justice portugaise ('Supremo Tribunal de Justiça') ont déjà autorisé la révision d'arrêts internes (pénales) à la suite de trois arrêts de la CourEDH qui ont condamné l'État portugais par violation de l'article 10 de la CEDH^{36,37}.

³⁵ Cfr. Art. 772.º, n.º 1, du Code de Procédure Civile.

³⁶ STJ, arrêt du 23.04.2009 – affaire 104/02.5TACTB-A.S1, non publié (disponible sur <http://www.dgsi.pt>), rendu à la suite de CourEDH, arrêt du 27.03.2008, Azevedo c. Portugal, non publié (Requête n.º 20620/04), disponible sur <http://echr.coe.int>; STJ, arrêt du 27.05.2009 – affaire 55/01.OTBEPs-A.S1, non publié (disponible sur <http://www.dgsi.pt>), rendu à la suite de CourEDH, arrêt du 24.04.2008, Campos Dâmaso c. Portugal, non publié (Requête n.º 17107/05), disponible sur <http://echr.coe.int>; STJ, arrêt du 15/11/2012, affaire 23/04.0GDSCD-B.S1, non publié (disponible sur <http://www.dgsi.pt>), rendu à la suite de CourEDH, arrêt du 20.10.2009, Alves da Silva c. Portugal, non publié (Requête n.º 41665/07), disponible sur <http://echr.coe.int>.

³⁷ D'autres arrêts du STJ ont quand même refusé d'autoriser la révision extraordinaire d'arrêts prélabes à des décisions de la CourEDH – voir STJ, arrêt du 06.10.2010, affaire 1106/02.7PBBERG-E.S1, non publié (disponible sur <http://www.dgsi.pt>) et STJ, arrêt du 21/03/2012 – affaire 868/04.1TAMTS-B.S1, non publié (disponible sur <http://www.dgsi.pt>).

ПРИНЦИПЫ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА В ПОСТАНОВЛЕНИЯХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

ВИКТОР ПОПА

*Судья Конституционного Суда Республики Молдова,
доктор хабилитат права, профессор университета*

Правовое государство предполагает гармонизацию и равновесие между двумя составляющими этого понятия в смысле господства закона, то есть его полного верховенства, с целью обеспечения прав и свобод человека. Известно, что правовое государство возникло в XVII-XVIII веках в западных странах вследствие революций, направленных против феодального произвола. Эта концепция стала вновь актуальной в современной эпохе в связи с опытом тоталитарного режима многих европейских стран. Следует отметить, что правовое государство своими особенностями фактически отождествляется с либерально-демократическим государством. Как бы то ни было, правовое государство представляет собой высшую стадию социально-политической организации общества, что подтверждено историческим опытом, однако это не означает, что оно не способно к совершенствованию.

Что касается понятия "правовое государство", то в специальной литературе можно найти несколько десятков его определений, что является естественным, принимая во внимание тот факт, что чаще всего это понятие рассматривается во взаимосвязи с понятием "демократия", также имеющим десятки определений. Жак Шевалье определяет "правовое государство" как "форму политического режима, в котором власть государства находится в рамках права и ограничена правом". Концепция правового государства была разработана в континентальной Европе немецкой юридической доктриной в конце XX столетия, однако само выражение "правовое государство" - "Rechtsstaat" впервые используется в немецкой юридической терминологии XIX столетия, а впоследствии и во французской доктрине - "Etat de droit", и постепенно распространяется на континенте в присущей для каждого языка терминологии: "Estado de derecho" на испанском языке, "Stato di diritto" на итальянском и т.д.

По мнению румынского профессора Тудора Дрэгану, принципами правового государства являются:

- Принцип естественных прав и свобод человека. Декларация прав человека и гражданина (1789) перенимает идеи социальной философии Джона Локка - подлинной "библии либерализма и индивидуализма" - и в ст. 2 предусматривает, что *"цель каждого государственного союза составляет обеспечение естественных и неотъемлемых прав человека"*, а в ст. 16 подытоживает относительно концепции правового государства: *"Общество, в котором не обеспечено право пользования правами (человека и гражданина) и не проведено разделение властей, не имеет конституции"*.
- Философский принцип естественных прав и свобод человека означает не только то, что при рождении каждый индивидуум получает права и свободы, но и то, что сколько существует человек, столько существуют его права и свободы. Права и свободы, свойственные природе человека, являются неотъемлемыми, с одной стороны, для государства, а с другой стороны, для их носителя - человека. Это означает, что государство ограничено именно тем, что является естественным для права - человеком, субъект правовой системы являясь выразителем этой системы, это основывается и на положении человека, на те же элементы *"omni et soli"*.

Законодательство Республики Молдова содержит ряд положений, которые провозглашают Республику Молдова как правовое государство, претворяя его требования в жизнь. Так, в преамбуле Конституции Республики Молдова (МО №1/1, 1994г.) содержится положение: *"Признавая правовое государство, гражданский мир, демократию, достоинство человека, его права и свободы, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм высшими ценностями"*.

В статье 1 Конституция закрепляет, что Республика Молдова - демократическое правовое государство, в котором достоинство человека, его права и свободы, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм являются высшими ценностями и гарантируются.

А статья 7 устанавливает, что Конституция Республики Молдова является ее Высшим Законом. Ни один закон или иной правовой акт, противоречащие положениям Конституции, не имеют юридической силы. Постановлением № 28 от 5 марта 2013 года Парламент выразил вотум недоверия Правительству Республики Молдова, руководимому Премьер-министром Владимиром Филат. Недоверие к Правительству выражено, главным образом, на основании подозрений в коррупции, превышении служебных полномочий и злоупотреблении властью.

Премьер-министр Владимир Филат представил 8 марта 2013 года Президенту Республики Молдова отставку Правительства. В тот же день Президент подписал Указ № 534-VII, которым принял отставку Правительства. Тем же указом глава государства постановил, что до прине-

сения присяги членами нового Правительства отправленное в отставку Правительство будет исполнять только функции управления общественными делами.

Однако Указом № 584-VII от 10 апреля 2013 года Президент Республики Молдова утвердил Владимира Филат кандидатом на должность Премьер-министра и поручил ему подготовить программу деятельности Правительства, сформировать его состав и представить Парламенту на рассмотрение. Был создан странный прецедент, когда наказанному Парламентом в связи с подозрениями в коррупции Премьер-министру предложено вновь занять должность Премьера.

Обращение в Конституционный Суд было представлено парламентской фракцией Либеральной партии. Депутаты просили разъяснить, вправе ли Премьер-министр Правительства, сложивший полномочия вследствие выражения Парламентом вотума недоверия в связи с обвинениями в коррупции, превышении служебных полномочий и злоупотреблении властью, исполнять в дальнейшем должностные обязанности до принесения присяги членами нового Правительства или Президент Республики Молдова обязан указом назначить временно исполняющего обязанности Премьер-министра из числа членов ушедшего в отставку Правительства. Также они просили разъяснить, может ли быть назначен вновь на той же должности наказанный за коррупцию чиновник.

В принятом постановлении Конституционный Суд отметил, что провозглашенный в преамбуле Конвенции принцип правового государства является "элементом общего духовного наследия государств-членов Совета Европы" и относится к Конвенции в целом. Этот принцип правового государства закрепил, в частности, установленное судом требование защиты от произвольного вмешательства публичных властей. Принцип "правового государства" закреплен также рядом международных актов о правах человека и другими актами, которые устанавливают соответствующие стандарты в этой области. Так, ценности правового государства провозглашены в Преамбуле Всеобщей декларации прав человека. Резолюция Комиссии ООН по правам человека №32/2005 о демократии и правовом государстве рассматривает элементы разделения властей, верховенства закона и равенства всех перед законом. Согласно данному документу *inter alia*:

- Напоминает, что для законного и эффективного правительства взаимозависимость между действительной демократией, ответственными и сильными органами и реально существующим правовым государством является существенной.
- Напоминает, что демократизация может быть хрупким процессом и для стабильности демократического общества правовое государство и уважение прав человека являются существенными.
- Напоминает, что государства являются гарантами демократии, прав

человека и правового государства и несут ответственность за осуществление их в полной мере.

- Призывает государства-члены предпринять постоянные усилия для укрепления правового государства и продвижения демократии через: гарантирование того, что ни один орган, ни одно публичное или частное лицо не будет ставить себя превыше закона, обеспечивая, что: все должностные лица, вне зависимости от своей позиции, незамедлительно и в полной мере будут привлекаться к ответственности за любое совершаемое ими нарушение закона; стратегии и всеобъемлющие антикоррупционные меры будут развиваться и применяться адекватным образом, чтобы сохранить независимость и беспристрастность судебной системы, а также обеспечить привлечение к ответственности членов судебной, законодательной и исполнительной систем.

Концепция "правового государства" вместе с демократией и правами человека, закрепленными также и в преамбуле Европейской конвенции по правам человека, представляют собой три основы Совета Европы, международной организации, членом которой является и Республика Молдова.

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) и государства-члены взяли на себя обязательства, связанные с принципами правового государства, демократии и прав человека. Так, Решение Совета министров ОБСЕ №7/08 о консолидации правового государства на пространстве ОБСЕ призывает государств-участников ОБСЕ выполнять взятые на себя обязательства по соблюдению правового государства как на международном, так и на национальном уровне, включая все аспекты, связанные с законодательством, управлением и правосудием. Также этот документ призывает государства укреплять свои усилия в целях повышения ответственности государственных органов и официальных лиц, уважения правового государства в публичном управлении, а также роли конституционных судов в обеспечении соблюдения принципов правового государства, демократии и прав человека всеми государственными органами.

В Европейском Союзе концепция правового государства закреплена в преамбуле и в ст.2 Договора о Европейском союзе, согласно которой: "В основе Союза лежат ценности уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, *правового государства* и соблюдения прав человека". Также этот принцип лежит в основе внешней деятельности Европейского союза и закреплён в преамбуле Хартии Европейского союза об основных правах.

Хотя Республика Молдова не является членом Европейского союза, европейская интеграция была провозглашена в Программе деятельности Правительства "Европейская интеграция: свобода, демократия, благосостояние, 2011-2014" в качестве национального приоритета, таким об-

разом, Республика Молдова должна следовать основным принципам и ценностям Европейского Союза.

Принципы правового государства предполагают обеспечение законности, правовой определенности, запрет произвола, свободный доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судебных инстанциях, включая судебный контроль административных актов, соблюдение прав человека, отсутствие дискриминации и равенство всех перед законом.

Конституционный Суд в своем постановлении отметил, что борьба с коррупцией заявлена как национальная задача различными международными обязательствами и национальными документами, такими, как Национальная антикоррупционная стратегия на 2011-2015 годы (утвержденная Постановлением Парламента № 154/2011) и План действий по ее внедрению на 2012-2013 годы (утвержденный Постановлением Парламента 12/2012), Стратегия реформирования сферы правосудия на 2011-2016 годы (утвержденная Законом № 231/2011) и План действий по ее внедрению (утвержденный Постановлением Парламента № 6/2012), Закон № 90/2008 о предупреждении и борьбе с коррупцией, Стратегия об институциональной консолидации Национального центра по борьбе с коррупцией (утвержденная Постановлением Парламента № 232/2012).

Конституционный Суд указал на то, что коррупция подрывает демократию и правовое государство, приводит к нарушению прав человека, разрушает экономику и ухудшает качество жизни. Следовательно, борьба с коррупцией является неотъемлемой частью правового государства.

Доверие к государственным органам, к политическим и публичным лицам связано с ожиданиями граждан, с тем, что эти лица и органы будут действовать в их интересах. Доверие к государственным органам является частью "социального капитала" наряду с общим доверием (к людям) и сетью различных ассоциаций людей. Объединительный элемент, называемый "доверие к государственным органам", способствует большему участию граждан в сфере общественной жизни. Уровень доверия общества к государственным органам влияет также на экономическое развитие общества. Укрепление доверия к Парламенту, Президенту и Правительству, как к основным государственным органам, символизирующим демократию, прямо взаимосвязано с эффективной реализацией принципа правового государства.

В соответствии с основополагающим принципом правового государства лица, занимающие руководящие должности, должны доказать, что отвечают высоким моральным требованиям. Более того, в случае, если обнаруживается, что это условие не выполняется, игнорирование этого факта и назначение/оставление на руководящей должности лица, безупречность которого вызывает сомнение, означает пренебрежение

принципами правового государства. Ведь правовое государство является конституционной ценностью, и охранять ее следует в полной мере. В этом же контексте ст. 56 Конституции предусматривает, что "граждане, которым доверены государственные должности, [...] несут ответственность за честное исполнение своих обязанностей [...]". Таким образом, ответственность является ценностью, которая закреплена в Конституции. Конституционный Суд подчеркнул, что в основе политической ответственности лежит концепция правового и демократического государства, и эта ответственность относится к лицам, обладающим политическим мандатом. Презумпция невиновности, предусмотренная в ст. 21 Конституции как принцип уголовного судопроизводства, не применима к политической ответственности.

В постановлении подчеркивается, что Конституционный Суд исходит из принципа, что любой политический мандат должен основываться на доверии граждан и их представителей. При подлинной демократии является нормой, чтобы лица, которые утратили доверие общества, немедленно подали в отставку, не ожидая, чтобы их сняли с должности. В этом смысле Конституционный Суд отметил *mutatis mutandis* и рассуждая *a contrario*, что случаи, когда лица, отстраненные от власти по основаниям, связанным с коррупцией, назначаются в краткие сроки на высокие руководящие должности в государстве, без приведения доказательств в пользу необоснованности обвинений, приведших к отставке, являются не только достойными порицания, но и неприемлемыми. В этом контексте назначение на руководящие должности лиц, в безупречности которых существуют сомнения или которые были сняты с должности по основаниям, связанным с коррупцией, противоречит принципам правового государства.

После принятия резолюции о вотуме недоверия, мандат доверия, предоставленный Парламентом, прекращается, а исполнительный орган уходит в отставку. Из этого следует, что вотум доверия для Правительства имеет не только значение обличения его на этой основе исполнительной властью, но и предполагает необходимость иметь в течение всего мандата поддержку парламентского большинства, голосами которого он был сформирован. Если эта поддержка, а значит и доверие, которое она предполагает, более не существуют, резолюция о вотуме недоверия, возможностью формирования нового Правительства, создает условия для восстановления равновесия между законодательной и исполнительной властями. Таким образом, резолюция о вотуме недоверия является юридическим актом, которым Парламент может отозвать свое доверие к исполнительному органу.

В свете изложенного Конституционный Суд подчеркнул, что правовое государство не является фикцией, имеющей только декларативный характер. Существование правового государства должно проявляться в практических действиях. Конституционный Суд отметил, что в целях

соблюдения конституционного принципа правового государства и уважения общих интересов граждан существенно необходимо, чтобы были предприняты безотлагательные меры по обеспечению приостановления полномочий или отставки министров и других ответственных должностных лиц, в безупречности которых существуют разумные сомнения.

В обосновании своего постановления Конституционный Суд исходил из той презумпции, что, приняв резолюцию о вотуме недоверия, Парламент действовал с высокой ответственностью, свойственной высшему представительному органу народа.

Вместе с тем является установленным фактом то, что обвинения в коррупции не привели ни к отставке Премьер-министра, ни к его инициативе о временном приостановлении полномочий/снятии с должности подозреваемых в этом министров и других высокопоставленных лиц. Напротив, Конституционный Суд и вся общественность стали свидетелями попыток препятствования деятельности органов уголовного преследования, например требование об отставке директора Национального центра по борьбе с коррупцией или запрещение его присутствия на заседаниях Правительства.

В свете изложенного Конституционный Суд посчитал, что оставление в должности Премьер-министра, отправленного в отставку в связи с совершением достойных порицания действий, свидетельствует об игнорировании принципов правового государства и принципа безупречности, что ставит под угрозу стабильность демократических институтов. Суд подчеркнул, что является недопустимым пренебрежение и игнорирование решения Парламента, которым выражается вотум недоверия Правительству во главе с Премьер-министром в связи с актами коррупции, по крайней мере до тех пор, пока не доказано обратное и не приведены доказательства о необоснованности подозрений.

В силу изложенного Конституционный Суд в качестве принципа повторил суждения Европейской комиссии, согласно которым для того, чтобы общество доверяло Правительству, очень важно, чтобы оно доверяло лицам, занимающим руководящие должности, и они должны уйти в отставку в случае возникновения подозрений в их безупречности.

Конституционный Суд отметил, что Премьер-министр, допускающий нахождение в составе Правительства министров, подозреваемых в коррупции, в отношении которых были заведены уголовные дела, пренебрегает принципами правового государства и проявляет очевидное отсутствие безупречности и, таким образом, становится несовместимым с занимаемой должностью. Исполнение должности Премьер-министра лицом, руководившим Правительством, отстраненными от акта правления в связи с подозрениями в актах коррупции, наносит непоправимый урон контрольной функции Парламента в качестве высшего органа государственной власти.

Вместе с тем, учитывая, что Правительство обеспечивает проведение внутренней и внешней политики государства и осуществляет общее руководство публичным управлением, вхождение в состав Правительства лиц, безупречность которых вызывает серьезные сомнения, приводит к утрате доверия к акту правления в общем как на внутреннем, так и на внешнем уровне и подрывает способность Правительства осуществлять акт правления и вести диалог с внешними партнерами.

В заключение, Конституционный Суд посчитал, что дальнейшее исполнение должности Премьер-министра лицом, сложившим полномочия в результате выражения вотума недоверия в связи с актами коррупции в рамках Правительства, противоречит принципу правового государства, закрепленного в ст. 1 ч. (3) Конституции и в статье 101 ч. (2) Конституции. Конституционный Суд установил, что статьи Указа Президента Республики Молдова от 8 марта 2013 года № 534-VII, в сущности, не противоречат положениям ст. 103 ч. (2) Конституции. Однако отсутствие в Указе от 8 марта 2013 года № 534-VII положений о назначении временно исполняющего обязанности Премьер-министра является упущением. Суд констатировал, что это упущение стало возможным, поскольку положения ст. 103 ч. (2) Конституции не были применены во взаимосвязи с положениями ст. 1 ч. (3) и 101 ч. (2) Конституции. Учитывая, что Указ № 534-VII был издан до принятия постановления Конституционного Суда, которым дается толкование конституционных норм, Конституционный Суд не посчитал необходимым признать его недействительным на основании установленного упущения. Таким образом, чтобы исправить положение, Президенту надлежит назначить временно исполняющего обязанности Премьер-министра в соответствии со ст. 1 ч. (3), 101 ч. (2) и 103 ч. (2) Конституции и интерпретацией Конституционного Суда. Что касается назначения временно исполняющего обязанности Премьер-министра, Конституционный Суд отметил, что временное исполнение обязанностей представляет собой переходный этап, направленный на обеспечение непрерывности деятельности Правительства по управлению публичными делами.

В силу изложенного, на основании ст. 140 Конституции, ст. 26 Закона о Конституционном Суде, ст. 6, ст. 61, ст. 62 п.а) и ст. 68 Кодекса конституционной юрисдикции, Конституционный Суд единогласно признал неконституционным Указ Президента Республики Молдова от 10 апреля 2013 года № 584-VII об утверждении кандидата на должность Премьер-министра.

По смыслу ст.1 ч.(3), 101 ч.(2) и 103 ч.(2) Конституции Конституционный Суд установил, что:

- Премьер-министр Правительства, отправленный в отставку резолюцией о вотуме недоверия по подозрению в коррупции, *находится в положении невозможности исполнения полномочий;*

- в случае отставки Правительства в связи с вотумом недоверия по подозрению в коррупции, *Президент Республики Молдова имеет конституционную обязанность назначить временно исполняющего обязанности Премьер-министра* из числа членов Правительства, не скомпрометировавших себя.

SUMMARY

The legislation of the Republic of Moldova contains a number of provisions, which declare the Republic of Moldova as a rule of law state.

By the Decision №28 of March 5, 2013 the Parliament expressed non-confidence vote to the Government of the Republic of Moldova, headed by Vladimir Filat, the Prime Minister. Non-confidence was mainly based on the suspicion in corruption, abuse of authority. However, by the Decree № 584-VII of April 10, 2013 the President of the Republic of Moldova confirmed Vladimir Filat as a candidate to the position of the Prime Minister and assigned him to the organization of the programme of the activity and formation of the Government.

The parliamentary faction of Liberal Party applied to the Constitutional Court and asked the Court to clarify if the Prime Minister who resigned because of non-confidence vote could continue functioning as a Prime Minister.

The Constitutional Court held that leaving the Prime Minister, who had resigned, in power, witnesses ignoring the principles of the rule of law state and principle of candour, which endangers the stability of the democratic institutions. The Constitutional Court repeated the judgment of the European Commission according to which: "if the Government wants the society to trust it, it shall trust the high position officials and it must resign if its candour is under the question."



THE BULGARIAN CONSTITUTION AND THE STANDARDS OF LAWFULNESS OF THE ELECTIONS OUTLINED IN THE VENICE COMMISSION CODE OF GOOD PRACTICE IN ELECTORAL MATTERS

BORIS VELCHEV

Member of the Constitutional Court of Bulgaria

The effective Constitution of the Republic of Bulgaria was adopted in 1991 as an essential tool for the creation of the Republic of Bulgaria as a democratic State committed to the rule of law. The fundamental principles of the Constitution proclaim the principle of the people's sovereignty. Article 1 (2) of the Constitution of the Republic of Bulgaria stipulates that the people is the sole fountain of State power and exercises this power directly through the forms of direct democracy, as well as through the bodies provided for in the Constitution itself. The basic law of the Republic does not allow any part of the people, political party or any other organisation, institution of State or particular individual to usurp the exercise of the people's sovereignty. At the same time, taking into consideration the existence of different political interests of larger or smaller social groups as a natural state of every democratic society, the Constitution enshrines the principle of political pluralism, which precludes the proclamation of any single political party or ideology as a party or ideology of the State. The political representation of Bulgarian citizens is guaranteed by a plurality of parties, and the law also admits independent candidates to contest the elections of President, National Representatives, Members of the European Parliament and municipal councillors and mayors. For more than twenty years now, elections in Bulgaria have been conducted in a manner which guarantees that they are democratic and fair. For years, the OSCE has been monitoring the lawfulness of elections in Bulgaria and it has never found any serious violations in this respect.

The foundation of this is laid by the provision of Article 10 of the Constitution, which stipulates that elections and referendums "shall be held on the basis of universal, equal and direct suffrage in a secret ballot." These principles were implemented in the Election Code adopted in 2011, which codified the rules for election of a head of State, of National Representatives, of Members of the European Parliament and of mayors and municipal councillors.

In its report adopted in 2010, the Venice Commission commended highly the enacted Election Code. It is fully consistent with the Code of Good Practice in Electoral Matters, adopted in 2002.

An analysis of the consistency of the Bulgarian Election Code with the Code adopted by the Venice Commission would be a rather ambitious task for a several minutes long presentation. Therefore, I have to focus on a single problem and present it to you as an example of the applicability of the European legal standards in the legislation of the Republic of Bulgaria: disputing the lawfulness of the election results.

The Venice Commission Code expressly provides that the body before which the election results are appealed must have authority to "annul" elections where violations have affected the outcome of the elections. Legislation must make it possible to annul the results for one polling station, for one constituency, or the outcome of the entire elections. It is expressly noted that extremes must be avoided: annulling the outcome of an entire election, although irregularities affect a small area only, and refusing to annul, because the area affected is too small. The principle of whether the distribution of seats is affected should be applied in this case: the election result is declared legally non-conforming provided that the violations in the electoral process are of such a nature that, without these violations, the final result of the elections would have been different from the declared result.

The Bulgarian Constitution expressly provides for two possibilities which lie within the powers of the Constitutional Court: to declare unlawfulness of the elections *in toto* (Article 66 of the Constitution of the Republic of Bulgaria) or to pronounce on the disputing of the election of one or more National Representatives (Item 7 of Article 149 (1) of the Constitution of the Republic of Bulgaria).

At the legislative level, the constitutional provisions are elaborated by the Election Code. It provides that the candidates for National Representative or the parties and coalitions which have nominated them may dispute the results within seven days after the declaration of the said results before the authorities which have the right to refer the matter to the Constitutional Court. According to Article 150 of the Constitution of the Republic of Bulgaria, in this particular case these are: one-fifth of the National Representatives, the President, the Council of Ministers, the Supreme Courts, and the Prosecutor General. For their part, they, too, have a short time limit to evaluate the reasons of the persons or parties who or which have disputed the result and, if they agree with these reasons, to submit a relevant petition to the Constitutional Court. The petition received is considered according to the procedures provided for in the Constitutional Court Act. After collecting the requisite evidence, the Court may declare unlawfulness of the elections *in toto* or may declare unlawful the election of one or more National Representatives.

If the elections are declared unlawful *in toto*, new parliamentary elections must be conducted within two months. In case the election of one or more National Representatives is found unlawful, the Court renders judgment and orders the Central Election Commission to recalculate the results and to pronounce new persons elected.

That, for example, was the case of Constitutional Court Judgment No. 2 of 2010. By that judgment, the Court held that, owing to violations of the rules for conduct of elections abroad, three National Representatives had been elected in non-conformity with the law. By the same judgment, the Central Election Commission was obligated to recalculate the election results and to pronounce other persons elected.

Parliamentary elections were held in the Republic of Bulgaria on May 12, 2013. Within the appropriate time limit and following the procedures provided for in the law, the overall outcome of these elections was disputed before the Constitutional Court by one of the parties which contested the elections, and parallel to the overall outcome, individual seats were contested as well. Ultimately, the Constitutional Court instituted three cases on disputing the election outcome and their examination is forthcoming.

The presentation above invites several key conclusions:

1. The Bulgarian Constitution and our election legislation do not just require universal, equal and direct suffrage in a secret ballot. The legal framework furthermore provides adequate guarantees that the violations of these principles will be sanctioned, by ensuring a possibility for the candidates themselves or for their parties to refer, albeit indirectly, the matter to the Constitutional Court.
2. The Constitutional Court has the option not only to declare unlawful the election of one or more National Representatives but the overall election outcome as well. A possibility is available, when there are fundamental violations in the electoral process which vitiate the will of the Bulgarian people to elect its representatives to Parliament, to annul the elections and to conduct new elections. Where the electoral process has taken place in breach of fundamental democratic constitutional principles of election law, which are so grave and endemic that they entirely discredit the electoral process and vitiate the overall outcome of the elections, the elections will be repeated.
3. This legislative framework is fully consistent with the Venice Commission Code of Good Practice in Electoral Matters, adopted in 2002.

РЕЗЮМЕ

Статья 10 Конституции Республики Болгария предусматривает, что выборы и референдумы "проводятся на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права при тайном голосовании". В качестве примера применимости европейских правовых стандартов в законодательстве Республики Болгария в докладе рассматривается возможность оспаривания законности результатов выборов. "Кодекс надлежащей практики в избирательных делах", принятый Венецианской комиссией в 2002 году, прямо предусматривает, что орган, перед которым результаты выборов могут быть обжалованы, должен иметь право "аннулировать" выборы, когда нарушения повлияли на результаты выборов. Конституционный Суд Республики Болгария имеет возможность не только признать незаконными выборы одного или нескольких национальных представителей, но и общий результат выборов.

Таким образом, автор приходит к выводу, что эта законодательная база полностью соответствует Кодексу Венецианской комиссии.



ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА КАК КРИТЕРИЙ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ГРАНИЦ УСМОТРЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЯ: ПРОЯВЛЕНИЕ В УКРАИНЕ

ОЛЕГ СЕРГЕЙЧУК

Судья Конституционного Суда Украины

В соответствии с Конституцией Украины в Украине признается и действует принцип верховенства права (часть первая статьи 8). Развитие этого конституционного принципа осуществляется как посредством закрепления на конституционном уровне иных общепринятых принципов права, прав и свобод человека, гарантий их обеспечения, предписаний, адресованных органам государственной власти, органам местного самоуправления, их должностным лицам, закрепления их полномочий, так и практикой их применения, в том числе в нормотворческой и судебной деятельности.

Контроль конституционности правового регулирования, осуществляемого законодателем, в соответствии с Конституцией Украины возложен на Конституционный Суд Украины, анализ решений, правовых позиций которого позволяет увидеть пределы усмотрения законодателя при осуществлении им своих конституционных полномочий, в частности нормотворческой деятельности. Хотя требования относительно таких пределов в Конституции Украины четко не выписаны, их определение возможно, исходя из смысла конституционных положений, прежде всего - конституционных принципов.

Следует отметить, что усмотрение законодателя может выражаться как в принятии закона (осуществление правового регулирования определенных отношений), так и путем воздержания от принятия закона (квалифицированное молчание законодателя), когда законодатель считает нецелесообразным урегулировать определенные вопросы. Вместе с тем необходимо различать квалифицированное молчание законодателя и исполнение законодателем обязанности воздерживаться от вмешательства в определенные отношения, которые в принципе не подлежат законодательному регулированию.

Прежде всего это вопросы, урегулирование которых возможно исключительно на конституционном уровне (например, закрепление, изменение, в том числе перераспределение конституционных полномочий органов государственной власти; установление исключений из консти-

туционного регулирования), а также вопросы, регулирование которых относится к ведению других субъектов¹. Такое утверждение базируется на конституционном принципе разделения государственной власти, являющемся важным элементом проявления верховенства права, а также конституционном требовании, адресованном органам государственной власти и органам местного самоуправления, их должностным лицам действовать только на основании, в пределах полномочий и способом, которые предусмотрены Конституцией и законами Украины.

Воплощение этих и других предписаний Конституции Украины зависит от многих составляющих, в частности от качества правового регулирования отношений, влияющих на их реализацию.

Принимая решения, Конституционный Суд Украины часто обращается к принципу верховенства права, его отдельным элементам, что дает ориентиры органам государственной власти, органам местного самоуправления, их должностным лицам, другим субъектам правоотношений в понимании и применении данного принципа.

При этом следует отметить, что к вопросу применения принципа верховенства права, в частности в вопросах контроля конституционности законов, Конституционный Суд Украины подходил постепенно. В первых его решениях содержались лишь ссылки на то, что при решении поставленного в конституционном представлении/обращении вопроса он исходит из принципа верховенства права. Но уже в 2004 году в Решении по делу о назначении судом более мягкого наказания² Конституционный Суд Украины изложил собственное понимание этого принципа, отметив, в частности:

"Верховенство права - это господство права в обществе. Верховенство права требует от государства его воплощения в правотворческую и правоприменительную деятельность, в частности, в законы, которые по своему смыслу должны быть проникнуты прежде всего идеями социальной справедливости, свободы, равенства и т.п. Одним из проявлений верховенства права является то, что право не ограничивается лишь законодательством как одной из его форм, а включает и иные социальные регуляторы, в частности, нормы морали, традиции, обычаи и т.п., легитимированные обществом и обусловленные исторически достигнутым культурным уровнем общества. Все эти элементы права объединяются качеством, отвечающим идеологии справедливости, идее права, что в значительной мере получило отражение в Конституции.

¹ См., например, подпункт 4.3 пункта 4 мотивировочной части Решения Конституционного Суда Украины от 23 мая 2001 года № 6-рп/2001 (дело о конституционности статьи 2483 ГПК Украины).

² Решение Конституционного Суда Украины от 2 ноября 2004 года № 15-рп/2004 по делу о назначении судом более мягкого наказания.

Такое понимание права не дает оснований для его отождествления с законом, который иногда может быть и несправедливым, в том числе ущемлять свободу и равенство лица. Справедливость - одна из главных основ права, и является решающей в определении его как регулятора общественных отношений, одним из общечеловеческих измерений права".

В дальнейшем Конституционный Суд Украины выделил также и составляющие принципа верховенства права: справедливость, соразмерность (пропорциональность), правовая определенность, к которым он время от времени обращается, обосновывая несоответствие Конституции Украины (неконституционности) тех или иных положений законов или иных нормативно-правовых актов. Таких решений в его практике немало, что естественно, учитывая тот факт, что верховенство права является принципом, требования которого касаются многих общественных институтов. Фактически каждое дело, в котором решается вопрос правомерности ограничения прав и свобод (например, при сокращении государственных ассигнований на социальные нужды, установлении мер уголовной ответственности, которые не соответствуют тяжести совершенного преступления, чрезмерном ограничении прав лиц, нарушении путем введения государственными органами определенных мер баланса частных и публичных интересов) предусматривает обязательное обращение к этому принципу.

Например, в Решении по делу о предельном возрасте кандидата на должность руководителя высшего учебного заведения Конституционный Суд Украины, признавая неконституционным положение закона о предельном возрасте для кандидата на должность руководителя высшего учебного заведения третьего или четвертого уровня аккредитации (не выше 65 лет), отметил, что оспариваемая норма является дискриминационной относительно реализации права на труд, обосновывая свои доводы требованиями принципа пропорциональности. В решении отмечается, что цель установления определенных различий (требований) в правовом статусе работников должна быть существенной, а сами различия (требования), которые преследуют такую цель, должны соответствовать конституционным положениям, быть объективно оправданными, обоснованными и справедливыми³.

На сегодняшний день Конституционным Судом Украины сделаны значительные доктринальные наработки как относительно определения, понимания принципа верховенства права, его составляющих, так и критериев, которым должно соответствовать законодательное регулирование.

Вместе с тем определения принципа верховенства права, его элементов, подходов к уяснению предела, за которым следует их нарушение,

³ Решение Конституционного Суда Украины от 7 июля 2004 года № 14-рп/2004 по делу о предельном возрасте кандидата на должность руководителя высшего учебного заведения.

данные Конституционным Судом Украины в его решениях, не могут считаться исчерпывающими. Процесс развития мирового сообщества сопряжен с постоянной эволюцией общественных отношений в экономической, экологической, культурной, духовной сферах жизни. При этом требования, выдвигаемые временем, обществом к правовому регулированию, совершаемому законодателем, формируются исходя из запросов общества в конкретный период времени и реализуются на основе признаваемых этим обществом принципов (их понимания). Исходя из этого, понимание принципа верховенства права, подходы к его воплощению объективно будут развиваться и все с большей эффективностью воплощаться в жизнь.

Определяющим при этом является признание в Украине на конституционном уровне человека, его жизни и здоровья, чести и достоинства, неприкосновенности и безопасности наивысшей социальной ценностью (статья 3). Такое конституционное предписание порождает обязанность государства в целом, гражданского общества, каждого человека, проживающего на территории Украины, с необходимым уважением и вниманием относиться к указанным ценностям.

В Украине, как и в некоторых других странах бывшего СССР, в правовом регулировании социальных вопросов сохраняется система льгот, компенсаций, гарантий с подходами, унаследованными с советских времен. Безусловно, вопросы социальной защиты остаются актуальными и сегодня, но очевидной является неэффективность правового регулирования в данной сфере. В соответствии с частью третьей статьи 22 Конституции Украины при принятии новых законов или внесении изменений в действующие законы не допускается сужение содержания и объема существующих прав и свобод, а значит и права на социальную защиту. И это своего рода вызов законодателю - каким образом урегулировать соответствующие правоотношения применительно к экономическому состоянию страны, не нарушив указанное конституционное требование.

На сегодняшний день можно уже говорить о наличии определенной истории законодательного усмотрения при урегулировании социальных вопросов, нарушений законодателем предписания статьи 22 Основного Закона Украины и наработанных Конституционным Судом Украины в данном направлении ориентирах, в рамках которых должен действовать законодатель.

При этом, будучи "судом права", а не "судом факта", Конституционный Суд Украины не вправе исследовать экономические возможности государства обеспечить взятые на себя социальные обязательства. Он лишь уполномочен, рассматривая вопрос о конституционности правового акта (его отдельного положения), пресечь нарушение конституционных норм и уже этим (а зачастую еще и правовыми позициями, изложенными при обосновании решения) установить определенные пре-

дела усмотрения законодателя в урегулировании того или иного правоотношения.

Так, Верховная Рада Украины неоднократно, принимая закон Украины о Государственном бюджете Украины на соответствующий год, приостанавливала действие положений специальных законов, предусматривающих льготы, компенсации и гарантии отдельным категориям граждан. Соответствующие положения признавались Конституционным Судом Украины неконституционными, а тот факт, что подобное правовое регулирование применялось законодателем и в дальнейшем свидетельствовал, в частности, и о проблемах выполнения государством соответствующих обязательств.

Конституционный Суд Украины, признавая неконституционными положения, которые фактически упраздняли льготы, компенсации, гарантии, неоднократно акцентировал внимание на недопустимости произвольного отказа государства от выполнения своих социальных обязательств перед гражданами⁴. Исходя из этого, законодатель поменял подходы к урегулированию, наделив Правительство Украины полномочием устанавливать порядок применения положений законов, которыми закреплены льготы для отдельных категорий лиц, их размеры с учетом имеющегося финансового ресурса бюджета Пенсионного фонда Украины на соответствующий год. Решением Конституционного Суда Украины такое правовое регулирование было признано конституционным⁵. При этом Суд исходил из того, что размеры социальных выплат зависят от социально-экономических возможностей государства, но они должны обеспечивать конституционное право каждого на достаточный жизненный уровень для себя и своей семьи, гарантированное статьей 48 Конституции Украины (т. е. уровень, включающий достаточное питание, одежду, жилище). Предусмотренные законами социально-экономические права не являются абсолютными. Механизм реализации этих прав может быть изменен государством, в частности, в связи с невозможностью их финансового обеспечения путем пропорционального перераспределения средств с целью сохранения баланса интересов всего общества. Вместе с тем недопустимым является такое правовое регулирование, в соответствии с которым

⁴ Решения Конституционного Суда Украины от 9 июля 2007 года № 6-рп/2007 (дело о социальных гарантиях граждан), подпункт 3.2 пункта 3 мотивировочной части; от 27 ноября 2008 года № 26-рп/2008 (дело о сбалансированности бюджета), подпункт 3.3 пункта 3 мотивировочной части; от 28 апреля 2009 года № 9-рп/2009 (дело о помощи по безработице уволенным по соглашению сторон), пункт 5 мотивировочной части; от 26 декабря 2011 года № 20-рп/2011 (дело относительно конституционности пункта 4 раздела VII „Заключительные положения“ Закона Украины „О Государственном бюджете Украины“ на 2011 год“), подпункт 2.1 пункта 2 мотивировочной части.

⁵ Решение Конституционного Суда Украины от 26 декабря 2011 года № 20-рп/2011 по делу по конституционному представлению 49 народных депутатов Украины, 53 народных депутатов Украины и 56 народных депутатов Украины о соответствии Конституции Украины (конституционности) пункта 4 раздела VII „Заключительные положения“ Закона Украины „О Государственном бюджете Украины на 2011 год“.

размер пенсий, иных социальных выплат и помощи будет ниже уровня, определенного частью третьей статьи 46 Конституции Украины, и не позволит обеспечить надлежащие условия жизни личности в обществе, сохранить человеческое достоинство. Следовательно, изменение механизма начисления определенных видов социальных выплат и помощи является конституционно допустимым до того предела, после которого становится сомнительной сама сущность содержания права на социальную защиту.

Не скрою, что такое решение и приведенные правовые позиции Конституционного Суда Украины были неоднозначно восприняты обществом. При этом определенные претензии, которые предъявлялись в связи с принятием такого решения, относились не столько к аргументации или правовым подходам Суда, сколько к самой сложившейся ситуации. Ведь Конституционный Суд Украины не может установить конкретную сумму, которой должен соответствовать минимальный размер социальной защиты, он полномочен лишь определить правовые критерии, которым должно соответствовать правовое регулирование в определенной сфере и которые базируются на конституционных принципах и, в случае их нарушения, признать соответствующее правовое регулирование неконституционным.

Именно таким образом действовал Конституционный Суд Украины, осуществляя контроль конституционности изменений условий выплаты пенсий и ежемесячного пожизненного денежного содержания судей в отставке. Эти вопросы наряду с вопросами упразднения льгот, компенсаций, гарантий отдельных категорий граждан также неоднократно рассматривались в Конституционном Суде Украины относительно их конституционности, и уже наработаны определенные критерии, которым должно отвечать законодательное регулирование в данной сфере.

Особенно наглядно это можно увидеть в одном из последних решений Конституционного Суда Украины от 3 июня 2013 года № 3-рп/2013 по делу об изменениях условий выплаты пенсий и ежемесячного пожизненного денежного содержания судей в отставке. Аргументация, изложенная в этом Решении, базируется на конституционном принципе независимости судей, который обеспечивается, в частности, запретом влияния на них каким бы то ни было образом (часть вторая статьи 126), государственным финансированием и надлежащими условиями для функционирования судов и деятельности судей путем определения в Государственном бюджете Украины отдельно расходов на содержание судов (часть первая статьи 130), и предыдущих правовых позициях Конституционного Суда Украины, изложенных в его решениях от 20 марта 2002 года № 5-рп/2002, от 1 декабря 2004 года № 19-рп/2004, от 11 октября 2005 года № 8-рп/2005, от 22 мая 2008 года № 10-рп/2008.

В частности, Суд исходил из того, что определенные Конституцией и законами Украины гарантии независимости судей являются неотъемле-

мым элементом их статуса, распространяются на всех судей Украины и являются необходимым условием осуществления правосудия непредвзятым, беспристрастным и справедливым судом. Такими гарантиями являются предоставление им за счет государства материального обеспечения (судейское вознаграждение, пенсия, ежемесячное пожизненное денежное содержание и т.п.) и предоставление им в будущем статуса судьи в отставке. Право судьи в отставке на пенсионное или ежемесячное пожизненное денежное содержание является гарантией надлежащего осуществления правосудия и независимости работающих судей и дает основания выдвигать к судьям высокие требования, сохранять доверие к их компетентности и беспристрастности. Ежемесячное пожизненное денежное содержание судьи направлено на обеспечение достойного его статуса жизненного уровня, поскольку судья ограничен в праве зарабатывать дополнительные материальные блага, в частности занимать любые другие оплачиваемые должности, выполнять другую оплачиваемую работу. Конституционный принцип независимости судей означает, в том числе, конституционно обусловленный императив охраны материального обеспечения судей от его отмены или снижения достигнутого уровня без соответствующей компенсации как гарантию недопущения влияния или вмешательства в осуществление правосудия.

Таким образом, конституционный статус судьи предусматривает достаточное материальное обеспечение судьи как во время осуществления им своих полномочий (судейское вознаграждение), так и в будущем в связи с достижением пенсионного возраста (пенсия) или вследствие прекращения полномочий и получения статуса судьи в отставке (ежемесячное пожизненное денежное содержание). Статус судьи и его элементы, в частности материальное обеспечение судьи после прекращения его полномочий, является не личной привилегией, а средством обеспечения независимости работающих судей и предоставляется для гарантирования верховенства права и в интересах лиц, обращающихся в суд и ожидающих непредубежденного правосудия.

Эти правовые позиции (кроме того, что в первую очередь законы должны приниматься на основе Конституции и соответствовать ей) должны были послужить законодателю ориентиром того, в каких рамках может осуществляться правовое регулирование в данной сфере. Вместе с тем действовать в этих рамках при принятии законов означает исполнять решения Конституционного Суда Украины, что является обязанностью, а не усмотрением законодателя. Так, Суд указывал на недопустимость при принятии Верховной Радой Украины законов допускать несоответствие относительно каких-либо положений, прямо предусмотренных Конституцией Украины⁶; недопустимость воссоздания положений правовых актов, признанных неконституционными⁷.

⁶ Пункт 1 мотивировочной части Решения от 23 декабря 1997 года № 7-зп, подпункт 2.2 пункта 2 мотивировочной части Решения от 30 мая 2012 года № 12-рп/2012.

⁷ Подпункт 3.3 мотивировочной части Решения от 10 июня 2010 года № 16-рп/2010.

Безусловно, рассматривая вопросы, связанные с социальным обеспечением судей, финансированием судов, Конституционный Суд Украины как бы оказывается, "судьей в собственном деле" и уже поэтому к его решениям чувствуется повышенное внимание общества, особенно политиков. Вместе с тем, Суд не может не рассматривать данные вопросы, поскольку, с одной стороны, это отнесено исключительно к его полномочиям, а с другой - непосредственно влияет на обеспечение конституционного принципа независимости судей. Для граждан - это одна из весомых гарантий реализации ими права на судебную защиту, эффективность которой непосредственно зависит от того, насколько суд независим.

В завершение хотелось бы отметить, что я остановился лишь на нескольких моментах, которые, исходя из опыта конституционного правосудия в Украине, должны учитываться законодателем. В общем же критерии определения границ усмотрения законодателя, прежде всего, заключаются в исполнении предписаний Конституции Украины. И только это может способствовать реальному воплощению принципа верховенства права в Украине.

SUMMARY

The Supreme Rada of Ukraine adopting the Law of Ukraine on State Budget of Ukraine for the respective year suspended the action of the provisions of the special laws, which prescribe privileges, compensation, and guarantees to the certain categories of citizens. The relevant provisions were considered by the Constitutional Court as non-constitutional and, the fact, that such legal regulation was implemented by the legislator, and the later witnessed about the problems of implementation of the relevant obligations by the state.

The Constitutional Court of Ukraine, recognizing the provisions as non-constitutional, repeatedly draws attention to the inadmissibility of arbitrary refusal of the state to fulfill its social obligations before the citizens. Deriving from this, the legislator changed the approaches to the regulation, vesting the Government of Ukraine with authorities to establish the manner of implementation of the provisions of the laws where the privileges of the certain categories of persons are mentioned. The Constitutional Court of Ukraine considered this legal regulation as constitutional.



ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА В НАЦИОНАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАЗАХСТАНА

ИЛЬЯС БАХТЫБАЕВ

*Член Конституционного Совета Республики Казахстан,
доктор юридических наук*

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Разрешите поблагодарить организаторов Конференции за приглашение и предоставленную возможность выступить на этом форуме.

С момента образования Республики Казахстан как суверенного государства произошли изменения во всех сферах жизни общества, в том числе в сфере международных отношений. Республика Казахстан реальными делами подтверждает свою целеустремленность в реализации выраженного в Преамбуле Конституции Республики желания народа занять достойное место в мировом сообществе.

Особо следует подчеркнуть углубление сотрудничества Казахстана со странами Европы и европейскими организациями. В целях укрепления разноплановых отношений между Казахстаном и Европой, приобщения к опыту европейской интеграции Президентом Республики Казахстан Н.А. Назарбаевым 29 августа 2008 года была утверждена Государственная программа "Путь в Европу".

Значимыми событиями в новейшей истории Казахстана являются, безусловно, председательствование нашей страны в ОБСЕ, утверждение Астанинской декларации ОБСЕ, принятие в марте 2012 года Республики Казахстан в членство Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии).

Следует отметить, что национальное законодательство Республики Казахстан развивается в рамках международного права, в том числе европейского права.

Еще в начале государственной независимости Казахстана Президент Республики Н.А. Назарбаев отметил, что правовая система нашей страны должна быть построена в соответствии с принципами правопо-

го государства и нормами международного права, с учетом национально-исторических традиций и мирового опыта¹.

В Стратегии "Казахстан-2050" - новом политическом курсе состоявшегося государства" также указано, что законодательство Республики должно синхронизироваться с динамично развивающейся международной правовой средой².

Безусловно, многие положения Конституции Республики Казахстан, особенно в сфере прав и свобод человека и гражданина, основаны на нормах и принципах Всеобщей декларации прав человека и корреспондируют с конституциями государств с развитой правовой системой.

Основной Закон Казахстана в пункте 1 статьи 4 относит нормы международных договорных и иных обязательств Республики действующему праву Республики. В соответствии с пунктом 2 статьи 4 Конституции международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона. Международные договоры, участником которых является Республика, публикуются (пункт 4 статьи 4 Конституции). Республика Казахстан уважает принципы и нормы международного права (статья 8 Конституции).

Порядок заключения, выполнения, изменения и прекращения международных договоров регулируется Законом от 30 мая 2005 года "О международных договорах Республики Казахстан", согласно которому каждый международный договор подлежит обязательному и добросовестному выполнению Республикой.

В законодательной практике Казахстана основным способом заимствования норм международного права является их имплементация, которая означает "претворение в жизнь в соответствии с определенной процедурой"³.

Механизм имплементации международно-правовых норм в национальное законодательство представляет собой совокупность международных норм, регламентирующих совместную организационно-правовую деятельность субъектов международного права, направленную к осуществлению целей, заложенных в международных обязательствах⁴.

¹ Назарбаев Н.А. «Стратегия становления и развития Казахстана как суверенного государства», Алма-Ата, 1992 год.

² Послание Президента Республики Казахстан - Лидера Нации Н.А. Назарбаева Народу Казахстана «Стратегия «Казахстан-2050»: Новый политический курс состоявшегося государства»// Республиканская газета «Казахстанская правда», 15.12.12., № 437-438.

³ Белянская О.В. Условия имплементации международно-правовых норм в российское законодательство / О.В. Белянская, О.А. Пугина // Международное публичное и частное право. – 2005. – Вып. 5. – С. 54 – 61.

⁴ Буканова О.А. Имплементация международно-правовых норм в российское законодательство как один из основных путей совершенствования нормативной правовой базы, регламентирующей пропуск через государственную границу// <http://do.gendocs.ru/docs/index-356972.html>

В большинстве случаев имплементация норм международного права - это прерогатива суверенных государств, использующих в этих целях свой внутренний организационно-правовой механизм, под которым следует понимать совокупность национальных правовых и организационных средств, применяемых государством для обеспечения реализации принятых в соответствии с международным правом обязательств. С теоретической точки зрения имплементация норм международного права во внутригосударственном праве, как известно, представляет собой воплощение норм международного права в законодательство соответствующего государства, а также практическую деятельность субъектов во внутригосударственном праве⁵.

В этих целях Казахстаном ратифицированы более 800 международных договоров, из которых 33 являются универсальными многосторонними в области прав человека, в том числе 7 - базовыми, определяющими основные права и свободы человека, по реализации которых Республика представляет в ООН периодические национальные доклады.

В числе ратифицированных Казахстаном такие международные акты, как: конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, о предупреждении преступления геноцида и наказания за него, против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания, международные пакты о гражданских и политических правах человека и об экономических, социальных и культурных правах и многие другие. Их ратификация сопровождалась принятием комплекса мер, направленных на приведение законодательства и правоприменительной практики в соответствие со стандартами, установленными международными актами.

Во исполнение обязательств Республики, связанных с Факультативным протоколом к Конвенции против пыток, недавно Парламентом Республики Казахстан принят Закон, предусматривающий создание национального превентивного механизма, направленного на предупреждение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, виды, периодичность и порядок превентивных посещений, взаимодействие уполномоченных государственных органов с участниками национального превентивного механизма и другие не менее актуальные вопросы. Согласно Закону участниками национального превентивного механизма являются Уполномоченный по правам человека в Республике Казахстан, члены общественных наблюдательных комиссий, представители общественных объединений, осуществляющих деятельность по защите прав и законных интересов граждан.

Для усиления гарантий законности в уголовном процессе и в соответствии с международными договорами Республики Законом от 18 янва-

⁵ *Ахметов А.А.* Вопросы реализации норм международных договоров на территории Республики Казахстан // Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Алматы, 2008 г. - С. 19.

ря 2011 года Уголовный кодекс дополнен статьей 141-1 "Пытки". Если за преступления соответствующего характера в 2009 году было возбуждено 3 уголовных дела, то в 2010 году возбуждено 10 дел, в 2011 году - 15, в 2012 году - 18 дел, за 5 месяцев 2013 года - 14 дел.

В целях активизации борьбы с торговлей людьми Казахстан ратифицировал ряд международных актов, в числе которых Конвенция о рабстве от 1926 года, Международная конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами от 1949 года, Дополнительная Конвенция об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством от 1956 года, Конвенция МОТ об упразднении принудительного труда от 1957 года, Международная Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 1979 года и другие.

В соответствии с требованиями данных международных актов за торговлю людьми и сопутствующие преступления в Республике Казахстан установлена уголовная ответственность. За последние 5 лет в стране зарегистрировано 1374 преступления, связанных с торговлей людьми. Большая часть зарегистрированных преступлений приходится на организацию и содержание притонов для занятия проституцией (ст. 271 УК), что превышает 72%, остальные - это: похищение человека с целью эксплуатации (п.б ч.3 ст. 125 УК) - 4,5%; незаконное лишение свободы с целью эксплуатации (п.б ч.3 ст. 126 УК) - 4,2%; торговля людьми (ст. 128 УК) - 7,3%; вовлечение в проституцию несовершеннолетнего (ст. 132-1 УК) - 1,2%; торговля несовершеннолетними (ст. 133 УК) - 4,4%; вовлечение в занятие проституцией (ст. 270 УК) - 5,3%. С 2008 по 2012 годы за преступления, связанные с торговлей людьми, осуждено 786 лиц. За первый квартал текущего года осуждено 18 человек.

Одним из нормативных актов, принятых в соответствии с международными обязательствами Республики Казахстан, является Закон от 28 августа 2009 года "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем, и финансированию терроризма", в соответствии с которым в Казахстане учрежден институт финансового мониторинга.

Закон был принят Парламентом во исполнение международных обязательств Республики, связанных с ратифицированными конвенциями ООН против коррупции, против транснациональной организованной преступности, о борьбе с финансированием терроризма, Шанхайской Конвенцией о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом, Договором о сотрудничестве государств-участников СНГ в борьбе с терроризмом.

Следует отметить, что данный Закон рассматривался Конституционным Советом на предмет соответствия Конституции в порядке предварительного конституционного контроля и был признан конституционным.

Принятие Закона от 8 августа 2002 года "О правах ребенка в Республике Казахстан" является также следствием присоединения Казахстана к ряду международных договоров, в том числе к Конвенции ООН о правах ребенка. Сейчас в Парламенте находится проект Закона "О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию", который также разработан с учетом международных стандартов по защите прав и воспитанию детей.

Одним из аспектов реализации программы "Путь в Европу" является процесс по совершенствованию уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного и административного законодательства. Проекты соответствующих кодексов уже разработаны и в данное время находятся на стадии согласования государственными органами.

В Казахстане 8 декабря 2009 года принят Закон "О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин". Принятие данного Закона обусловлено ратификацией Казахстаном конвенций ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, о политических правах женщин и о гражданстве замужней женщины.

Кроме того, при Главе государства создан консультативно-совещательный орган - Национальная комиссия по делам женщин и семейно-демографической политике, задачей которой является выработка мер по улучшению положения женщин и детей, обеспечению необходимых условий для участия женщин в политической, социальной, экономической и культурной жизни страны.

В заключение хочу отметить, что в обеспечении взаимодействия национального и международного права важное место занимает орган конституционного контроля - Конституционный Совет.

В соответствии с Конституцией Конституционный Совет в порядке предварительного контроля рассматривает на соответствие Основному Закону международные договора Республики до их ратификации.

Роль Конституционного Совета этим не ограничивается. Конституционный Совет обеспечивает взаимосвязь и соотношение норм национального и международного права также в ходе официального толкования норм Конституции, при проверке конституционности международных договоров и иных обязательств Республики по обращению судов в порядке последующего нормоконтроля.

Резюмируя можно сказать, что в Казахстане на основе норм международного права учреждены отдельные институты, усовершенствованы правовые механизмы, в том числе в судебно-правоохранительной, правообеспечительной сферах, особенно в области прав и свобод человека и гражданина. Работа в этом направлении продолжается.

Благодарю за внимание!

SUMMARY

The Strategy "Kazakhstan - 2050" - new political guidelines of established state" points out that the legislation of the Republic shall be synchronized with dynamically developing legal environment.

Mechanism of implementation of the international-legal norms in the national legislation is the combination of the international norms, which regulates united organizational-legal activity of the subjects of the international law directed to the implementation of goals prescribed in the international obligations. For achieving the latter, Kazakhstan has ratified more than 800 international agreements, 33 of which are universally multilateral in the sphere of the human rights and the Republic regularly presents national reports.

The Constitutional Council, body of the constitutional review, plays its significant role in ensuring interrelation of national and international law.

In conformity with the Constitution, the Constitutional Council, as preliminary review, considers conformity of the international agreements with the Main Law of the country before their ratification.

The role of the Constitutional Court is not restricted with it. The Constitutional Court ensures the interrelation and ratio of the norms of international and national law in the process of the official interpretation of the Constitution, while checking the constitutionality of the international agreements and other obligations of the Republic addressed to the courts in the manner of the subsequent control of norms.



COURTS AS REPRESENTATIVES, OR REPRESENTATION WITHOUT REPRESENTATIVES

ANDRAS SAJO

Judge at the European Court of Human Rights

According to public expectations prevailing in contemporary democracies, popular election generates representativeness and the representativeness of political bodies grants legitimacy to the decisions of these bodies. Traditionally, the legitimacy of the judiciary as a mechanism of law enforcement and individual conflict resolution was not based on the same assumptions of electoral democracy. But with the advent of judicial review and constitutional adjudication, a new function was attributed to courts, and apex courts in particular: They have the power to review legislation that is deemed to be the legitimate expression of democratic popular will. This raises new issues of the legitimacy of courts.

In the present paper the representation problem is discussed in the context of apex courts like supreme and constitutional courts. The issue of their democratic legitimacy is related to, but distinct from, the demand that courts be socially or culturally representative of the society, or that they be democratically accountable through popular or other election. But representation is not an unambiguous concept. It connotes a wealth of meanings, including some that indicate that courts and their activities can be better conceptualized within broader concepts. In order to understand the basis of apex courts' legitimacy when they meddle with legislation, the paper reviews various understandings of representation and applies them to courts. Beginning with a discussion of the legitimacy deficit of elected political bodies, I will first provide a short overview of competing concepts of representation in order to clarify elements of representativeness in the judiciary. Following Hanna Pitkin, the paper argues that representation is also an act of creation. It is in this regard that apex courts may contribute to the formation of social representation within the current constitutional mandate of constitutional and judicial review.

COURTS BLAMED FOR THE DEMOCRACY DEFICIT OF PURE ELECTORALISM

Judicial and political branches of representative governments need legitimacy, though for different reasons. When courts act in the absence of

legitimacy, in particular when they overrule legislation and replace it with their own solutions, they are attacked for usurping legislative power without popular endorsement (and for not having proper skills or adequate procedures to understand or form conclusions about political questions). The charge of usurpation draws from the fact that judges are not elected, at least not popularly. Needless to say, this accusation is not always correct. Judges in the highest courts are generally indirectly elected, or appointed in cooperation with the elected leaders of other branches of power. Moreover, beginning with the French Revolution and continuing with a number of state courts in the United States, judges were and are popularly elected.

Notwithstanding the above criticism, it is not obvious that the election of judges by the people would lend legitimacy to judgments that run against laws enacted by representatives in Parliament. At the level of everyday experience, at least in some instances, the judicial election process—the way it is carried out and the resulting appearance of dependence on donors and electors—may undermine the independence of judges, as well as their entitlement to authority and respect. Similar arguments can be made in regard to the politically motivated selection of judges, a process that is quite common in the case of constitutional court judges elected by parliaments or appointed by specific political bodies (as in France).

The above criticism of judges' lack of democratic representativeness is partly motivated by legislative (political) and populist discontent. More importantly, this criticism reflects a misunderstanding concerning the importance of elections: there are a number of processes of gaining power other than elections that can result in legitimate power. On the other hand, even fair elections can be insufficient to grant legitimacy, though they may offer, *prima facie*, a semblance of "democracy."

Insistence on popular election might be doubtful even outside the judiciary, that is, with respect to other political bodies. The riddle of why and how legitimacy and authority emanate from the fact of being elected contains an element of mystery. It remains contested that the act of election amounts to a transfer of power from the electorate to elected representatives.

In fact, elections rarely generate such a miracle, one that would be reminiscent of transubstantiation. All that a popular election does is to enable the representative to participate in the work of a legitimate organ of power. As David Plotke¹ has demonstrated, the identification of democracy and elections was a tool for distinguishing Western states and totalitarian regimes. Today the dangers of falling into communist oppression are nonexistent.

Therefore, the thin concept of electoral legitimacy may not satisfy contemporary needs of power legitimation among the electorate, especially given

¹ D. PLOTKE, *Representation is Democracy, Constellations: Int'l J. Critical & Democratic Theory*, 1997, 19-34.

current fears that individuals are losing agency. Of course, election as a fair procedure diminishes some of the democratic difficulties of representative government. It also provides formal equality to citizens, without, however, enabling full self-government. After all, the fundamental expectation of self-government is captured in the slogan "let the people decide." But being elected does not guarantee responsiveness to citizens.

Behind the attacks on the legitimacy of judicial review and related judicial interventionism that describe them as the usurpation of the legislative function, hides a second, partly different legitimacy problem. This legitimacy problem relates not to the judiciary, but rather the elected legislative branch. The representativeness of legislation is controversial and often lacking. Politicians act through Parliament in ways that appear in the eyes of the public as government by partisan bias and special interests. The free election of politicians and political parties looks insufficient on empirical grounds as a means of expressing the popular will and promoting the public interest. The electoral process is better designed for choosing among candidates than for channeling the will of the electorate, or even that of the majority. I leave aside the important problem of the statistical representativeness of elected office holders, an issue also relevant for the judiciary.

Politicians assert that by being freely elected they express the popular will, while other branches of power, critical of politicians' performance, are acting without comparable popular legitimacy. Attacks on the non-elected judiciary originate in the fear among parliamentary politicians of losing status to judges and of having their legislative projects run into constitutional obstacles. They hope to keep their supreme and privileged position, and public immunity for their collective unconstitutional action, by successfully arguing that unelected courts are not legitimate in criticizing legislation. Whereas the legitimacy of constitutional review originates from the recognition of the imperfections of electoral democracy, the political bodies generated by the electoral process have to counterattack in order to protect their privileges. The defenders of rigid separation of powers and parliamentary supremacy claim that irrespective of the alleged shortcomings of the political branches, the judiciary has no democratic mandate to replace them in the realm of political representation. The popular will is to be expressed solely by the electorally anointed representatives of the people.

Irrespective of the possible sources or grounds of the attack on the judiciary, there is a broader and genuinely puzzling issue here. The politicians and scholars who castigate courts for not being elected and therefore not being representative highlight a dilemma of governance and an intertwined difficulty of governmental legitimacy in the modern constitutional state. Modern constitutional systems grant increased powers to constitutional courts to protect the constitution and to international courts to protect and enforce international regimes. This does not sit well with a democratic concept of separation of powers.

It would be wrong to conceive of electoral representation only in the context of the political constitution of collective bodies. Electoral representation is also an attempt at selfgovernment by the people. The two efforts, popular self-government and the constitution of a modern polity, were to some extent historically interrelated. But for practical reasons selfgovernment occurs only through the mediation of representatives. Even in self-government the problem of the principal-agent relationship (the people being the principal and the representatives the agents) remains to be solved.

Facing disenchantment with electoral politics, constitutional arrangements have historically moved toward granting a greater role to the judiciary in the solving of the principal-agent problem². This shift towards the judiciary in the determination of certain issues which pertain traditionally to the elected legislative branch was facilitated by the legitimacy of courts as defenders of justice. The modern state, in a mode that is different from that of the Kingdom or Empire, is to a great extent about Justice, or at least it claims so in the form of welfare justice. As Judith Resnik and Dennis Curtis have stated: "More recent social movements have transformed adjudication into a democratic practice, and courthouses have come to replace Justice as an icon not only of adjudication but of government more generally."³

This form of judicial governance is a challenge to traditional nation-state-based sovereignty where the legislative branch, i.e. Parliament, has the ultimate and unlimited power, at least on paper. Where the legitimacy of constitutional review originates from the recognition of the imperfections of electoral democracy, the branches whose members are selected through electoral democracy, may have the tendency to counterattack the legitimacy of constitutionally mandated judicial review. The criticism of courts for being non-representative originates from the belief that political representation creates supreme and legitimate power.

In many regards this simplistic truism serves the interest of the political status quo which finds it inconvenient to be subjected to authoritative criticism by another branch. The truism is regarded as the foundation of political government in everyday discourse. It is reinforced by a shallow understanding of democracy. One of the crucial arguments of the elected branches' counterattack is that irrespective of the alleged shortcomings of legislation, the judiciary has no democratic mandate to take on a lawmaking role, and not just because this would violate the separation of powers, even if sanctioned by the constitution. It is argued that without the demo-

² At least this was the prevailing trend until recently, when a strong intellectual counter-movement of judicial review scepticism emerged, as illustrated by the popularity of court bashing. See e.g. M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999. See further J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 2001.

³ J. RESNIK, D. CURTIS, *Representing and Contesting Ideologies of the Public Spheres: Representing Justice: Re-Presenting Justice: Visual Narratives of Judgment and the Invention of Democratic Courts*, Yale J. Law & Human, 2012, 19.

cratic legitimacy quintessential for legislative power that originates in political/popular representation, judicial lawmaking is illegitimate. In the formative years of modern political democracy, French Revolution theorist Abbé Sieyès argued forcefully for vesting trust in elected representatives. He held them to be trustworthy for the very reason that they represent the people, and that elections provide a guarantee for the people's trust.

Some separation of powers doctrines insist on exclusive powers of elected representatives, at least with respect to originating legislation. Democratic theory claims that legislation is the privilege of the elected branch precisely because the branch is electorally accountable and representative. However, new constitutional developments, such as the need to protect the constitution and the very complexity of governments, gravitate in favor of a more mixed system of legislation and a more nuanced understanding of the inter-branch relations. The involvement of the judiciary in legislative dialogue has gained traction. For the judiciary to be involved in the electorally legitimated democratic and constitutional process, it must demonstrate its accountability. Representativeness is or could be part of that process.

REPRESENTATIVENESS: A CONTESTED CONCEPT

The debate about the proper allocation of powers within the constitutional system cannot solve the deeper issue of the representativeness of the democratic political system. Even in those democracies where parliamentary sovereignty is not the prevailing doctrine, it is not clear how far judicial review may extend, given the importance of the separation of powers, and especially given that legitimacy for the whole system comes from democracy, which operates through electoral processes.

Representativeness of the democratic polity has become a contested concept. Huntington was quite clear in regard to the performance of electoral representativeness: "Elections, open, free and fair, are the essence of democracy, the inescapable sine qua non.

Governments produced by elections may be inefficient, corrupt, shortsighted, irresponsible, dominated by special interests, and incapable of adopting policies demanded by the public good. These qualities make such governments undesirable but they do not make them undemocratic. Democracy is one public virtue, not the only one."⁴

Representative government is first and foremost a democratic technique of legitimating power. It defines the subjects participating in the selection of delegates and the process of selection, and it claims legitimacy on the grounds of satisfying these preset criteria. Electoral representation is also an attempt at self-government by the people. But elections do not guaran-

⁴ S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, 1991, 9-10.

tee self-government. "The people," composed of individuals, is not necessarily really governing itself. Representation is a constitutive act of self-government. By defining a form of representation, the represented create the community that they themselves would like to govern. This is the creative aspect of self-government as representation.

Self-governing people (individuals and the community) are driven by a common sense or ordinary meaning of representation. In this ordinary meaning, representation presupposes some correspondence or reproduction: The represented object or subject wishes to see some commonality between himself or herself and the products of representation. There are uncertainties, however, as to who and what is to be represented. In the simplest terms representation as a political concept relates to Parliament. Traditionally, a Member of Parliament is conceived either as a delegate or as a trustee. The latter metaphor potentially reduces the MP's accountability, and it is no surprise that it is favored by power-holders. Of course, dissatisfied members of the electorate complain as if their MP were a delegate, or at least a trustee in breach of trust.

A terminological clarification that is obvious in some languages is useful at this point. There is a difference between what the German call *vertreten* and *darstellen*, a difference between what the representative does and what the representative is (what is he "standing for").

Speaking in legal terms, *Vertretung* is a mandate. Perhaps because of the power of the ordinary meaning of words, this is the standard expectation of German citizens regarding the delegate. For scholars like Hanna Pitkin, however, representation goes beyond strict mandate, and it includes all the acts of the mandate-holder, irrespective of *ultra vires*. This role is close to the role of the guardian. Guardianship as a political concept, however, smacks of paternalism. The second meaning, *darstellen* refers to a loose reproduction of an original, the reproduction of a single feature. In terms of political decision-making it refers primarily to the actualization of the wishes or desires of the represented. John Stuart Mill, in his *Considerations on Representative Government*, stated that what makes government representative, beyond maintaining the consent of an educated people, is taking public opinion into consideration and making decisions that correspond to it⁵. Finally, it should be added that in German a third term is also used for representation, namely that of *raepresentieren*, which means the incorporation of a moral principle or notion. This may, of course, be relevant for what constitutional courts do in a Dworkinian sense, but one has to admit the ambiguity of such an approach. This ambiguity becomes clear in the meaning attributed to *Raepresentation* by Carl Schmitt. For Schmitt this term means the making publicly visible of something existential. The mystical uncertainties of what he calls "existential"

⁵ J. S. MILL, *Considerations on Representative Government*, Everyman's Library, 1936, 175. The relation to public opinion will play a role in the representational efforts of apex courts too.

cause difficulties for this theory with respect to legal certainty and democracy.

To end this survey it should be added that representation is often understood as similitude, which is also a source of legitimacy. Similitude is understood, among others, as a guarantee of identity. Where the issue is law, politics, art, or even everyday virtue, the authenticity of the represented is of utmost importance. Similitude is a sign or proof of such authenticity. It looks like the original, it has its characteristics, and it is, therefore, authentic even if it is not the original and even if it is not identical. All this points to Plato, and to Aristotle's concept of *mimesis*. Originating in concepts of aesthetics, there is a form of political representation that is based on the correspondence with the represented. The correspondence is not necessarily limited to the individual or community but also to their fundamental characteristics; in contemporary politics, the similarity of some characteristics of the representative to the represented is ordinarily considered a sufficient justification for the representative's authority (see the "One of Us" ideology). This is particularly true in identity politics, where political representation is understood as identity representation. Similarity is crucial for representativeness in populist democracy: representativeness means popularity in public culture, on television in particular. If politics and political choices operate in the same manner as show business, or "*politique spectacle*" as the French call it, then representativeness corresponds first and foremost to attractiveness and sex appeal.

Attractiveness is a function of similarity, *similis simili gaudet*. Achieving popularity in elections means being selected for the traits that reflect the identity of the people making the choice.

To a considerable extent, popularity based on similitude thus serves as the basis for electoral choices. Similitude fosters acceptance of the representative and therefore to his or her legitimacy.

In order to address the representation issue in the context of courts, one must look briefly into competing concepts of political representation. A quick glance at the history of concepts and practices of representativeness and representation indicates that electoral representation's *cachet* results from the power of mental oversimplification in politics.

Representatives, representativeness and representation are distinct concepts and their indistinct use in the everyday discourse of representative government is part of the war of legitimacy. Following Hanna Pitkin, I understand political representation as an act of creation, including the creation of the very community that is represented. For Pitkin, political representation is not static, it is not a matter of perfect correspondence, but of selecting "which characteristics are politically relevant for reproduction."⁶ Talleyrand was able to capture this dialectical or "creationist" mean-

⁶ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967, 87.

ing at the very moment of its enfolding. This is what he said in the debate on the binding mandate at the National Assembly in 1789: "The deputy [...] who was charged by the electoral borough [*bailliage*] to will in his name is charged to will as the borough would have willed, were it transported to the general meeting, that is after having maturely deliberated and compared all the motivations of the different electoral boroughs." For Talleyrand it is the liberty of the deputy to deliberate that makes him a genuine representative⁷.

The election of representatives was historically understood as a constituent/reaffirmative moment in the sense that the political community was reaffirmed by the fact of electing local representatives. This approach lies at the heart of Burke's famous Bristol address of 4 November 1774. Burke expressed his "poor sentiments" in the following famous terms:

Parliament is not a *congress* of ambassadors from different and hostile interests; which interests each must maintain, as an agent and advocate, against other agents and advocates; but parliament is a *deliberative* assembly of *one* nation, with *one* interest, that of the whole; where, not local purposes, not local prejudices, ought to guide, but the general good, resulting from the general reason of the whole. You choose a member indeed; but when you have chosen him, he is not member of Bristol, but he is a member of *parliament*⁸.

Needless to say, in the 18th century political landscape of single constituencies and in the absence of political parties, Burke lost his seat in Bristol, though not necessarily because of the electorate's dislike of his honorable theory. It is more likely that merchants of Bristol were not particularly inclined to accept free trade, which was advocated by Burke; it was certainly a public good at the imperial level, but a disaster to their treasure chests.

Though the binding mandate has been pushed out from modern constitutionalism, the mandate problem resurfaces in radically democratic propositions. Different forms of referendum bring into representative government elements of the binding mandate and is not unheard of in contemporary constitutionalism.

Contrary to Burke, whose main concern was a government that represents common interests, the delegates of the Third Estate in France (in search of

⁷ Talleyrand on 7 July 1789 at the National Assembly, *Archives parlementaires*, Tome 8., at 201, quoted in P. BRUNET, La représentation, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Triade internationale de droit constitutionnel*, Tome 1., Dalloz, 2012, 629.

⁸ E. BURKE, *Speech to the Electors of Bristol*, 3 November 1774, Works 1:446-448, in P. B. CURLAND, R. LERNER, *The Founders' Constitution*, University of Chicago Press, Liberty Found, 2000. Vol. 1, Ch. 13, Doc. 7. Available at <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>>. It is quite remarkable that in Conor Cruise O'Brien's magisterial work on Burke this radical innovation of political theory is left out from the long quote from the Address that is understood as an act of personal honesty, which it indeed was. This is an astonishing example of the difference professional perspectives may cause. See O'BRIEN, *The Great Melody. A Thematic Biography of Edmund Burke*, University of Chicago Press, 1993, 75.

the general will) assumed that political representation was about collective representation and not the representation of a specific sub-entity of actual citizens of any electoral borough. In this regard, election-based representative democracy is a specific method of self-definition for the collective political entity. The collective body to be represented is constituted by the very representation, it can exist solely through a special identification process that occurs primarily through elections. Of course, at least in principle non-democratic representation may also do the trick, for example via corporate or estate delegates, as long as they act as constituents of a collective. The popular electoral process is, however, more credible because it fits into individualist equality.

It was egalitarian democracy that gave a new credibility to the legitimacy of elected representative governments. As Thomas Paine stated: The true and only true basis of representative government is equality of rights.

Every man has a right to one vote, and no more in the choice of representatives. The rich have no more right to exclude the poor from the right of voting, or of electing and being elected, than the poor have to exclude the rich; and wherever it is attempted, or proposed, on either side, it is a question of force and not of right⁹.

This revolutionary idea of equality was in clear contrast even with the French revolution's prevailing ideas of national representation (except for a brief moment in 1792 in the election to the *Convention nationale*). In the long run, however, electoral representation became a legitimate means of satisfying enhanced demands for equality, in the sense that in principle all citizens—all those affected by the common decision—have equal standing in the general election and hence in the determination of the policy through elected representatives. But the election of the representative is understood to be a temporary power-granting act: The electors transfer their decision-making power. This conception of representation as something that is equally shared by citizens resulted in the comfortable slogan that being popularly elected grants power to govern. However, this conclusion is not inevitable, and it does not sit comfortably with Madison's concept of constitutional self-government.

Madison considered representative government, i.e., government by the elected few, to be an antidote to direct self-governance (understood as unruly democracy). He claimed that passing views through the medium of a chosen body offers better wisdom. This concept of mediated self-government is only distantly related to contemporary understandings of democracy, a word that was anathema in the early days of people's power and constitutionalism.

It is well known that Madison considered the republican form of govern-

⁹ T. PAINE, *Dissertation on the First Principles of Government*, 1795, Life 5:221-225, in P. B. CURLAND, R. LERNER, *The Founders' Constitution*, University of Chicago Press, Liberty Found, 2000. Vol. 1, Ch. 13, Doc. 40. Available at <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s40.html>>.

ment a dispassionate, professional, and therefore a good institutional arrangement against factionalism. In this mediated process the election offers chances to bring in less biased decision-makers, and people who are above local prejudice:

Extend the sphere, and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength, and to act in unison with each other¹⁰.

In other words, the Madisonian argument for representative government was not based on a concept of mandate or delegation, or even true representation of the Nation as a community of interests and values. Instead, government is just a space for rather transparent interest negotiation, which has built-in mechanisms to prevent extreme preferences from prevailing.

Political representation is a historically established solution to the specific difficulties of coordinating collective entities, including political entities. It enables a collective to appear as a single entity. Representation is discussed in terms of authorization, both in regard to the constituent elements (e.g., citizens) and to the external world. In many regards correspondence - i.e. correspondence with the constitutive elements - is the source of authority: the citizen accepts the decision of the delegates because she recognizes herself as an actor of the decision, or at least she recognizes in the decision her wishes and her identity. The contemporary criticism of elected representatives and of democracy is based on the assertion that such recognition does not occur because similitude is absent.

Representative governments cannot be representative as they are alienated from the electorate; the electors do not recognize themselves in the delegates nor do they find their preferences reflected in the collective acts that emerge from the deliberations of the representatives. This might not be a relevant objection in a Burkean theory, but the underlying criticism is related to a non-Burkean theory of representation, namely that of representation being the faithful image of an original. The idea of a faithful image animates a fundamental contemporary psychological concern at the level of everyday political practices with serious political consequences.

Historically, correspondence, mandate (civil law delegation) and election were prescriptive concepts that served to generate legitimate political power. Although to some extent their existence in politics is parallel, they are sometimes in competition. The interrelations between these concepts can be demonstrated with reference to development of the power of the Christian congregation over its members, and later on the power of church leadership over the congregation and the Church. The medieval way of thinking about this relationship influenced modern concepts of political

¹⁰ J. MADISON, *The Utility of the Union as a Safeguard against Domestic Faction and Insurrection (continued)*, *The Federalist*, November 22, 1787, No. 10.

representation of the state. In one approach, the congregation or even the whole community of Christians is a mystical body in need of a representative, i.e., a decision-making head. This approach was abandoned when it became necessary to affirm the power of the King over an increasingly sovereign state, where sovereignty meant the supreme and exclusive power.

Parallel to this concept of representation of the body is the Roman law concept of the mandate. The distinct body was enabled one way or another to give instructions as to how to be represented, or at least, it was supposed to be bound to respect some inherent characteristics and interests of the represented. This relationship is like a guardianship as in the case of minors, widows etc. To some extent the identification element of representation was amalgamated into the concept of royal power as representation of the community. The National Assembly of the French Revolution was composed of the representatives of the Third and Second Estate, who were elected with clear binding mandates on behalf of specific communities which were considered to constitute the realm (though the realm was already represented in the body of the King). Technically, of course, the difficulty with this binding mandate was that such a mandate would have made it nearly impossible for those assembled on behalf of the Third Estate to work towards their radical national plan. But the real issue was the recognition of the national collective entity beyond the King in the existence of elected representatives, who were in their individual capacity authorized to represent the Nation by being locally elected. In these circumstances, they recognized each other as being elected on behalf of the Nation, where the Nation or the People could not have existed, or at least could not have expressed itself, outside its representative body.

While concerns about the communities (national versus local) that legislators represent are not absent from contemporary constitutional thought, they have been overshadowed by democratic equality ideologies which are in partial conflict or tension with these more community-oriented concerns. For practical purposes the emphasis was and is on the empowerment of the individuals who constitute the people. It is in this context that the act of election was singled out and elevated to a method of formally legitimating the power of legislators. Nevertheless, the products of the elected representatives are not necessarily representative.

At this point, the need for trustees acting for the insufficiently represented collective entity or its good comes to the fore: are constitutional courts such trustees? If so, what are these courts going to correct, and how? After all, most constitutions with strong constitutional review provisions mandate only the protection of the constitution and the rights and competences written into the constitution. This is not necessarily an invitation or authorization to correct misrepresentations of the will or identity of the people.

The discontent that originates from popular dissatisfaction with political/parliamentary representation can be articulated as one of improper represen-

tation of the intentions of the individual subjects. This approach is what Hanna Pitkin calls a "one-to-one, person-to-person relationship." For Pitkin, however, representation is a "public, institutionalized arrangement" where the arrangement is intended not only to promote the public interest but also to be "responsive to popular wishes when there are some."¹¹ In other words, representation is satisfactory if it is responsive. Other formal theories of legitimation in constitutional theory seem to suggest that is a one way street, which contributes to the democratic deficit and growing political alienation of minorities. This alienation is particularly pronounced where these minorities remain electorally unorganized or where they can only be heard after giving up certain constituent elements of their identity and existence.

Political representation is a principal-agent problem. A normative theory of representation thus has to answer, first, what makes the principal honor the commitments of the agent.

Second, what makes the agent honor the preferences of the principal?

Third, a theory of representation should consider that, at least at a certain point, the principal should pass judgment on the content of the agent's decision or performance, beyond the fact that the agent had the right to act. It seems to me rather a shallow claim that authorization by formal election, and accountability, if it exists at all, are sufficient for asking the electorate (and the community) to honor the agent's decisions, though this would follow under a contract theory of mandate (though ironically electoral authorization denies contract theories).

This takes us to the interrelation of the representative, the represented and the representation. So far the emphasis has been on political representation as electoral representativeness. But even if the representatives are a constitutive and renewable element of the represented community—that is, if the community is shaped by the very act of selecting the representatives and by allowing the representatives to shape the community—this does not grant them legitimacy. All that follows from being elected is a sort of procedural legitimacy because representatives must act within the formal rules. For substantive legitimacy, the act of representation has to be recognized by the represented as their own act, an act corresponding to their wishes or accepted by their future actions. However, popular participation in decision making is generally limited to electoral choice; the elected can therefore feel alienated or even betrayed. They understand themselves as not being represented. They see no representation in the sense of similarity, which boils down these days to identity and identity politics. The same applies to representation on the basis of a mandate, which is the alternative justification of the legitimacy of representation that has been in many regards out of favor after Burke's address to the electorate in Bristol. Binding mandate is a constitutional rarity and only floor crossing is an issue: electoral promises are "more honored in the breach than in the observance."

¹¹ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, *op. cit.*, 221, 233.

JUDGES AS TRUSTEES: TRADITIONAL THEORIES.

The idea that courts and judges fit into one or another form of representation was historically quite widespread. Of course, the primary role of judges is understood to be conflict resolution according to preexisting rules. Therefore the standard problems of political representation cannot be simply transferred to the judiciary. However, we pose the question:

Ought a judge do what his constituent society wishes, or what he thinks best for society?

This question seems to be fundamentally contrary to the notion of unbiased and independent judicial decision-making. But an independent decision-making process does not rule out the representativeness of the judicial product. If the judgment should be some kind of correspondence and therefore representation, even if primarily to a textually reflected image of the popular will, the consequences of the decision's representational value do matter. If judges have a duty to represent and make visible a legal reality, is this a factor constraining or enlarging judicial power? Burke, halfway between tradition and modernity, considered judges to be trustees of the people, in the sense that the King was also a trustee¹². The French revolution reflects an ambivalent position in this regard: Judges were elected in the name of a representation theory of the Nation. This was intended to counter traditional concepts of *Parlement*, the territorial judicial authority in the Ancien Regime. The judges, like the delegates of the National Assembly, were seen as decoupled from territorial communities. This decoupling was intended to reinforce centralization without increasing the powers of the King. However, the French judge was not considered a delegate. The insistence on elected judges stemmed from the election frenzy of the Revolution: That was the first age that succumbed to the sex-appeal of a simplified popular representation - legitimacy by participation. Election was the ultimate source of legitimacy. In 1790 even priests had to be elected in revolutionary France. Election of judges was also seen as a remedy against the venality and corruption of the earlier system of judicial appointments¹³.

It should be added that except in moments of revolutionary fervor, the

¹² "It would (among public misfortunes) be an evil more natural and tolerable, that the House of Commons should be infected with every epidemical phrensy of the people, as this would indicate some consanguinity, some sympathy of nature with their constituents, than that they should in all cases be wholly untouched by the opinions and feelings of the people out of doors. By this want of sympathy they would cease to be a House of Commons. For it is not the derivation of the power of that House from the people, which makes it in a distinct sense their representative. The king is the representative of the people; so are the lords; so are the judges. They all are trustees for the people, as well as the Commons; because no power is given for the sole sake of the holder; and although government certainly is an institution of Divine authority, yet its forms, and the persons who administer it, all originate from the people." E. BURKE, *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, 1770, Works 1:347-349, in P. B. CURLAND, R. LERNER, *The Founders' Constitution*, University of Chicago Press.

¹³ T. L. ANENSON, *For Whom the Bell Tolls: Judicial Selection by Election in Latin America*, 4 *Sw. J. L. & Trade Am.*, 1997, 262, argues that popular election would be appropriate in Latin-America, given the need to be responsive to local community needs, and in the fight against corruption.

practice or even theory of popularly elected judges was hardly ever popular outside the United States. In the United States the Founding Fathers did not contemplate the popular election of judges.

Nevertheless, in the populist movement of the early decades of the 19th century, popular election became attractive in some of the American states. Today in a number of states in the US, and very exceptionally in Japan and Switzerland, state court judges are popularly elected. Courts of commercial arbitration (recognized by members of a chamber of commerce) and religious and community tribunals are sometimes elected. The 1993 constitution of Peru provides that judges can be elected, but no use has been made of this enabling provision. Apex courts, being closer to politically relevant decision-making, are often indirectly elected (i.e., they are often elected by political branches). Non-popular election (i.e., election by Parliament) is more common, especially for apex courts. Such election, just like appointment by the political branches, is problematic in part because it undermines impartiality and independence. In one country, the members of the federal tribunal are elected by legislators for a period of six years, are eligible for re-election and the parliamentary tradition is that judges are elected in proportion to the political party representation in that Parliament. One of the major parties recently declared that judges who consider international law applicable against domestic law are to be considered ineligible on the ticket of that party. I will not name this democracy but it is clear to see that this approach is based on a firm belief in representation through parties.

The French liberal theory of the 19th century accepted that the judge is a representative of the Nation but has a function that is different from that of political representatives¹⁴. This was never considered to be an argument for popular election. Contemporary continental legal ideology maintains the core of the 19th century concept insofar as judges exercise their power on behalf of (and in the name of) the Nation. The objections to a contemporary judicial representation theory might be the following: As a rule, courts cannot have formal legitimacy as representatives because there is no way a constituency may formally recognize them or their acts as representing the people. Traditional, election-based answers to the principal agent problem are in conflict with the judicial function and the rule of law (in the sense that Liberty Found, 2000. Vol. 1, Ch. 13, Doc. 6. Available at <<http://presspubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s6.html>>. judges are law-bound). There is no specific political community that would recognize a court as its own representative. While transparency and accountability are democratic concerns that apply to the selection of judges, it does not follow that democracy requires popular election¹⁵.

¹⁴ LABOULAYE, Séance du 21 juin 1875, *Annales de l'Assemblée nationale*, 1875, Tome 39, 86. Cited in BRUNET, *La représentation*, op. cit., 635.

¹⁵ J. RESNIK, *Judicial Selection and Democratic Theory: Demand, Supply, and Life Tenure*, CLR, 2004-2005, 579.

Like politicians, judges are in some ways accountable for their decisions, and accountability of some elected officials is comparable to that of judges. The accountability of parliamentarians is limited as it does not apply during their mandate, and it is not personal vis-à-vis the constituents who vote for parties. To the extent that a judicial decision is subject to review, judges are accountable, and disciplinary requirements are stronger for judges than for politicians. As to apex courts, there is less direct accountability, but to a considerable extent their decisions are renegotiated in legislation and in lower courts.

The appropriateness of popular election of judges is particularly hotly debated in the United States, especially because of the distortions inherent to the judicial electoral process, with all the resulting conflicts of interest. Should judges be elected at all, rather than appointed in a non-popular selection process? In this regard I limit myself to quoting *The Economist*. The weekly magazine discussed the matter in the following terms: "Back in 1906 Roscoe Pound, a scholar at Harvard Law School, started a campaign to have judges appointed by saying:

'Putting courts into politics, and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the bench.' When he spoke, eight in ten American judges stood for election. Today, the figure is 87 percent. Americans are still reluctant to accept that politicians should be chosen by the people, but not judges."¹⁶

Undeniably, judicial selection is an important problem for democracy, and where the dominant mode of legitimation is by popular election, judicial selection is under stress. To quote Resnik and Curtis again, "Democracy has not only changed courts but also challenged them profoundly. Egalitarianism poses deep problems for polities that have thus far been unwilling to commit the resources that would support all the adjudicatory opportunities promised."¹⁷

The legitimacy of the selection or election process has to satisfy a number of sometimes contradictory considerations. The legitimacy of the judiciary, and apex courts in particular is sometimes evaluated in terms of the background of judges (gender, minority status, or, especially in the case of international courts, national diversity)¹⁸. However, this matter is better framed in terms of diversity and not representation. Of course, the social composition of the judiciary is a genuine problem in terms of potential class or group

¹⁶ *Guilty, Your Honour? This year's judicial elections may be worryingly free-speaking.* (The Economist, 22 July 2004). For a review of judicial selection and arguments against popular judicial election see e.g., L. EPSTEIN, J. KNIGHT, O. SHVETSOVA, *Comparing Judicial Selection Systems*, *Wm. & Mary Bill Rts. L. J.*, 2001, 7.

¹⁷ J. RESNIK, D. CURTIS, *Representing and Contesting Ideologies of the Public Spheres: Representing Justice: Re-Representing Justice: Visual Narratives of Judgment and the Invention of Democratic Courts*, *op. cit.*, 24.

¹⁸ The European Assembly, the representative body that elects the judges of the ECHR has formal rules on achieving gender balance and as an international court it is based on the rule that each state has to have a judge on the court, justified by equality of states as sovereigns.

bias. Wolfgang Kaupen's pathbreaking research has demonstrated that the family background of the German judiciary did play an important role in their interpretation of the law, which might have had an impact on the public perception, and reluctant social acceptance of the judiciary¹⁹. But I will limit myself to problems of judicial representativeness as symbolic representation. More properly, we are confronted here with the signaling function of selection resulting in some kind of representation of people or recognized virtues of society. Here the representation is understood in terms of likeness or similarity: In this approach, the sociocultural background of the composition of a court or of the whole judiciary is understood to signal political preferences. Here the issue is: do judges in their person reflect society correctly? Is it correct from the perspective of constitutionalism and is it possible as a matter of practicality that courts, and apex courts in particular, have to be socially representative in the sense of reflecting the socio-cultural composition of society? In a broader sense: Political recognition of social diversity increases the symbolic legitimacy of courts - but is this a (proper) source for the legitimacy of judgments, which are in principle legitimate because they correspond in a specific way to laws, and perhaps result in socially acceptable conflict resolution? The representative social diversity of the judiciary may signal important political choices, but it enhances legitimacy in law only to the extent that it creates a *prima facie* respectability: The socially representative court is less likely to be elitist. It promises the respect of all of us by embodying traits that are similar to the body of people it represents. It does not necessarily provide an internal legal legitimacy. Special personal experiences of the judge related to his or her social background may contribute to better understanding of a problem, but this idealized improvement of background knowledge does not guarantee legally credible judgments. Justices Thurgood Marshall and Clarence Thomas offered opposite solutions to discrimination on the basis of their somewhat similar life experiences and racial background. Judgments are not expected to represent public opinion in the statistical sense. The politics of mirror representation correspond to a concept of symbolic representation. This has important political functions, especially in terms of identity politics.

Irrespective of its pragmatic merits, the ideal of social likeness that is based on the sociocultural composition of the judiciary is open to criticism. Hannah Pitkin describes such likeness as a strategy of power. The representative judges are appointed within a power game between the ruled and the ruler, where the ruled accept leadership. Here the ruler (the agent) is not identifying himself with the electorate through shared or jointly developed policy goals but he works "on the minds of the people who are to accept" leadership²⁰. While soft quota may serve symbolic representation and increase credibility among certain excluded groups (and it may well be part

¹⁹ W. KAUPEN, T. RASEHORN, *Die Justiz Zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie: Ein Empirischer Beitrag zur Soziologie der Deutschen Justizjuristen*, Luchterhand, 1971.

²⁰ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, *op. cit.*, 101.

of a general affirmative action project) the genuine issue is more one of *exclusion* than inclusion. Singling out certain relevant experiences and representations excludes other experiences *a priori*. For example, to insist on prior judicial experience in the nomination of human rights judges disregards the relevance of human rights advocacy or academic experience.

Traditionally it was assumed that legislation's "constitutional role is to be representative rather than impartial, to make policy rather than to apply settled principles of law."²¹ However, we live in a world where the government's promises to serve the public good are not observed. In order to correct this mischief of bias, where the corrective power of the democratic process does not manifest itself, or where such correction might be delayed with serious consequences, a traditionally judicial virtue may come to the rescue. Here the shortcomings of the democratic process are remedied by judicial intervention, primarily through judicial control of legislation and of the political branches more generally. Moreover, rule of law and other settled principles do matter even to legislation. When it comes to the rule of law, or to blatant human rights violations, lawmakers have difficulties relying on the fact that they are representative in one or another sense of the term, since they may sometimes need to disregard socially endorsed values in favor of recognized principles of law. (Retroactive legislation, for example, remains an aberration even if supported by the majority.) Moreover, government is expected to do more than govern—it must also satisfy demands for some kind of justice, which is a traditionally judicial function. Judicial interference in matters that are socially construed as issues of justice are easy to accept.

Indeed, one can see that public administration is increasingly judicialized. For example, it is increasingly accepted that hearing officers are built into the system of US federal administration.

The opposition between making and applying policy that was so elegantly articulated by Justice Powell is increasingly blurred. Given the political bias of legislation, constitutional courts (referring to various constitutional formulations) assume that the ordinary political-legislative process has to observe fundamentals of impartiality and fundamental principles of law. I will argue that apex courts do have a constitutional mandate to correct certain imperfections of the representative system. They may even correct some of the bias of legislative choices to the extent that these choices do not represent the constitution's vision of society.

Where the political system itself denies some people participation in self-government, the system of representation will be flawed. This flaw creates a clear task for the apex courts, which legitimately interfere to correct this shortcoming. Secondly, when courts stand up on behalf of the excluded, they represent the interests of the excluded in the fashion of a guardian, without a mandate coming from, or through, election. In this regard courts

²¹ *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448, 502 (1980) Justice Powell, concurring.

are delegates without a mandate; they act as if being delegated by the powerless. A second representative function is clearly encompassed by the theory of "insular minority" protection.

In this regard it is the constitutional duty of courts to provide protection to those who are excluded from the minimum protection that stems from participation in the democratic decision-making process. This was the famous program of the Supreme Court outlined in Footnote Four of *Carolene Products*²². In this sense, constitutional and human rights courts do have a representative function; they correct flaws in electoral process, enabling the participation, and therefore representation, of the excluded. In a broader sense, it is a constitutional issue, and therefore, at least to some extent, a matter for the courts, to participate in the definition of the people, that is, who is entitled to participate in elections, or who is to be represented; in other words who is "the people." The Supreme Court of the US decided the question of assisted suicide on these grounds: It was held in *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990) that there is no federal right to assisted suicide and this is a matter or right to be determined by the people of the various states.

Moreover, at least some courts consider themselves as having a duty to provide special protection to the historically oppressed and vulnerable who cannot have proper substantive representation through the political process, though the justification is generally based more on dignity than on equal electoral rights. The Supreme Court of India sometimes acts as the representative of the powerless (without special mandate). This may fit into Pitkin's concept of "substantive acting for others,"²³ but the courts only rhetorically refer to the represented and prefer references to rights and values.

It can be argued that the popularly elected delegate has a better understanding of the appropriate action to take than the judge whose horizon is case-bound. This is not fully correct. Within the understanding provided in law and precedent, the judge is in a situation comparable to the legislator. What makes the difference is that the judge is not acting on behalf of the constituency and is, *perhaps*, less concerned with secondary consequences. But this is a big "perhaps." A constitutional court, however, is not expected to follow the best or "objective" interests and will of the constituents (understood as national community), but rather, only certain values embedded in the constitution. The court's legitimacy comes from the constitution on behalf of the community as a whole that accepted self-government. The assumption is that the constitution describes the "genuine," fundamental value preferences of the constituency, irrespective of the actual majoritarian or other preferences. The courts may bona fide claim that specific constitutional values that the court relies upon in quashing legislation serve the interests of the underrepresented.

²² *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 155 (1938).

²³ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, *op. cit.*, 141.

REPRESENTATION OF FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL VALUES

The above corrections to electoral democracy are either procedural, or concern indirect interest representation for those whose most fundamental constitutional rights cannot be meaningfully taken into consideration in the majoritarian legislative process given the persistent distortions built into that process. There is, however, an additional concept of representation-based judicial intervention that relies on the need for substantive representation. In some instances apex courts are understood as representing or acting on behalf of fundamental constitutional values that are unrelated to specific constituencies. In practical terms, the "insular minority/vulnerable group interest representation" and the "fundamental value/substantive representation" concepts overlap. It can be argued that courts "represent" people in one or another of the above senses, thereby complementing elected democratic institutions, for example by identifying and sustaining the people's fundamental values. Even when the empirical people turns against such attributed values, for example through its elected representatives, the theory holds that courts still faithfully and legitimately represent and defend genuine popular wishes. According to this understanding, courts sustain the very democratic system that enables people to self-govern while fully respecting all of the members of the community.

At this point it is appropriate to recall Burke once more. He attributed to the House of Commons the duty to act in harmony with "the public sentiment of people."²⁴ This is what Hamilton called "a due sympathy between the representative body and its constituents."²⁵

Constitutional judges may be capable of reasoning in harmony with the public sentiment, for example by taking notice of uncontested judicial findings emerging in the laboratory of lower courts that reflect public sentiment. Judicial representation of people's "true" constitutional self (if it exists at all) has the advantage that the judiciary is not beholden to special interests or party politics, and can avoid the pragmatic and temporary pressures created by shortsightedness and whim. But the judiciary's representation will never be purely reflective of the public's opinion and sentiment; it will be selective and creative too, in the hope that thanks to its own legitimacy, the people, at least by acquiescence, will recognize the accuracy of the judicial finding.

From the perspective of theories of representation, when courts stand up for underlying social and constitutional values, adding to, or even contradicting legislation, such acts may count as representation of the community so long as they may be "in some way or for some reason, [...] be ascribed to another,"²⁶ i.e. the represented. I hasten to add that even if this claim of

²⁴ E. BURKE, *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, *op. cit.*

²⁵ A. HAMILTON, *Concerning the General Power of Taxation (continued)*, *The Federalist*, January 5, 1788, No. 35.

²⁶ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, *op. cit.*, 139.

representation makes sense, it cannot, in itself, make the act of judicial interpretation constitutionally legitimate. Constitutional adjudication has to satisfy specific requirements of formal constitutional legitimacy. However, constitutional legitimacy is not a purely formal legal issue; it has clear political and even cultural dimensions.

Are constitutional value judgments generated or confirmed by courts representative, especially where they supplement legislation? How can we evaluate such claims of representativeness? These judgments are acts of re-creation, they bring into presence an already existing practice or value. The pre-existing is reinforced, legitimated by judicial endorsement. A fair number of social acts must point in the same direction in order to qualify as a pre-existing practice or value. The re-creativity in judicial review is limited by the constitution and by the previous acts of the apex court. Moreover, such constitutional value judgments need at least tacit endorsement by the represented community, for example through acquiescence.

This type of judicial action on behalf of the community may be legitimate, at least in the eyes of a constitutional theory that recognizes that democracy (and parliamentary representation in particular) needs corrections. But judicial correction will continue to suffer from a democratic legitimacy deficit in the sense that the judiciary does not interact as much with the electorate as the political representative bodies. The represented have little chance to influence the judicial process. Judicial "representation" of public interests or constitutional values in cases where legislation is non-existent or disregarded is analogous to a guardian who acts on behalf of incompetent actors (agents). It is not clear what would legitimize such action other than the desire for paternalism and for combatting the intrinsic biases that characterize the political branches.

It is similitude that makes such determinations of constitutional values credible from the point of view of representativeness. The values protected by the courts resemble values cherished by people. Judges cannot claim that they represent society in any sense of delegation of power through election or other form of transfer of power. But they can claim that, because of their impartiality, they are the best-suited institution for producing a correspondence between the values or sentiments of the people and the values or sentiments expressed in their judgments. In addition, constitutional courts may claim that they are formally called upon by the constitution to carry out the task of identifying partly unidentified values that correspond to the values held by the people. They are not representatives of the people, but what they discover in their judgments is nonetheless representative of what is essential in the constitution and hence for the people.

Obviously, the idea of representation as the discovery of essential features derives from Plato. For Plato, the Equal exist behind the imperfect similarities of objects. With respect to the law, similarities in precedents and other

relevant legal findings can be found to point toward an underlying value. The claim that judicial findings represent true values may well refer to these findings' creative discovery of such similarities. A Platonic theory of "courts as representers" claims that the judge is capable not only of reproducing reality through similitude, but also expressing the hidden reality that underlies that similitude.

Such Platonic representation, even if one disregards its metaphysical assumptions about pre-existing knowledge, remains open to criticism, which legal scholarship has supplied in abundance. Platonic representation runs against robust democratic theories that rely on representing the will of empirical people. Notwithstanding the German doctrine of the objective hierarchy of values in the German Basic Law, there is no uncontested empirical evidence that there is a pre-existing thing (value), at least not beyond the constitution, waiting for discovery. The alleged similarity of the constitutional value with recognized social practices can be characterized simply as the creative result of interpretation. Activist constitutional judgments are a mixture of empirical references to expressions of otherwise imperfect popular will and underlying, non-empirical or non-popular trends²⁷.

The difficulties and dangers of essentialism loom large. One can be rightly afraid that a constitutional court that claims to discover and enforce "essentials" will claim powers originating in a thought process not accessible to others and not open to public scrutiny.

Such priestly access to justice is a recipe for arbitrariness and results in judges' isolation from society.

Notwithstanding the above objections, the "bringing into presence" of underlying values is an appropriate form of constitutional interpretation when it implies representation of society's values. The personal characteristics of the judges themselves do not need to be representative, only the values they discover. A likeness to underlying social values can be established within judicial reasoning. But this cannot be confused with a search for essentials. Of course, apex courts generally have the mandate to be relatively autonomous and creative in this regard, at least according to the theory that constitutional courts must protect the constitution. The discov-

²⁷ See, e.g., the ECtHR references to "European value consensus." See e.g. *S.H. and Others v. Austria*, ECtHR, Application no. 57813/00, Judgment of 3 November 2011, Paras. 96, 106, Separate Opinion of Judge De Gaetano, Para. 4, Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovska and Tsotsoria, Paras. 7-8, 10-11; *Stummer v. Austria*, ECtHR, Application no. 37452/02, Judgment of 7 July 2011, Paras. 105, 132, Partly Dissenting Opinion of Judge Tulkens, Para. 10; *A, B and C v. Ireland*, ECtHR, Application no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010, Paras. 235-237, Concurring Opinion of Judge Finlay Geoghegan, Paras. 1, 4-10; Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi, Paras. 2-9; *Dickson v. The United Kingdom*, ECtHR, Application no. 44362/04, Judgment of 4 December 2007, Paras. 79-81; *Animal Defenders International v. The United Kingdom*, ECtHR, Application no. 48876/08, Judgment of 22 April 2013, Para. 123, Concurring Opinion of Judge Bratza, Para. 14, Joint Dissenting Opinion of Judges Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinič and De Gaetano, Paras. 8, 15. See also the reference to the allegedly growing number of US states decriminalizing sodomy in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

ery of the constitutional values in social values (and practices) is a creative act in the sense of careful and balanced selection and harmonization.

Such selection is inherent in all representation and it constitutes, at least in some cases, an act of limited and bounded creation²⁸.

Aristotle's related concept of art, one certainly inspired by Plato's intuitively attractive approach, might be a source of inspiration for a theory of judicial representation as correspondence. According to Aristotle, art is mimesis, meaning a form of imitation. "Imitation ... is one instinct of our nature."²⁹ It presupposes, arguably, that nature or reality is a given, an object that is independent of the imitation, even if reality becomes stylized through artistic interpretation. The artistic, image-oriented approach to representation emphasizes presence by likeness, where likeness is created by reproduction. (Political science theories of substantive representation reflect this concern.) In the Aristotelian approach mimesis is an act of choice or selection: Sophocles *chose* his heroes like Oedipus, and he indicated why Oedipus is the hero. For Aristotle, tragedy is selective at least in the sense that tragedy is the imitation (mimesis) of certain kinds of people and actions. Correspondence is not purely mirror-like. The act of making present is also an act of choice or selection. In the case of constitutional (re)presentation (which is authenticated by the tools of constitutional and interpretative reconstruction), the legitimacy of the constitution as a living instrument is based on the credibility of the legal tools used to reconstruct it. By this logic, one could argue that the judge chooses to represent certain people, in particular those denied a voice in the current political system.

Nevertheless, the concept of mimesis remains of limited value for legal representation: in theatrical performances, the playwright writes the script and the actor performs for an audience. There is no such audience for the judge, at least in principle. The judge acts as a constitutional interpreter, attributing a non-political meaning, an objective reality, to the constitution. To interpret the law, she should not concern herself with the reactions of the "audience," that is of politicians or even society at large. In practice, however, this may not be true. Theories that emphasize the political nature of constitutional adjudication imply that constitutional adjudication sometimes cannot be evaluated by legal considerations alone and argue that constitutional adjudication may rely on methods that go beyond positivist techniques of statutory interpretation.

Pitkin emphasized that representation is "*re-presentation*, a making present again."³⁰ This implies that only the existing, be it essential or not, is to be

²⁸ Obviously, creative representation of constitutional values, asserted against the position of the political branches must remain exceptional, and has to be used with care. It has to be used sparingly, among others for pragmatic reasons. It will lose its credibility if it does not fit into less controversial judicial activities, and it will become irrelevant if it runs too often into political opposition.

²⁹ ARISTOTLE, *Poetics*, Cosimo, Inc., 2008, 6. (1.IV.)

³⁰ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation, op. cit.*, 8.

made present, visible. In this sense representation means that what is made present was already present in some form.

However, this does not rule out an element of creativity in the sense that the already present has to be selected, formalized and reinforced against other possibilities. This is important and even crucial for a constitutional court. It means that in some form the legally reproduced has already existed socially (and even legally in the form of an applicable principle); it is not, therefore, an arbitrary creation of the judge (nor that of parliamentarians). However, Pitkin advocated a dynamic concept. Political representation should be able to reflect the *changing nature* of the represented agent both at the individual and collective levels: the individual preferences change as well as the self-understanding and needs of the collective entity, and these changes are exactly the result of the interaction between the represented collectivity and the delegate. The performance of courts as representatives (or in carrying out a related role) can be satisfactory so long as they understand these dynamics. They cannot be the only institution responsible for this reflection and they cannot claim exclusive powers in that regard.

Within a theory of political representation the central issue is this: why exactly one particular absentee or another has the right or other claim to have her views made present in constitutional interpretation? Why should a court look to a specific understanding and corresponding empirical reality of the people instead of another one, in particular the one that is represented in the parliamentary majority of the day? Why should, for example an idealized and speculative political community of the constitutional founders' generation be of more importance than the majority behind a law enacted yesterday? Why constituency X versus Y, and in particular, why an imaginary or idealized Y instead of an empirically existing X?

Legislation can be accused time and again of being out of touch with constitutional realities, i.e. constitutional values of the society of the day. After all, legislation does not always reflect the genuine wishes and interests of the majority or even those in whose name the legislature acted, and even less the public interest. The standard response is that such criticisms are legally irrelevant and even destructive: law and legislation are about attributing exclusive authority to the elected body to determine what is in the public interest, or what corresponds to the majority's will. These criticisms are illegitimate because they invoke actors outside the parameters of the political system. But external critics of the legislative process should not be ostracized completely, ignored until the next elections come around (which do not always usher in desired or even promised legislative corrections). Judicial review is intended to provide an exterior source of corrections to electoral democracy, though in some jurisdictions judicial review is meant primarily to correct executive decisions only. A considerable number of democracies recognize in a fundamental way that the constitutional

system as such requires judicial oversight as well as corrections to the democratic process; finding the right form of cooperation between these (and perhaps other) constitutional life forms is a matter for debate and negotiation.

Contemporary pluralistic multicultural societies are often divided on value-laden issues, and this may result in legislative inaction. For example, certain practices might be considered socially permissible and in line with very abstract constitutional values. The legislature, however, may fail to act in light of such practices and may remain silent on the matter, even if inaction perpetuates previous legislative decisions that hamper or even criminalize socially permissible practices. How a court can determine what is the "genuine" and constitutionally valid popular will in the absence of legislative action? Consider the criminalization of sodomy or the growing acceptance of various forms of death with dignity or *in vitro* fertilization. Public opinion is commonly cited with respect to the permissibility of these practices, usually in the form of public opinion polls. Of course, the judge is not bound by such data, and public opinion is in any case only consideration the judge might make. But it is quite possible that legislators will follow a minority view because they can be reelected with the support of that minority. Such "over-representation" of minority preferences is an ordinary consequence of collective action. A small interest group will organize itself where the issue is of great importance to that group. Because of the organized and even institutionalized representation of the group interest, it can present itself as the public interest, the national tradition etc. The group will have more influence than the majority, which might consist of uninterested, isolated individuals.

It is rather problematic to determine what kind and form of majority is needed for a claim that reflects a fundamental moral choice of society. Public opinion is very malleable in the age of mass communication. While up to 70 per cent of the American public favored assisted dying in public opinion surveys³¹, when the time came to vote on referenda that proposed legalizing the practice, majorities in state after state rejected the proposal (with two exceptions, so far).

Likewise, gay adoption was supported by the majority of the French in 2012, and that position was perhaps confirmed by granting a majority to the Socialists in the national elections. Once gay adoption legislation was seriously considered and debated for in the legislature, this majority seemed to disappear. It is likely, however, that if gay adoption were to be adopted, and in the absence of major scandals, people would quickly accept the practice.

And what if they didn't? Is this a decisive factor for a constitutional court?

³¹ The Pew Research Center, *More Americans Discussing - and Planning - End-of-Life Treatment. Strong Public Support for Right to Die*, January 5, 2006. Available at <<http://www.people-press.org/files/legacy-pdf/266.pdf>>.

Take the example of the abolition of the death penalty by the Hungarian Constitutional Court in 1990. This was a highly unpopular decision at the time, but one that the political elite considered to be a constitutional and political necessity for the acceptance of Hungary into democratic Europe, an uncontested societal goal at the time³². Today, even after a new generation has come to participate in public life, the general public is still in favor of the death penalty. Is this to say that the Constitutional Court did not represent the nation's constitutional values?

Certain theories of constitutional adjudication consider that judicial review is part of the legislative process, which is, after all, not only about representation. Such a blurred understanding of the legislative process may run against a quasi-Rousseauist theory of democracy wherein the general will is to be formed and expressed by the people/nation.

Brunet, however, offers a better interpretative framework: if it is the constitution that expresses the general will, and if legislation has only an accidental relationship to the general will, then the elected legislator does not represent popular will. The constitutional judge or court, on the other hand, is arguably one of the best representatives of the people, or at least a trustee acting within the mandate of the constitution.

Habermas, too, offered an account of judicial correction of parliamentary representation. In his view, public autonomy goes way beyond majority representation and is threatened by unequal social power. It is the role of constitutional courts to stand up against both state and private encroachments into this public autonomy³³.

According to these accounts, courts may become representatives of community values (and interests). These values serve as foundations of the community. As such they are also part of the mandate that the constituent people gave to its elected delegates. If Pitkin is correct, for a democracy the goal is not symbolic representation but rather the "accurate reflection of the popular will."³⁴ Courts do have or should have a role in evaluating whether the legislative process does accurately reflect the popular will. Such evaluation may have a secondary effect on the parliamentary electoral process, for example by delegitimizing the incumbent party or its opposition. There are good reasons to believe that there is a constitutional mandate for courts not only to reflect the accuracy of legislative action in terms of Kelsenian negative legislation (striking down unconstitutional laws) but also filling in legislative gaps in conformity with the community's fundamental value choices and constitutional project, particularly when the community is divided. Accountability for such evaluation is not

³² Hungarian Constitutional Court, Decision 23/1990 (X. 31.) AB. See e.g. L. SÓLYOM, G. BRUNNER, *Constitutional Judiciary in a New Democracy. The Hungarian Constitutional Court*, The University of Michigan Press, 2000, 118-138.

³³ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, 1996, 277-279.

³⁴ H. F. PITKIN, *The Concept of Representation*, *op. cit.*, 106.

limited to the electoral process, as a shallow concept of democracy would suggest, even if the accountability of courts remains unsettled.

Concepts of representative democracy operate with false certainties. It is taken for granted that representation is valuable, since it enables people to exercise sovereignty. However, sovereignty remains a concept dependent on its definition, and it is, therefore contestable and contested; and the very concept and, most importantly, related practices, are changing³⁵.

Similar uncertainties emerge in the context of defining the people. Who can be a citizen? To what extent are non-citizens to be counted among the people, even if they do not possess participatory rights? Are non-citizen nationals, for example those living abroad, to be counted among the people? These matters were non-issues in homogeneous and stable nation states, but such states are historical accidents, and the assumption no longer reflects contemporary European realities. These are divisive social issues; it is understandable that for the sake of social stability they are often left to judicial gestation and partial judicial solutions. Decisions related to granting or denying citizenship are subject to judicial review, demonstrating the inherent difficulties of popular representation.

In these contexts, the legitimacy of courts cannot come from mimetic representation of fundamental values, though reference to such recognized values is crucial in judicial decision-making. The representativeness of judicial determinations will to some extent be creative, although this creative representation will only be credible if it corresponds to some sort of reality. In other contexts, the legitimacy of constitutional adjudication originates from the need to correct the imperfections of political representation. This is not a matter of representing the popular will but rather of judicial reasoning and evaluation. The social and political mediation between social groups that electoral representation provides may fail, and in these circumstances courts may have to fill the gap or attenuate the conflict. The procedural aspects of constitutional adjudication (including the relevance of precedent as distilled and accepted through social practices and popular wisdom) provide credibility to judicial determinations of social facts and values. In this regard, the activities of apex courts may fit well into the larger scheme of representative government or democracy as envisioned by Madison. By exercising judicial review over the decisions of the elected branches, apex courts, as professional and dispassionate bodies, act as important parts of republican government, limiting factionalism and preserving unity.

³⁵ It is, among others for this reason that, at least on the Continent, courts are regularly called to determine whether the legislative and executive branches are or are not violating national sovereignty in granting new attributions to the European Union. *See, e.g.* the Lisbon judgment of the German Federal Constitutional Court, BVerfG, 2 BvE 2/08, Judgment of 30 June 2009.

РЕЗЮМЕ

В статье говорится, что вопрос представительства рассматривается в контексте высших судов, таких как Верховный и Конституционный Суды. Рассматриваются различные понимания представительства. Автор дает общее представление конкурирующих концепций представительства для того, чтобы уточнить элементы представительности в судебной системе. Судебные и политические ветви представительного правительства нуждаются в легитимности, а когда суды действуют при отсутствии законности, в частности, когда они отменяют закон и заменяют его своими собственными решениями, они подвергаются нападению за узурпацию законодательной власти без публичного одобрения.

Что касается представительства как спорной концепции, автор подчеркивает следующие вопросы: являются ли конституционные суды подходящими органами? Если да, то что эти суды собираются исправить и как?

Затем в докладе затрагивается вопрос относительно того, должны ли судьи избираться или назначаться, и могут ли судьи правильно отражать общество.

Что касается представления основополагающих конституционных ценностей, автор отмечает, что конституционное правосудие должно удовлетворять специфическим требованиям формальной конституционной законности. Тем не менее конституционная законность, кроме правового, имеет также четкие политические и даже культурные аспекты.

Конституционные суды, осуществляя судебный контроль за решениями избирательных ветвей власти, высших судов как профессиональных и беспристрастных органов, являются важной частью республиканского правительства, ограничивая фракционность и сохраняя единство.



ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ПРЕДЕЛЫ УСМОТРЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

ПЕТР МИКЛАШЕВИЧ

Председатель Конституционного Суда Республики Беларусь

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Дискреционные полномочия государственной власти связывают прежде всего с властными и управленческими полномочиями государственных органов и должностных лиц действовать по своему усмотрению.

Дискреция используется как ресурс для преодоления нормативного вакуума, пробелов в правовом регулировании, а также выбора наилучшего варианта из подразумеваемых или возможных вариантов действий. Пределы усмотрения определяются, как правило, законом или иным нормативным правовым актом.

При реализации своих конституционных полномочий государственная власть действует на основе Конституции и в границах, определенных конституционными принципами и положениями. Так, согласно Конституции Республики Беларусь единственным источником государственной власти и носителем суверенитета в Республике Беларусь является народ. Народ осуществляет свою власть непосредственно, через представительные и иные органы в формах и пределах, определенных Конституцией.

Усмотрение государственной власти ограничено также международными обязательствами государства. Признавая приоритет общепризнанных принципов и норм международного права и обеспечивая соответствие им законодательства, государство определяет пределы усмотрения при реализации полномочий государственными органами.

Доктринальный подход к дискреционным полномочиям властей формируется и практикой Европейского суда по правам человека. Определяя пропорциональность примененных национальными властями конкретных мер по ограничению прав, предусмотренных в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, Суд допускает усмотрение национальных властей и, обращаясь к пределам усмотрения, подчеркивает, что усмотрение не означает бесконтрольность.

Остановлюсь на наиболее важных "ограничителях" усмотрения (или дискреции) законодательной власти с учетом практики Конституционного Суда Республики Беларусь (далее - Конституционный Суд).

1. Верховенство права

Одним из важнейших ограничителей усмотрения законодательной власти выступает верховенство права. Верховенство права является ведущим принципом как на государственном, так и на международном уровнях.

Именно на нем базируется межгосударственное сотрудничество в рамках Организации Объединенных Наций. Принцип верховенства права объединяет важнейшие цели и ценности, которыми руководствуются современные государства, - мир, развитие, права и свободы человека. Верховенство права является неременным условием достижения этих целей и ставится сегодня во главу угла каждого решения государственной власти.

Принятие в прошлом году Декларации Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи ООН "О верховенстве права на национальном и международном уровнях" еще раз подтвердило, что все люди, учреждения и организации, включая сами государства, несут ответственность перед справедливыми, беспристрастными и основанными на равноправии законами, а права человека, верховенство права и демократия относятся к универсальным и неделимым основным ценностям и принципам международного сообщества.

На европейском правовом пространстве принцип верховенства права также является определяющим. На основании проведенного в 2011 году исследования Европейской комиссией за демократию через право (Венецианская комиссия) сделаны выводы, что идея верховенства права является неотъемлемой частью любого демократического общества. Органы власти и должностные лица при принятии решений должны уважать достоинство всех, взаимодействуя на основании принципов равенства и рациональности и в соответствии с законами, все должны иметь возможность оспаривать законность решений в независимых и беспристрастных судах посредством справедливого судопроизводства. Доктринальные подходы к пониманию верховенства права, выработанные на европейском пространстве, лежат в основе обеспечения прав и свобод человека, реализации концепции правового государства, развития интеграционных процессов в Европе.

Республика Беларусь, выступая как полноправный член Организации Объединенных Наций с момента ее создания, принимая участие в разработке многих международных документов, разделяет данные подходы к пониманию верховенства права и принимает меры к их практической реализации.

В Беларуси согласно статье 7 Конституции устанавливается принцип верховенства права. Государство, все его органы и должностные лица действуют в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства. Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства.

В Послании Конституционного Суда "О состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2011 году" было отмечено, что предусмотренный в Конституции принцип верховенства права означает безусловный приоритет права по отношению к государству, его органам и должностным лицам, обязанным действовать в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства. Подчеркнуто, что правовое государство не может состояться без верховенства права в политической, социальной и экономической жизни, обеспечение реализации принципа верховенства права гарантирует соблюдение прав человека и гражданина.

Основываясь в своих решениях на принципе верховенства права, Конституционный Суд указывает на необходимость неукоснительного соблюдения законодателем всех его важнейших составляющих, прежде всего законности, предполагающей строгое следование в нормотворчестве и правоприменении Конституции и принятым в соответствии с ней актам законодательства. Суд также неоднократно подчеркивал необходимость соблюдения в законотворческом процессе принципа правовой определенности, предполагающего ясность, точность, непротиворечивость, логическую согласованность норм законов в целях обеспечения их единообразного применения на практике и ограничения пределов усмотрения при правоприменении.

Таким образом, верховенство права выступает одним из важнейших "ограничителей" усмотрения государственной власти.

2. Верховенство Конституции

Конституция, являясь правовой основой государства, обладает высшей юридической силой по отношению к другим нормативным правовым актам. Конституционные положения, принципы и нормы являются исходными для правового регулирования общественных отношений законами и иными правовыми актами.

Вместе с тем национальные конституции, как правило, оставляют законодателю достаточно широкое поле усмотрения, "пространство выбора", закрепляя принципы и требования к регулированию конкретных общественных отношений, которые и определяют в целом границы усмотрения законодателя.

При этом законодатель обладает определенной свободой усмотрения (дискрецией), определяя особенности правового регулирования, конкретные обстоятельства установления, изменения и отмены субъективных прав, условия и механизмы их реализации.

В Конституции Республики Беларусь, принятой 15 марта 1994 года, человек, его права и свободы признаны высшей ценностью и целью общества и государства, закреплены основы демократического социального правового государства.

В соответствии с Основным Законом на государство возложена ответственность за создание условий для свободного и достойного развития личности, закреплены конституционные обязанности граждан.

В посланиях о конституционной законности, адресованных Президенту и Парламенту, Конституционный Суд неоднократно подчеркивал, что в Конституции определены такие ценности, как демократическое социальное правовое государство, демократия, верховенство права, справедливость и равенство, парламентаризм, конституционная экономика, которые оказывают организующее воздействие на соответствующие сферы общественных отношений, выступают в качестве ориентиров, стандартов, установок для государственных органов и должностных лиц, граждан и общества в целом.

При этом обращено внимание, что важнейшей задачей законодателя при реализации норм Конституции является поддержание баланса и соразмерности конституционно защищаемых ценностей, целей, принципов и интересов, которые образуют системное единство и находятся в определенном иерархическом соподчинении. При этом недопустимы подмена одной ценности другой или ее умаление за счет другой ценности.

3. Соблюдение законодателем границ усмотрения

С 2008 года Конституционный Суд наделен полномочиями по осуществлению обязательного предварительного контроля конституционности законов, принятых Парламентом, до подписания их Президентом. За этот период проверено более 500 законов, сформулировано более 100 правовых позиций.

Реализуя полномочия, прежде всего по осуществлению обязательного предварительного контроля конституционности законов, Конституционный Суд формулирует правовые позиции на основе выявленного конституционно-правового смысла норм законов, определяя, соблюдены ли законодателем границы усмотрения, обусловленные конституционными требованиями и верховенством права. В необходимых случаях Суд указывает на недостаточность механизма правового регулирования в целях обеспечения реализации конституционных прав граждан, полноты урегулирования тех или иных общественных отношений.

Таким образом, Конституционный Суд проверяет конституционность норм законов, определяя и соблюдение границ усмотрения законодателем, не оценивая в целом эффективность законодательной деятельности.

Как показывает практика Конституционного Суда Республики Беларусь, проблема границ усмотрения законодательной власти существует на нескольких уровнях.

Во-первых, пределы усмотрения самого законодателя при регламентации им соответствующих общественных отношений.

Во-вторых, границы усмотрения нормотворческих органов при даль-

нейшем нормативном регулировании подзаконными нормативными актами общественных отношений.

В-третьих, предоставленные законодателем пределы административного усмотрения при реализации исполнительной властью своих полномочий.

Конституционный Суд в своих решениях сформулировал для законодателя ряд правовых позиций в целях предотвращения широкой дискреции правоприменителя ввиду пробелов в правовом регулировании, отсутствия необходимого нормативного элемента в механизме правового регулирования. Постоянно обращается внимание на то, что законодатель может установить определенные ограничения прав и свобод человека и гражданина, исходя из конституционных требований, что эти ограничения устанавливаются только законом в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц (статья 23 Конституции).

Четкое "очерчивание" границ административного усмотрения является определяющим при взаимодействии органов власти и граждан.

В Республике Беларусь в октябре 2008 г. во избежание чрезмерной дискреции исполнительной власти при принятии административных решений в отношении граждан и юридических лиц был принят Закон "Об основах административных процедур", регламентирующий действия государственных органов и принятие административных решений по заявлениям граждан и юридических лиц по установлению, изменению или прекращению прав и обязанностей.

Закон устанавливает, что в случае неясности или нечеткости предписаний правового акта административные решения должны приниматься уполномоченными органами исходя из максимального учета интересов заинтересованных лиц.

Тем самым законодательная власть ограничила усмотрение исполнительной власти в сфере административных процедур в интересах защиты прав человека, вывела на новый уровень взаимоотношения гражданина и государства.

Закон "Об административных процедурах", как и законы, которыми в него вносились последующие изменения, был предметом рассмотрения Конституционного Суда в порядке обязательного предварительного контроля. Исходя из решения Конституционного Суда от 28 декабря 2009 г. в названном Законе дополнительно закреплено, что введение и регулирование административных процедур осуществляются только законодательными актами и постановлениями Совета Министров Республики Беларусь. При этом были разделены предметы регулирования отношений в данной сфере между законодательными актами и постановлениями Правительства, исключена возможность регулирования данных вопросов на уровне решений органов местного управления и самоуправления.

Таким образом, в правовых позициях, сформулированных в решениях Конституционного Суда, выражены доктринальные подходы к дискреционным полномочиям законодателя и границам его усмотрения.

Заключение

В Республике Беларусь на конституционном уровне закреплён принцип верховенства права, и на государственном уровне принимаются необходимые меры к его реальному обеспечению в политико-правовой и социально-экономической жизни общества и государства.

Реализуя свои полномочия, государственная власть действует в границах, определяемых положениями, принципами и нормами Конституции, допуская усмотрение исходя из сущности верховенства права.

Осуществляя контроль за конституционностью нормативных правовых актов в государстве, Конституционный Суд своей деятельностью обязывает законодательную власть в законотворческом процессе неукоснительно соблюдать принципы верховенства права и верховенства Конституции, не допускать произвольного усмотрения при правовом регулировании общественных отношений.

Благодарю за внимание!

SUMMARY

The most important limiting factors of discretionary powers of legislature in view of judicial practice of the Constitutional Court of the Republic of Belarus are considered in this report. It is noticed that the state authority while executing its constitutional powers should act on the basis of the Constitution and within the limits stipulated by the constitutional principles and provisions and first of all - in accordance with the principle of the Rule of Law. The discretion of the state power is also limited by the international obligations of the state.

The conclusion is made that in the Republic of Belarus the state power acts within the limits stipulated by the provisions, principles and norms of the Constitution and admits discretion on the basis of the essence of the principle of the Rule of Law.



THE PRINCIPLE OF THE INDEPENDENCE OF JUDGES IN THE JURISPRUDENCE OF THE POLISH CONSTITUTIONAL TRIBUNAL

WOJCIECH HERMELIŃSKI

Justice of the Constitutional Tribunal Poland

In my presentation I want to focus on the problem of the increasing influence of the administrative bodies on the courts.

However the Polish Constitution of 1997 has established institutions which aim is to strengthen the courts' independence *versus* executive power, last years one can watch the attempts, mainly on the side of the Minister of Justice in which he is trying, step by step, to increase his control over courts.

One of the institutions defending the independence of the courts is the National Council of the Judiciary, who in accordance with art. 186 of the Constitution may make applications to the Constitutional Tribunal regarding the conformity to the Constitution of normative acts relating to the independence of courts and judges.

In the case K 12/03 (judgment of 18 February 2004; OTK Z.U. 2004 / 2A / 8) the Constitutional Tribunal considering complaint of the National Council of the Judiciary ruled i. a. that the provision of the Law on Courts, 2001, in its part authorizing the Minister of Justice to dismiss a president of a court during his 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 his 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 Law on 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 Law on 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 their 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 case Kp 2/05 (judgment of 9 November 2005; OTK Z.U. 2005 / 10A / 114) the President of Republic of Poland challenged (within so called preventive control) some articles of the Public Finance Act 2005 regarding so called internal audit exercised in the Supreme Court, the Constitutional Court and the ordinary and administrative jurisdictions.

Within public sector organizational units - including, as of 2001, the courts and the Office of the Constitutional Tribunal - functions the so-called internal audit, understood as an independent review of management and supervision systems within any given unit, especially as regards financial control procedures, intended to provide the head of the unit with an objective assessment of these systems and to make suggestions as to how they could be improved. The internal audit is performed by an internal auditor, employed by a given unit and possessing officially declared qualifications to exercise this function. The internal auditor's assessment aims to assist the head of the unit in improving the rational use of public funds.

The new Public Finance Act contained elements causing the President of the Republic of Poland to question their conformity with the principles of the separation of power and independence of the judicial power (Articles 10.1 and 173 of the Constitution), the latter of which is, in Poland, exercised by courts and tribunals (Article 10.2 of the Constitution).

The essence of the challenged modifications, insofar as they concern organizational units strictly connected with the functioning of the judicial power, consists in directly linking the internal auditor's activities with the Main Inspector of Internal Audit, subordinate to the Minister of Finance.

The judicial power enjoys a *sui generis* autonomy concerning budget planning, similar to that enjoyed by certain other entities independent of the government. Such autonomy is regulated at the level of ordinary statute.

Therefore the Constitutional Tribunal decided that the challenged by the President articles of the Public Finance Act 2005 insofar as they concern the Supreme Court, common courts, administrative courts and the Constitutional Tribunal, do not conform to Articles 10.1 and 173 of the Constitution.

The Constitutional Tribunal stressed that in light of the Constitution, the legislative power has a democratic mandate to decide upon the destination of public funds originating from the imposition of public levies on citizens. The regulation of financial control and internal audit within the courts and Constitutional Tribunal must, however, take account of the specific nature of these units, given the separateness and independence of the judicial power vis-a-vis the executive (Article 173 of the Constitution).

Insofar as concerns the "separateness" of the judicial power's position in relation to the drafting and implementation of the Budget Act, and supervision of such implementation, the Constitution endows the legislative power with considerable discretion. The limits of such discretion are: on the one hand - the need to ensure uniformity of the public finances system, as required by the constitutional provisions, and the inviolability of the Council of Ministers' obligations and competences as the sole organ established to pursue the State's financial policy on the basis of the Budget Act; and, on the other hand - the prohibition on making the position of judicial organizational units completely equal with that of units subordinate to the executive power.

The Constitutional Tribunal considered provisions challenged by the President unconstitutional as the competences vested in subordinates of the Main Inspector of Internal Audit may, in the future, be differently interpreted and applied. These provisions create a potential threat to the constitutional independence of the judicial power. In particular, such independence argues against the ability of the executive power's representatives to review documents directly connected with exercising the administration of justice, e.g. concerning the preconditions for exemption from court costs or costs connected with the institution of a court-appointed counsel.

Furthermore, if Ministry of Finance employees were to enter judicial organizational units to view documents and other materials, with no substantive or temporal limitations and in the absence of any sufficiently justified supervisory need, this would threaten the so-called public image of the administration of justice, since it could cause citizens to make false assumptions about the government's institutional, authoritative influence on the manner in which justice is administered.

Last months the Constitutional Tribunal ruled in two important cases regarding independence of the judicial power.

In case K 1/12 (judgment of 12 December 2012; OTK ZU 2012/ 11A /134) President of the Supreme Court challenged provisions of the law relating to the implementation of the Budget Law due to the breach of the duty to ensure the judges remuneration corresponding to the dignity of the office and the scope of their duties. According to the applicant - President of the Supreme Court, from the point of view of the statutory creation of the right to remuneration of judges, there has been a reduction of the remuneration of the judges, to which a right arises on the basis of the the Law on Courts.

The obvious purpose of these provisions is to separate the remuneration of judges, which correspond to the dignity of the office (article 178.2 of the Constitution), of fluctuations in the economic downturn, including short-term financial difficulties. The applicant claimed that Constitution requires to provide judges working conditions and remuneration corresponding to the dignity and duties, which is an expression of close connection between shaping of the remuneration with the protection of the independence of the judge. The contested provisions of the mentioned provisions violate the principle of the rule of law deriving of Art. 2 of the Constitution, which requires a fair conduct of State commitments to citizens, and in particular the principle of protection of acquired rights and confidence in the State and its law.

The applicant claimed that the contested regulations are not necessary nor indispensable within the meaning of the Constitution, all the more that the legislature should choose a less disruptive mean for the execution of their plans.

The Constitutional Court did not share the applicant's objections. In the Court's view, the judges are the only professional group in Poland, where the Constitution guarantees the right to compensation "for the dignity of the office and the scope of their duties" (article 178.2 of the Constitution). This provision sets, although in a way few precise, a necessary standard, which must be respected by the legislature for the purpose of determining the statutory principles of remuneration of judges. The most important aspect of a judges' salary is that method of determining its amount was based on objective, quantifiable outcomes and worked *ex lege*, - "automatically" without the need for taking the "estimating" decision, which could be an instrument of pressure on the judges. It is important, of course, also the same remuneration, which should provide financial independence to the judge and his family and to compensate for the rigorous restrictions on exercising another professional activity and contribute to the building of the prestige of the office of a judge. In the Court's view, this remuneration should be significantly higher than the average salary in the country. Following the entry into force of the contested provisions, in 2012 the basis of the remuneration of judges was the average salary of 2010, and not, as a general rule, from the year 2011. The Constitutional Court noted that judicial salaries are a category permanently connected with the State budget, and their development, as well as the evaluation of their modification may not be in complete isolation from the budgetary situation. The Constitutional Tribunal did not share an opinion that no matter on the financial situation of the State, judges' salaries should be gradually and constantly raised, since such obligations cannot be deduced from article content 178. 2 of the Constitution.

In this case, the Constitutional Court had to weigh two constitutional values: remuneration of a judge adequate to the dignity his office, which is

an important guarantee of judicial independence, fundamental to the proper functioning of the so-called third power, and the balance and sustainability of the public finances, which is a prerequisite of the normal functioning of the State. In terms of the significant threats to a balanced budget and the adoption by the executive and legislature, a comprehensive program of rescuing of the public finances, the Constitutional Tribunal decided that priority should be given to the principle of the protection of a balanced budget, at the cost of a limited in time (incidental) growth of the remuneration of judges.

Two judges disregarded with the judgment and in their dissenting opinions stressed that on the basis of art. 178 of the Constitution, the remuneration corresponding to the dignity of the office of a judge is not determined by the State budget, but by the principle of the independence.

In another case K 27/12 (judgment of 27 March 2013; OTK ZU 2013 / 3A / 29) Constitutional Tribunal considered applications of group of MEPs and the National Council of the Judiciary concerning the Law on Courts. The Tribunal adjudicated two constitutional issues: whether the Minister of Justice may, by regulation, establish courts and create their headquarters and areas of competence and whether the authority to issue the regulation contained in the contested provisions was correctly constructed by the legislature. Anyway the main objection concerned the infringement of the principle of exclusivity of the provision in determining the regime and jurisdiction of the courts.

Article. 176. 2 of the Constitution entrusts the legislature determining of the courts' structure, their competences and the proceedings before the courts. With this provision, it appears that all the basic elements of the regime, competences and proceedings must be established at the level of the provision.

In order to determine whether establishing and cancellation of courts can be understood as regulation of the courts' structure, a definition of the concept of "courts' system" contained in Art. 176. 2 of the Constitution is required. Analysis of the content of this provision and the other provisions of the Constitution relating to the courts, allows the Tribunal to reconstruct all the elements that define the mean: "system of courts." The first one is the structure of the courts, which create different categories of courts within the constitutionally specified types of courts. A second element that specifies the courts' system is the internal organization of the courts. The third of these items are instances relationship and judicial surveillance taking place between different categories of courts. The Constitutional Tribunal accepted that the creation and cancellation of the courts is not an element of system of the courts.

In the Constitutional Tribunal's opinion, creating and cancellation of the concrete courts, treated as separate organizational units in the structure of the judiciary belongs to the technical action in the field of administration

of justice. They belong to the competences of the organs of the executive power. Adoption of different assumption would impose, in the Tribunal's opinion, the legislature to create each court in the organizational, housing and staff aspect.

For these reasons, the Tribunal concluded that provisions of the Law on Courts regarding system of ordinary courts are in accordance with the article 176. 2 of the Constitution.

The Constitutional Tribunal stated that indication in provisions of the Law on Courts the properties of each category and types of courts is important not only from the point of view of the article 176. 2, but also article 45. 1 of the Constitution. This provision contains the right to the court, and from this point of view it is essential for everybody to have the possibility to predict which court will consider his case. However, it is not necessary for the legislature to indicate the concrete court with its name, its seat and the area of competences. This is sufficient where the legislature guarantee that any court within the given category will perform the right to the court in the manner described in article 45. 1 of the Constitution, i.e. fairly, openly, without undue delay, independently and impartially. For this reason, the Constitutional Tribunal stated that the determination of the concrete courts and their jurisdiction area is not a matter reserved to the exclusive statutory regulation.

The adoption of different assumptions according to which the determination of the individual seats of the courts and their jurisdiction areas would require a parliamentary decision in each case, will negatively affect the realization of the right to a court referred in article 45. 1 of the Constitution. This is impossible for the legislature to react immediately to all the changes in terms of the functioning of the units of the justice system. Such a possibility has the executive authority. In the Constitutional Tribunal's opinion, entrusting with the Minister of Justice the possibility of establishing courts and areas of their jurisdiction, according to need of the rational organization of the judiciary in a way that takes into account the scope of influence of load-case and judicial economy, ensures the realization of citizens' rights to hear the case, without undue delay.

Four judges have reported the dissenting opinions claiming that the Constitutional Tribunal's statement expressed in its judgment is based on a too narrow meaning of the term "system of the courts." System of the courts within the meaning of article 176. 2 of the Constitution is a really existing, constitutionally determined the structure of the courts, the principles and form of creation and abolition, as well as the principle of appointing and dismissing judges, i.e. the principle of framing of staff of the administration of justice.

An important consequence of the judgment of the Constitutional Tribunal is, in accordance with the dissenting opinions, an obvious impact of the contested provisions on the status of the judge (especially in the context

of article 180. 5 of the Constitution), because they allow to make radical changes in the structure of the judiciary, practically without any restrictions. In this case, the constitutional guarantee of non-allocation of a judge is significantly weakened and left for the decision of the executive power. Therefore, in accordance with the dissenting opinions, the independence of the judge becomes illusory.

On the end of this presentation I would like to add that before the Constitutional Tribunal case K 31/12 is pending, where the National Council of Judiciary challenged provisions of Law on Courts extending the scope of the administrative supervision executing by Minister of Justice over the courts. The contested provisions allow Minister of Justice to transfer his power to the directors of the courts. Their task is to carry on administrative activity of the courts by ensuring appropriate organizational and technical conditions of the courts, including their rights toward employees of the courts (with the exception of judges, judicial assistants). In the National Council's of Judiciary opinion this situation leads to deprivation of powers of the presidents of the courts, but before all - leads to violation of division and balance between the executive and judicial powers in favour of the granting of the primacy of the first in the area of the administration of the courts. The consequence of this is a limited separateness and independence of the courts, guaranteed in article 173 of the Constitution.

In my opinion (I do not represent the position of the Polish Constitutional Tribunal) we can notice the growing activity of the executive power in the area of the administrative supervision executing by Minister of Justice over the courts. However the Minister of Justice declares that the supervision is limited only within the area of administration of the courts but the line dividing the administrative and judicial spheres is very delicate.

The tendency to broadening of influence of the executive power on the courts we can notice not only in Poland. In the case pending before the European Court of Human Rights (judgment of 9 February 2012, Kinsky v. Czech Republic, application No. 42856/06) applicant claimed that the obligation imposed on courts by the Ministry of Justice to report to it on the applicant's proceedings had been incompatible with the principle of separation of powers between the judicial and executive branches of government. In the Court's opinion the activities of the Ministry of Justice as well as the criminal investigation brought against the applicant, taken as a whole, did not satisfy the requirements of a fair hearing and resulted violation of Article 6 § 1 of the Convention.

I want to underline that it is not my idea to challenge the Minister's of Justice right to the supervision of administration of the courts, but one should remember that executive power always shows the tendency to increase its sphere of influence what can be particularly dangerous for the independence of the courts - institutions very vulnerable for this kind of interference.

РЕЗЮМЕ

В своем выступлении автор обращает внимание на проблему возрастающего влияния административных органов на судебную власть. Однако Конституцией Республики Польша 1997 года созданы учреждения, целью которых является усиление независимости судов от исполнительной власти. В последние годы можно наблюдать попытки министра юстиции увеличить свой контроль над судами.

Однако министр юстиции заявляет, что надзор ограничен только административными вопросами судов, но линия, разделяющая административную и судебную сферы, очень тонкая.

Автор желает подчеркнуть, что он не оспаривает право надзора министра юстиции за судебной администрацией, но следует помнить, что всегда есть тенденция увеличения сферы влияния со стороны исполнительной власти, которая может быть очень опасной для независимости судов, которые особо уязвимы в связи с подобными вмешательствами.



ЕВРОПЕЙСКИЕ СТАНДАРТЫ В СФЕРЕ ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СУДЕЙ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

МИХАИЛ КЛЕАНДРОВ

*Судья Конституционного Суда РФ,
доктор юридических наук, профессор*

Какого-либо специального общеевропейского акта, непосредственно посвященного дисциплинарной ответственности судей, нет. Определенные содержательные положения о дисциплинарной ответственности судей - в рамках Совета Европы - закреплены в следующих документах.

Это: Рекомендация № R(94)12 Комитета министров Совета Европы государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей, принятая Комитетом министров 13 октября 1994г. на 518-м заседании заместителей министров (уже замененная, но содержащая определенные ориентиры для законопроектанта); Европейская хартия о статусе судей (и Пояснительный Меморандум к ней), принятая экспертами Совета Европы - участниками многосторонней встречи "О статусе для судей в Европе", организованной в Страсбурге Советом Европы 8-10 июля 1998г.; Рекомендация CM/Rec (2010)12 Комитета министров Совета Европы государствам-членам "О судьях: независимость, эффективность и обязанности" от 17 ноября 2010г.; Резолюция 1703 (2010) Парламентской Ассамблеи Совета Европы "Судебная коррупция" от 27 января 2010г.; Часть 1 "Независимость судей" Доклада "О независимости судебной системы" Европейской комиссии Совета Европы "За демократию через право", (Венецианской комиссии), принятого Комиссией на ее 82-м пленарном заседании в Венеции 12-13 марта 2010г.; такие Заключение Консультативного Совета европейских судей (КСЕС) для Комитета министров Совета Европы, как: № 1(2001) от 21 ноября 2001г. "О стандартах независимости судебной власти и несменяемости судей" (весьма объемный акт, в котором значимы - в плане дисциплинарной ответственности судей - такие разделы: "Беспристрастность и поведение судей при осуществлении ими своих судебных функций", "Беспристрастность и внесудебное поведение судей", "Беспристрастность и другие виды профессиональной деятельности судей", "Беспристрастность и взаимоотношения судей со средствами массовой информации", "Как должны быть

сформулированы стандарты поведения судей" и "Выводы в отношении стандартов поведения"); № 3 (2002) "О принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этику, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность" от 10 ноября 2002г.; № 10(2007) "О Совете судебной власти на службе общества" от 23 ноября 2007г. и др.

Кроме того, - в плане совершенствования организационно-правового механизма дисциплинарной ответственности судей - для Российской Федерации весьма значимы такие международные документы: как Резолюция 1896(2012) Парламентской Ассамблеи Совета Европы "Соблюдение обязательств Российской Федерации", принятая 2 октября 2012г.: Основные принципы независимости судебных органов, принятые на VII Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Милан, 26.08.1985-6.09.1985) и одобренные Резолюцией 40/146 Генеральной Ассамблеи ООН от 13.12.1985г.; и развивающий эти принципы Кодекс поведения судей, в ноябре 2002г. переименованный в Бангалорские принципы поведения судей (E/CN, 15/2006/20, 19 мая 2006г.), утвержденные резолюцией Экономического и Социального Совета ООН от 26 июля 2006г. № 2006/3; принятый на тридцать шестом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ (Постановление № 36-12 от 16 мая 2011 года) Модельный кодекс о судоустройстве и статусе судей для государств-участников СНГ; принятые в Нью-Йорке в 1982г. Международной ассоциацией юристов минимальные стандарты судейской независимости и др. Определенным ориентиром в этой сфере могут служить и положения пока официально не принятого Проекта Всеобщей декларации о независимости правосудия (Декларации Сингви).

Наконец, следует указать и на такой значимый для России - в рассматриваемой области - документ, как Доклад миссии МКЮ (Международной комиссии юристов) 2012г. "Защита правосудия: Дисциплинарное производство в отношении судей в Российской Федерации".

К сожалению, этот доклад не содержит сопоставительного анализа зафиксированных его составителями недостатков механизма дисциплинарной ответственности судей в России и практики его применения с опубликованной в России научной юридической литературой по данной проблематике. А опубликованы, с критическим анализом сложившейся ситуации, сотни научных работ, в том числе монография автора (См.: Клеандров М.И. Ответственность судьи. - М., Норма, 2011-576с.). В этих работах выявлена - в совокупности - обширная гамма системных проблемных недостатков, которые совсем не обозначены в названном Докладе либо о них упомянуто вскользь. Соответственно, в Докладе не упомянуты и не оценены содержащиеся в опубликованных работах российских ученых предложения по совершенствованию организационно-правового механизма дисциплинарной ответствен-

ности судей в целом и его отдельных звеньев, как и предложения по устранению существующих в нем отдельных дефектов. Что, тем не менее не умаляет позитивного значения Доклада и его роли в устранении дефектов механизма судейско-дисциплинарного производства в России. К тому же следует учесть, что основные замечания, зафиксированные в Докладе, относятся не к содержанию федерального законодательства о дисциплинарной ответственности судей, а к практике его применения.

Как бы то ни было, о соотношении европейских стандартов и законодательства РФ в сфере дисциплинарной ответственности судей следует - вкратце, обобщенно и сжато - сказать следующее, разбив сопоставительную сферу на три разновеликие части, и не прибегая к указанию названий соответствующих международно-правовых документов и наименованию органов, их принявших.

Относительно органов, осуществляющих дисциплинарное производство в отношении судей: это производство должно осуществляться независимыми органами, в составе которых должны быть широко представлены (преобладать) судьи, избранные их коллегами, что не исключает, в целях избежания угрозы корпоративизма, вхождение в состав такого органа лиц, не являющихся судьями, при условии, что эти лица не являются членами законодательной власти, правительства или администрации; решения этих органов о дисциплинарном наказании, отстранении от должности и увольнении должны быть предметом независимой проверки. В РФ такой - двухуровневый (федеральный и субъекта РФ) орган есть, это - квалификационная коллегия судей (далее - ККС), состоящая на две трети минус один из судей, избранных судьями; на треть - из представителей общественности, не относящихся к законодательной, исполнительной либо судебной ветвям государственной власти, и одного представителя Президента РФ.

Относительно оснований для привлечения судей к дисциплинарной ответственности: только по причине их неспособности выполнять свои обязанности или поведения делающего их не соответствующими занимаемой должности; если судьи не выполняют возложенные на них обязанности эффективным и надлежащим образом и т.п. Относительно этого требования в РФ есть серьезные недостатки, о чем - ниже.

Относительно дисциплинарного производства: оно должно осуществляться с соблюдением всех гарантий справедливого судебного разбирательства; судьям должно быть предоставлено право обжалования вынесенного судебного решения и наложенного взыскания; должны соблюдаться заранее установленные процессуальные нормы. Процедуры разбирательства в ККС материалов по проверке жалоб и заявлений о совершенном судьей дисциплинарном проступке с соблюдением принципа состязательности, и процедуры вынесения ККС соответствующих решений закреплены в регламентном документе, утвержденном

самой ВККС РФ, в целом нареканий не вызывают и в основном соответствуют указанным здесь требованиям. Органом, куда судьи могут обжаловать вынесенное ККС решение о дисциплинарном взыскании, является это Дисциплинарное судебное присутствие, специально созданный в 2010г. моносудебный орган, правосудие в котором осуществляют по три судьи от Верховного и от Высшего Арбитражного судов РФ (до этого данную функцию осуществлял Верховный суд РФ).

Естественно, к пониманию дисциплинарной ответственности судьи относятся содержащиеся в названных актах требования к профессиональному и иному поведению судьи ("судья обязан воздерживаться от такого поведения, действия или высказывания, которое могло бы повредить доверию к его беспристрастности и независимости", "судьи должны вести себя достойно частной жизни" и пр.), но это - оценочные категории.

Также есть в названных актах и положения (о поддержании необходимости "для каждой страны определять санкции, подходящие для ее собственной дисциплинарной системы, и устанавливать их соразмерность как в отношении принципа, так и в отношении применения", при этом на европейском уровне нет необходимости "принимать какой-либо исчерпывающий список таких санкций"; "В каждой стране закон или основополагающая хартия, применяемые к судьям, должны определять как можно более конкретно те нарушения, которые могут повлечь дисциплинарное производство, а также применяемые в этих случаях процедуры" и т.д.), которые являются отсылочными, но вместе с тем фрагментирующими общие посылы к названным стандартам.

Вообще же, как известно, с 2009г. Комиссией Совета Европы "За демократию через право" (Венецианской комиссией) ведется работа по созданию наиболее полного перечня гарантий независимости суда, результатом чего будет принятие документа, поименованного - по всей вероятности - как "Европейские стандарты независимости судебной системы", где можно ожидать (стоит надеяться) и включение специального раздела, содержащего более четкие стандарты организационно-правового механизма дисциплинарной ответственности судей.

Можно сказать, что в целом, за некоторыми изъятиями, действующее законодательство РФ о дисциплинарной ответственности судей соответствует изложенным стандартам.

Вместе с тем следует жестко указать: общую ситуацию с правовым регулированием всего механизма дисциплинарной ответственности судей и правоприменительной практикой в этой сфере в РФ нельзя считать благополучной, положение дел здесь далеко от оптимального. На многие серьезные недостатки звеньев этого механизма обращал внимание Конституционный Суд РФ (давая на этот счет в своих решениях соответствующие поручения федеральному законодателю); серьезная роль в заполнении законодательных лакун в этой сфере у судебных

органов - судов системы общей юрисдикции и Дисциплинарного судебного присутствия, а также ряда органов судейского сообщества, прежде всего - советов судей и ККС; в обширной научной литературе по данной проблематике не только вскрываются недостатки и анализируются причины их возникновения, но и вносятся предложения по их устранению и улучшению общей ситуации.

Глубинные корни общей недостаточности современного организационно-правового механизма дисциплинарной ответственности судей в России заключаются в следующем. И сегодня вполне достаточным, практически по всем показателям, необходимым в данном механизме было бы Положение о дисциплинарной ответственности судей, отзые и досрочном освобождении судей и народных заседателей судов РСФСР, утвержденное Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 27 февраля 1990г. (базирующееся на одноименном общесоюзном акте). Но с распадом СССР оно перестало действовать - в Законе РФ от 26 июня 1992г. "О статусе судей в Российской Федерации" никакого намека на возможность дисциплинарной (как и административной) ответственности судей не содержалось.

Сама дисциплинарная ответственность судей в России появилась лишь 15 декабря 2001г. в результате дополнения Закона РФ о статусе судей весьма лаконичной по объему и по содержанию статьей 12.1, которая так и именовалась "Дисциплинарная ответственность судей". В настоящее время эта статья, несколько статей ФЗ от 14 марта 2002г. "Об органах судейского сообщества в Российской Федерации" и ФКЗ от 9 ноября 2009г. "О Дисциплинарном судебном присутствии" и составляют законодательную, содержащую множество лагун базу всего механизма дисциплинарной ответственности судей.

Какие в этой базе наличествуют недостатки? Основные - следующие. Имеется значительная неопределенность в понятии "дисциплинарный проступок судьи", а ведь этот проступок - основание привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. Ст. 12.1 Закона о статусе судей определяет его как: "Нарушение норм настоящего Закона, а также положений Кодекса судейской этики, утвержденного Всероссийским съездом судей". Следовательно, нарушение, в частности, весьма оценочных положений в ст. 3 Закона РФ о статусе судей, устанавливающей, что судья обязан неукоснительно соблюдать Конституцию РФ, ФКЗ и ФЗ; судья при исполнении своих полномочий, а также во внеслужебных отношениях должен избегать всего, что могло бы умалить авторитет судебной власти, достоинство судьи или вызвать сомнение в его объективности, справедливости и беспристрастности, и т.д., т.е. практически любое нарушение судьей действующего законодательства (как в служебной, так и во внеслужебной деятельности) будет одновременно являться нарушением указанных положений пунктов 1 и 2 ст. 3 Закона о статусе судей, т.е. являться дисциплинарным

проступком. При этом ссылка на нарушение (неисполнение) положений Кодекса судейской этики (всех или по отдельности либо хотя бы одного из его положений) сама по себе также должно являться дисциплинарным проступком судьи, означающим, что судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности за нарушения, в частности обязанности соблюдать правила этического поведения; требований, предъявляемых к званию судьи, в том числе в любой ситуации сохранять личное достоинство, дорожить своей честью и т.д.; правил поведения судьи при осуществлении профессиональной деятельности и во внеслужебной деятельности и т.д. Между тем Конституционный Суд РФ в Постановлении от 28 февраля 2008г. № 3-П указал, что неисполнение корпоративных норм (речь шла именно о Кодексе судейской этики) само по себе не может служить основанием для досрочного прекращения полномочий судьи, если только при этом им не были совершены действия, которые законом рассматриваются как несовместимые по своему характеру с высоким званием судьи.

Но еще более широкую трактовку понятия "дисциплинарный проступок судьи", влекущий в его отношении дисциплинарное взыскание (в том числе в виде досрочного прекращения его полномочий), дал Верховный Суд РФ в Постановлении Пленума от 31 мая 2007 года N 27 "О практике рассмотрения дел об оспаривании решений квалификационных коллегий судей о привлечении судей судов общей юрисдикции к дисциплинарной ответственности", указав в пункте 2: "По смыслу статьи 12.1 Закона о статусе судей под дисциплинарным проступком, влекущим дисциплинарное взыскание в виде предупреждения или досрочного прекращения полномочий судьи, следует понимать не только нарушение норм названного Закона и положений Кодекса судейской этики, но и нарушение общепринятых норм морали, обязанностей при осуществлении правосудия, правил поведения при исполнении иных служебных обязанностей и во внеслужебной деятельности". Руководствуясь данным указанием Верховного Суда РФ правоприменители, включая прежде всего судей, входящих в состав всех ККС, а также судей Верховного Суда РФ и судей - членов Дисциплинарного судебного присутствия, обязаны (именно обязаны, а не только могут) под дисциплинарным проступком судьи понимать все те, в неисчислимом множестве, нарушения общепринятых норм морали, обязанностей при осуществлении правосудия и правил поведения при исполнении служебных обязанностей и во внеслужебной деятельности, которые находятся за рамками урегулирования Законом о статусе судей и Кодексом судейской этики. Таким образом, существующее нормативно-правовое регулирование в РФ позволяет под понятием "дисциплинарный проступок судьи" понимать чрезвычайно широкий спектр действий (бездействия) и проступков судьи как в ходе осуществления им правосудия (включая принятое по делу судебное решение), так и в служебной сфере, не связанной непосредственно с осуществлением правосудия, а также во внеслужебной деятельности.

А отсутствие единого акта типа Положения о дисциплинарной ответственности судьи привело к серьезным дефектам правового регулирования процедур дисциплинарного производства в отношении судьи. В действующем законодательстве РФ нет не только самого понятия "дисциплинарного производства в отношении судьи", но и нет сроков давности при привлечении к дисциплинарной ответственности, поэтому неясно, кто (какой орган) вправе принимать решение о проверке (и организовать эту проверку) поступивших заявлений и жалоб о совершении судьей дисциплинарного проступка, неясно, кто (какой орган) вправе принять окончательное решение - по итогам проверки - об отсутствии оснований для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности (а заявления и жалобы по таким вопросам, помимо ККС, вправе проверять: совет судей, председатель суда, где работает судья, на которого подана жалоба, или председатель вышестоящего суда, дисциплинарная комиссия совета судей, причем Конституционный Суд РФ в Определении от 7 июня 2011г. № 766-О-О указал, что решение о наличии или отсутствии оснований для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности может принять только соответствующая ККС). Недостатком также является ограниченный круг мер дисциплинарной ответственности судьи, их всего две - предупреждение и досрочное прекращение судейских полномочий, что в немалом числе случаев не позволяет ККС избрать адекватную содеянному судьей мере его дисциплинарного наказания.

Конституционный Суд РФ в Постановлении от 20 июля 2011г. № 19-П обратил внимание на наличие у федерального законодателя права установить более широкий перечень видов дисциплинарных санкций, уточнить составы дисциплинарных проступков, а также основания привлечения судей к дисциплинарной ответственности. В настоящее время Министерство юстиции РФ ведет в этой части соответствующую законопроектную работу. Но в будущем необходим полноценный федеральный законодательный акт "О дисциплинарной ответственности судей в Российской Федерации".

При этом следует учесть, что буквально недавно было принято судьбоносное - для всей судебной власти России - решение об объединении Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ. Для организационно-правового механизма дисциплинарной ответственности судей это, прежде всего, означает необходимость смены парадигмы комплектования двух важнейших в этом механизме звеньев - органа судейского сообщества в лице квалификационных коллегий судей и федерального судебного органа в лице Дисциплинарного судебного присутствия, которые пока комплектуются на строго паритетных началах - из равного числа судей судов общей юрисдикции и судей арбитражных судов.

То есть предстоит переформатирование если не всего, то - в значи-

тельной мере - названного механизма. Этой работе, больше того - совершенствованию такого механизма в общеевропейском масштабе, - серьезно поспособствовали бы:

- разработка единого, цельного общеевропейского стандарта о дисциплинарной ответственности судей (не дело, когда положения этого, в общем узкотематического стандарта, закреплены в десятке общеевропейских документов);
- закрепление в этом стандарте рекомендации разработать государствам-членам отдельный законодательный акт обо всей процедуре дисциплинарного производства в отношении судей;
- высказывание в этом стандарте позиции о возможности государствам - членам считать принятие решения о досрочном прекращении полномочий "провинившегося" судьи не мерой дисциплинарной, а мерой конституционной ответственности судьи (исходя из того очевидного обстоятельства, что как решение о "вхождении" гражданина в судейский корпус (наделение его судейскими полномочиями), так и "изгнание" его из судейского корпуса (досрочное принудительное лишение его судейских полномочий, по сути - импичмент), есть конституционно значимое действие государства;
- определение - в этом стандарте - о соотношении дисциплинарной и этической ответственности судьи, пределов инкорпорирования в организационно-правовой механизм дисциплинарной (юридической) ответственности судьи соответствующих положений кодекса судейской этики и мер этической (не юридической) ответственности судьи.

SUMMARY

Judges' disciplinary responsibility shall be fulfilled by independent bodies, which shall be composed of judges elected by their colleagues, and persons, who are not judges or members of the legislative power, may also be involved. Decisions on bringing to disciplinary responsibility, resigning or dismissing shall be a subject of independent review. There is such a two-layer body in the Russian Federation, composed of Federal representatives and representatives of the RF subjects; it is a qualified board of judges, which is composed of two-thirds minus one of the judges, one-third of representatives of the society that do not relate to the legislative, executive or judicial power, and one representative of the President of the RF.



LA MARGE NATIONALE D'APPRECIATION EN DISCUSSION

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Vice-présidente du Tribunal Constitutionnel d'Andorre¹

La théorie de la marge nationale d'appréciation est aujourd'hui plus que jamais en discussion: les disputatio à son égard sont nombreuses. Elles se manifestent dans des cercles différents, mais tous reliés par un intérêt commun: la place de la protection des droits de l'homme en Europe. Elle est discutée en doctrine depuis longtemps (I); plus récemment, elle l'a été au sein des Etats (II), ce qui n'a pas manqué d'engendrer de fortes discussions pour ne pas dire d'importantes dissensions au sein de la Cour européenne des droits de l'homme (III). Ces trois points permettront d'appréhender successivement toutes les facettes de la problématique.

I. – Les discussions en doctrine

L'origine de la marge nationale d'appréciation est assez obscure. Elle ne paraît pas provenir du droit internationales stricto sensu et elle n'apparaît pas, comme telle, dans la Convention et dans ses travaux préparatoires. Ce qui est intéressant de souligner – à l'instar de Javier García Roca – c'est que personne ne veut en assumer la paternité. Les juristes de droit continental en attribuent l'origine aux juristes de common law et ceux-ci aux juristes de droit continental.... Or, pour les juristes anglo-saxons (notamment britanniques), elle est vraiment inédite, tandis que pour un juriste français, elle peut apparaître familière: certains auteurs la relie en effet au droit administratif hexagonal dans la mesure où le Conseil d'Etat utilise cette notion en la reliant à l'idée de «caractère discrétionnaire» de l'action administrative (qui est toutefois un concept plus précis et théorisé).

Dans le champ conventionnel européen, il s'agit d'une notion qui a été forgée par la Cour de manière poussive, imprécise, casuistique, tout en prenant en compte les spécificités propres au système de garantie. C'est sur le terrain de l'article 15 de la Convention² qu'elle a fait ses premiers pas. C'est en effet

¹ Egalement professeur de Droit public à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

² On sait que l'article 15 de la Convention est un précepte qui permet de déroger aux obligations de la Convention dans des cas de guerre ou de danger public, dans la stricte mesure où l'exige la situation.

dans la décision de la Commission européenne du 26 septembre 1958 – opposant la Grèce au Royaume-Uni au sujet de l'île de Chypre – que celle-ci énonce pour la première fois que le gouvernement conserve par rapport à cette disposition «une certaine marge d'appréciation». Un an plus tard, dans l'affaire *Lawless c/ Irlande*, la Commission – dans sa décision du 19 décembre 1959 – l'évoque à nouveau en affirmant que les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation pour déterminer l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation.

Quant à l'apparition de la marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour, certains estiment qu'elle a été implicitement consacrée dans l'arrêt du 23 juillet 1968 concernant l'affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»³. Dans l'arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp c/ Belgique* du 18 juin 1971, la Cour évoque le «pouvoir d'appréciation» dont disposent les Etats⁴. C'est en fait dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni* du 18 janvier 1978 que la Cour utilise pour la première fois expressément le terme de «marge d'appréciation». Appelée à interpréter l'article 15 de la Convention, la Cour estime qu'

«il incombe d'abord à chaque Etat contractant, responsable de la vie de (sa) nation, de déterminer si un danger public la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper. En contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer. L'article 15 § 1 leur laisse en la matière une large marge d'appréciation». Toutefois, «les Etats ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine. [...] [L]a Cour a compétence pour décider s'ils ont excédé la stricte mesure des exi-

³ Ici, c'était l'article 14 qui était au centre des débats et la Cour s'explique en ces termes: «En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de partie contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention» §10, point I.B.

⁴ Dans cette affaire, la Cour examine la conformité par rapport à l'article 8 de la Convention du contrôle opéré par les autorités sur la correspondance de trois vagabonds qui ont fait l'objet d'une mesure d'internement. Dans ce contexte, la Cour relève à la lumière des renseignements recueillis «que les autorités belges compétentes n'ont pas transgressé en l'espèce les limites du pouvoir d'appréciation que l'article 8 § 2 de la Convention laisse aux Etats contractants: même dans le cas d'individus internés pour vagabondage, elles ont pu avoir des raisons plausibles de croire à la nécessité de restrictions destinées notamment à la défense de l'ordre, à prévenir les infractions pénales, à protéger la santé ou la morale et à préserver les droits et libertés d'autrui» (§ 93).

gences de la crise. La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen» (§207).

Depuis lors, la marge d'appréciation a connu une embellie étonnante en apparaissant dans de nombreux domaines couverts par la Convention. une extension croissante. Partant, si au départ la marge d'appréciation a été utilisée dans des situations d'ingérence particulièrement graves où il a été reconnu les pouvoirs particulièrement étendus aux Etats dans de telles circonstances, inutile de dire que cet élément a singulièrement évolué avec le temps. Dans un tel contexte d'extension croissante, les juristes ont saisi ce phénomène pour l'étudier. Or, tout a été écrit en la matière: la littérature sur cette question est en effet considérable – en français⁵, en anglais⁶ ou encore en espagnol⁷ et met en exergue un fait indéniable: les auteurs en doctrine ne s'accordent pas tous sur une définition qui serait consensuelle.

Quoi qu'il en soit, le minimum commun qui se dégage de la multitude des interprétations consiste à affirmer qu'elle repose sur deux fondements: la philosophie de la subsidiarité d'un côté et la souveraineté étatique de l'autre qui induisent d'accorder une place au pluralisme juridique afin de respecter les spécificités constitutionnelle, culturelle voire procédurales des Etats. Examinons désormais la manière dont ces derniers se sont emparés de cette liberté accordée.

⁵ Les références étant innombrables, on n'en présente ici que quelques unes: J. Callewart, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold et L. Wildhaber (éds.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 2000, p.149; S. Greer, *La marge d'appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme n° 17, 2000, 62p. ; P. Lambert, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp.63-89 (Col. Nemesi, Droit et justice, n°21); M.-L. Mathieu-Izorche, «La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction», *Revue de science criminelle*, 2006, pp. 25-34; F. Tulkens, L. Donnay, «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature», *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n°1.

⁶ E. Brems, «The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, pp. 147-166. J. A. Brauch, «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law», *Columbia Journal of European Law*, 2004, vol. 11, pp. 113-150 ; G. Letsas, «Two Concepts of the Margin of Appreciation», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, pp. 705-732 ; C.L. Rozakis, «Through the Looking Glass: An «Insider»'s view of the Margin of Appreciation», *Mélanges Costa*, Paris, Dalloz, 2010, pp.527-537 ; D.Spielmann, «Allowing the right margin, the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of European review ?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14 (2011-2012), pp. 381-418.

⁷ J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Thomson, 2010, 389 p.

II. – Les discussions au sein des Etats

La marge nationale d'appréciation est discutée au sein des Etats par plusieurs types d'acteurs. Si les acteurs judiciaires sont au premier chef visés par cette théorie et s'ils manifestent souvent par décisions de justice interposés leur accord ou leur désaccord, ce sont surtout les acteurs exécutifs qui, ces derniers temps, ont manifesté une défiance certaine à l'égard de certains arrêts de la Cour en estimant qu'elle avait dépassé la ligne rouge en ne leur accordant pas, dans certains domaines emblématiques de leur «identité», une marge d'appréciation légitime pour ne pas dire naturelle. On prendra, dans le cadre de cette communication, l'exemple britannique qui illustre à merveille l'attitude de ces deux types de pouvoirs constitués.

Il est désormais bien connu que la jurisprudence strasbourgeoise démontre de façon récurrente qu'un constat de conformité constitutionnelle n'équivaut certainement pas, ipso facto, à un constat de conformité conventionnelle, y compris, et c'est tout le paradoxe, quand les deux juges ont pourtant les mêmes référents. L'autonomie interprétative, les contraintes internes inhérentes à chaque système introduisent un aléa inévitable⁸.

De façon logique, cette donne est présente dans tous les Etats parties à la Convention, y compris au Royaume-Uni. Bien que la réforme de la House of Lords – se transformant en Cour suprême – lancée par le Reform constitutional Act de 2005 atténue sensiblement la spécificité du système britannique de la majorité des systèmes continentaux de justice constitutionnelle⁹, il n'en demeure pas moins spécifique à de nombreux égards. La doctrine qui s'est penchée sur l'attitude des juges britanniques depuis l'entrée en vigueur du Human Rights Act (HRA) a mis en évidence une prise en compte plutôt exemplaire de la jurisprudence de Strasbourg par toutes les juridictions du Royaume-Uni – y compris la House of Lords. En effet, elle a en réalité été directement «appliquée»¹⁰ au lieu d'être seulement «prise en compte» conformément au libellé restrictif de la section 2 (1). Le fait est d'autant plus remarquable que cela a permis aux juridictions britanniques de prendre en considération les prolongements économiques et sociaux de nombreux droits et de revisiter des

⁸ C'est ce que relevait, de façon lucide, l'ancien président du Tribunal Constitutionnel espagnol, v. F. RUBIO LLORENTE, «La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes», *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en hommage à Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp.1387-1410, spéc.1399.

⁹ A. Antoine, «La réforme de la Chambre des Lords: chronique d'une révolution au long cours (1999-2007)», *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, 2008-5, pp. 1331-1358; du même auteur, «Les enjeux de la création d'une cour suprême au Royaume-Uni et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Revue internationale de droit comparé*, 2008-2, pp.283-291 ; L.D. Hope of Craighead, «The reform of the House of Lords», *Revue internationale de droit comparé*, 2008-2, pp.257-264.

¹⁰ R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, London-New-York, 2000, 2752 p. ; Lord Lester of Herne Hill, D. Pannick (dir.), *Human Rights Law and Practice*, Lexis Nexis, London, 2ème ed., 2004, 716 p.

domaines jusque-là très protégés comme celui de la liberté d'expression (au détriment de la vie privée)¹¹. Il n'en reste pas moins que certaines spécificités du système britannique constituent toutefois des barrières à une «osmose interprétative» intégrale. Aurélie Duffy en a recensé quatre qui affectent le niveau de protection des droits, qu'ils soient civils et politiques ou économiques et sociaux. Le premier élément tient à l'absence de rétroactivité du HRA tel que posé dans l'affaire *R. v. Lambert*¹²; le second tient au cas particulier de certains bénéficiaires des droits comme les détenus et les étrangers; le troisième concerne les spécificités des garanties en matière pénale et enfin le quatrième, aux exigences relatives à la nécessité de ne pas augmenter les dépenses publiques¹³. Dans l'ensemble, la jurisprudence britannique sera moins protectrice, car elle accordera une certaine «déférence» à l'égard des autorités publiques à l'origine des actes au cœur des contestations judiciaires. Le résultat est que les Cours britanniques – la House of Lords en tête – se ménagent une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation des droits conventionnels, ce qui serait le gage d'une autonomie préservée. Certains auteurs y ont vu la marque d'une spécificité toute britannique; le juge aurait ainsi «personnalisé» le catalogue des droits¹⁴. A notre avis, plus que la manifestation d'une volonté farouche de préserver un «pré-carré» judiciaire, ces discordances dans l'interprétation découlent, comme dans le reste des autres Etats européens, des particularités du système britannique – comme l'attachement voire la déférence (excessive?) à l'endroit des autorités publiques ou encore la non rétroactivité du HRA – qu'il est difficile au juge d'écarter trop vite d'un revers de main.

Il n'empêche que ces «spécificités» peuvent déboucher sur de très vives ten-

¹¹ L'analyse de la jurisprudence démontre toutefois qu'il y a encore des différences sur le fondement de la protection de la vie privée. La décision de la House of Lords du 2 mai 2007 (*Douglas and another v. Hello Ltd and others* [2007], UKHL, 2 WLR 920) s'inscrit manifestement dans cette refonte du paysage judiciaire britannique, même si la juridiction suprême n'entend pas encore comme tel consacrer un «droit à l'image». Ce sont deux stars du grand écran – mari et femme – qui sont à l'origine de l'affaire, le couple Michaël Douglas-Catherine Zeta-Jones pour ne pas le nommer. Dans le cadre de la préparation de leurs noces, ils avaient vendu au magazine OK les droits exclusifs pour filmer les festivités, prévenant l'intégralité des invités qu'aucune photographie ne serait autorisée. Or, c'est dans un magazine concurrent – Hello – que certaines photographies du mariage furent divulguées. La House of Lords considéra dans ce contexte – infirmant la décision de la cour inférieure – que le magazine Hello était lié par une obligation de confidentialité à l'égard de OK. Et de considérer que ce magazine – qui avait déboursé près de 1,5 million d'euros pour un droit exclusif, devait être en mesure de le protéger et de s'adresser à la justice si un tiers le détruisait intentionnellement. Le lecteur prendra la mesure de l'écart qu'il reste encore à parcourir en prenant connaissance des propos de Lord BINGHAM (point 124), même si les particularités des faits de l'espèce peuvent expliquer sa prise de position. Ce n'est pas la vie privée en tant que telle, encore moins le droit à l'image des célébrités qui fut in fine protégé, mais uniquement une information (en l'occurrence le mariage des deux stars) qui devait, conformément à l'exclusivité dont elle était l'objet, bénéficier de la loi du secret (law of confidence).

¹² *R. v. Lambert* [2003] UKHL 4, [2003] WLR 568 (5 juillet 2001).

¹³ A. Duffy, *op.cit.*, p.260 et s.

¹⁴ F. Klug, "The Human Rights Act- A "third way" or "Third Wave" Bill of Rights", EHRLR, 2001, p.370.

sions «politiques» avec la Cour européenne, comme en témoigne la polémique relative au droit de vote des détenus¹⁵, un élément parmi d'autre qui démontre à quel point l'acceptation du système européen de garantie n'est jamais un fait sociologiquement acquis et qu'elle doit faire l'objet d'une adhésion sans cesse renouvelée de tous les acteurs étatiques.

On sait que l'arrêt «déclencheur» de défiance fut l'arrêt *Hirst*, où la Cour estima que la législation britannique – qui prévoit que toute personne purgeant une peine privative de liberté est «systématiquement» déchu de ses droits électoraux – était contraire à la Convention. Son dictum fut on ne peut plus sévère. Elle affirma en effet qu'il s'agissait :

«d'un instrument sans nuance, qui dépouille du droit de vote, garanti par la Convention, un grand nombre d'individus, et ce de manière indifférenciée. Cette disposition inflige une restriction globale à tous les détenus condamnés purgeant leur peine et s'applique automatiquement à eux, quelle que soit la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils ont commise et de leur situation personnelle. Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle et est incompatible avec l'article 3 du protocole n°1» (§82).

Elle confirmait cette position à l'égard d'autres Etats parties, comme l'Autriche (en insistant sur le fait qu'une telle déchéance, si elle était prononcée, devrait l'être par un juge qui devait dûment la motiver¹⁶). Elle récidivait également à l'endroit du Royaume Uni dans l'affaire *Greens et M.T. c/ Royaume-Uni*¹⁷, qu'elle présenta comme un «arrêt pilote», ce qui ne fut pas pour améliorer les relations avec cet Etat au regard, entre autres choses, du contexte procédural de cette dernière affaire. En effet, la tactique classique consistant pour un Etat défendeur à demander, sur la base de l'article 43, le renvoi d'une affaire devant la Grande chambre (pour tenter d'obtenir un changement de solution) ne put in casu prospérer, le collège de cinq juges ayant refusé d'accéder à une telle demande...

Dans un tel contexte, le gouvernement britannique utilisa toutes les «cartouches» dont il disposait pour combattre ce qu'il considérait être des «ingérences» inadmissibles dans les spécificités du droit britannique. Il utilisa sa position

¹⁵ CEDH, Gde Ch., 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni* (n°2), req. n°74025/01.

¹⁶ CEDH, 8 avril 2010, *Frodl c/ Autriche*, §§34-35.

¹⁷ CEDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c/ Royaume-Uni*, req. n°60041/08 et 60054/08.

d'hôte de la Conférence annuelle accueillant le Comité des ministres pour tenter un coup de force. A Brighton, la puissance «invitante» déploya en effet une diplomatie agressive menée par David Cameron en personne. Le 25 janvier 2012, au sein même du Palais des droits de l'homme à Strasbourg, il prononçait un discours qui avait pour but de réfréner le pouvoir prétorien de la Cour en affirmant qu'elle devait se concentrer sur les graves affaires de violation des droits de l'homme et «ne pas mettre à mal sa propre réputation en contrôlant des décisions nationales qui ne nécessitent pas de l'être¹⁸». Si l'attaque est à fleurets mouchetés, tout le monde aura compris que ce que le chef du gouvernement britannique fustige est notamment la jurisprudence ayant mis à l'encan la déchéance automatique et absolue du droit de vote des détenus. L'Exécutif britannique ne fut pas le seul à monter au créneau, la Chambre des Communes lui emboîta le pas quelques semaines plus tard. Le 10 février 2012, elle adoptait une motion par 234 voix contre 22 qui affirmait la primauté du pouvoir législatif britannique en matière de droit de vote des détenus... Dans ce concert de critiques et de rébellions politiques ouvertes, une poignée d'irréductibles fit de la résistance. En effet, trois universitaires signèrent – pour le compte de la Commission britannique pour l'égalité et les droits de l'homme – un rapport particulièrement circonstancié, démontant une à une les critiques politiques et académiques sur les effets de la jurisprudence européenne à l'égard du système juridique britannique¹⁹.

Les passions politiques – non exemptes d'arrière pensées politiciennes – finiront-elles pas s'adoucir? Un arrêt de Grande chambre a eu pour objectif évident de participer à l'apaisement. En effet, la Cour opéra une marche arrière étonnante dans une affaire italienne dont le requérant restera décidément dans les annales strasbourgeoises. Alors que la problématique revenait à se demander si la privation du droit de vote de M. Scoppola présentait «les caractères de généralité et d'automatisme énumérés par la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire Hirst» (§47), la chambre de 7 juges, sur ces deux points, n'eut aucune difficulté à démontrer leur existence qui emporta, à l'unanimité, la condamnation de l'Italie²⁰. C'était sans compter le désaveu de la Grande chambre prononcé à 16 voix contre 1, le 22 mai 2012²¹ qui absolvait l'Italie d'un arrêt de condamnation, comme si elle voulait lancer un appel d'apaisement aux Etats et plus particulièrement au Royaume-Uni sur cette thématique du droit de vote des détenus. Ce n'est pas la première fois que la Cour use de l'arme prétorien pour

¹⁸ «The Court should be free to deal with the most serious violations of human rights; [...] it should not undermine its own reputation by going over national decisions where it does not need to». Discours disponible à l'adresse suivante: <http://www.number10.gov.uk/news/european-court-of-human-rights/>

¹⁹ Alice Donald, Jane Gordon et Philippe Leach, *The UK and the European Court of Human Rights, Equality and Human Rights Commission, Research report n°83*, 2012, 219 p.

²⁰ CEDH, 18 janvier 2011, *Scoppola c/ Italie* n°3, AJDA, chron., 2011, L. Burgorgue-Larsen.

²¹ CEDH, Gde Ch., 22 mai 2012, *Scoppola c/ Italie* n°3.

régler des questions de type «politique»²². Ce n'est pas la première fois non plus que face à des réactions violentes et passionnées – à la limite de l'irrationalité – elle fait «marche à arrière» – l'arrêt Lautsi témoignait déjà d'une telle démarche²³.

Ces allers-retours jurisprudentiels, que certaines pourraient considérer comme des marques patentes d'incohérences, sont en réalité au centre de débats très importants au sein même de la Cour sur la question de l'ampleur de la marge nationale d'appréciation et des modalités de sa détermination.

III. – Les discussions au sein de la Cour européenne.

La jurisprudence actuelle de la Cour met en avant comme jamais le défi majeur auquel sont confrontés les juges: trouver le juste équilibre entre un judicial self retrained réfléchi (en laissant libre cours à la théorie de la marge nationale d'appréciation) et un judicial activism maîtrisé – où l'optique cosmopolitique est à son comble dans les techniques d'interprétation des droits. Equilibre précaire qui fait l'objet de (re)positionnements constants²⁴. Quoi qu'il en soit, il est évident que les juges nationaux y sont sensibles (et, au-delà, les autorités politiques) et que cela participe de la confiance qu'ils ont dans l'organe régional de garantie des droits. A cet égard, c'est la Grande chambre de la Cour européenne qui donne le «la», qui décide et balance entre le statu quo et l'évolution de la jurisprudence.

Dans plusieurs affaires relativement récentes rendues en Grande Chambre, les divisions internes sur le maniement de la théorie de la marge d'appréciation sont apparues au grand jour. Plusieurs opinions dissidentes très explicites, parfois alarmistes, ont été signés par plusieurs juges qui pointent du doigt les dangers d'une utilisation irrationnelle de la théorie de la marge nationale d'appréciation dont on sait qu'elle se couple généralement avec le curseur de l'existence ou non du fameux «consensus européen». Ainsi, quand la Grande chambre a entériné des statu quo dans les affaires de pensions de retraite des détenus²⁵, de procréation médicalement assistée²⁶ ou encore de discrimination à l'endroit des couples non mariés et non pacsés²⁷, ou quand elle est revenue sur une jurisprudence bien établie en matière de publicité des opinions de type «poli-

²² L. Burgorgue-Larsen, «De l'art de changer de cap. Libres propos sur les «nouveaux» revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», Mélanges Cohen-Jonathan, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp.329-344.

²³ CEDH, Gde Ch., 18 mars 2011, Lautsi c/ Italie.

²⁴ L'ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa, dans une conférence délivrée à l'École de droit de Leiden a appelé «le mouvement pendulaire» («pendulum movement»), v. «Currents challenges for the European Court of Human Rights», Leiden Law School, 10 décembre 2011, A Raymond and Beverly Sackler Distinguished Lecture in Human Rights).

²⁵ CEDH, Gde Ch., 7 juillet 2011, Stummer c/ Autriche.

²⁶ CEDH, Gde Ch., 3 novembre 2011, S.H. et autres c/ Autriche.

²⁷ CEDH, Gde Ch., 3 avril 2012, Van Der Heijden c/ Pays Bas.

tique»²⁸, certains entrèrent en dissidence. Le même constat prévaut quand il s'agit de critiquer une évolution jugée trop rapide, trop évolutive, bref trop excessive. Il en est allé ainsi dans une affaire en dénonçant la reconnaissance des mêmes droits aux couples hétérosexuels et homosexuels en matière d'adoption²⁹. Alors que dans les affaires précédentes, la critique dénonçait la frilosité de la Cour ; dans cette dernière affaire, c'est son audace qui est fustigée en critiquant son utilisation particulière du «consensus européen» en la matière.

En creux, ce sont d'importantes lignes de fractures qui existent au sein de la Cour européenne. Ces opinions dissidentes, celles qui critiquent la frilosité de la Cour comme celles qui à l'inverse critiquent son audace, révèlent une question très importante qui concerne le jeu du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation. La critique porte sur l'utilisation «relative» – on pourrait dire en paraphrasant Mireille Delmas-Marty, une utilisation «floue» du consensus européen – pour déterminer la portée de la marge d'appréciation (ample ou à l'inverse réduite). La relativité est tantôt d'ordre temporel et répond à la question «à quel moment doit-on se placer pour apprécier l'existence d'un consensus européen»? Au moment où la requête est présentée devant la Cour ou au moment où celle-ci l'examine quelques années plus tard? Elle est d'ordre conceptuel et répond à la question «à partir de quand peut-on affirmer que l'évolution en cours vaut consensus»? Comment est déterminé le consensus: quel est l'échantillon d'Etats qui permet d'affirmer l'existence d'un consensus. Ici, se trouve en cause l'utilisation du droit comparé par les services de la Cour. Enfin, elle est d'ordre structurel et répond à la question de savoir «comment se conjugue le consensus européen avec la marge nationale d'appréciation»? Les deux notions vont-elles de pair où faut-il les disjoindre?

On sait que ces diverses discussions doctrinales, politiques, judiciaires ont amené récemment les Etats parties à vouloir revaloriser l'esprit de la garantie internationale des droits. La subsidiarité concept était au coeur des conférences d'Interlaken, d'Izmir et de Brighton, il est désormais inscrit au sein du Préambule du protocole n°15³⁰, couplé avec son concept frère, celui de la marge nationale d'appréciation³¹. Les sceptiques diront que les Britanniques ont fini par vaincre, les optimistes affirmeront qu'il n'y a là, somme toute, qu'une «codification», non seulement de la philosophie inhérente à un système régional de

²⁸ CEDH, Gde Ch., 22 avril 2013, Animal Defenders International c/ Royaume-Uni.

²⁹ CEDH, Gde Ch., 19 février 2013, X c. Autriche.

³⁰ Au 1er septembre 2013, il avait été signé par 21 Etats (dont la France) et ratifié par un seul, l'Irlande.

³¹ Adopté le 16 mai 2013, il était ouvert à la signature le 24 juin 2013. Il intègre à la fin du Préambule la phrase suivante: «« [...] il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention». (C'est nous qui soulignons).

garantie des droits de l'homme (pour la subsidiarité)³², mais aussi de l'acquis jurisprudentiel de la Cour (pour la marge d'appréciation)³³. Ce qui est sûr, c'est qu'une nouvelle ère s'annonce: celle d'une reconfiguration des relations avec les juges internes. En plus de la préparation du Protocole n°16, qui organise un lien institutionnel entre les Cours suprêmes et la Cour au moyen de la procédure consultative, le décryptage du maëlstrom contentieux démontre que la Cour a déjà basculé dans ce nouveau «temps» qui marque son histoire.

De nouvelles relations entre les pouvoirs constitués nationaux et la Cour se dessinent donc. Cependant, plusieurs écueils doivent être évités afin que cette nouvelle ère démarre sur de bonnes bases.

Le premier est qu'il faut coûte que coûte éviter une perte de légitimité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et donc par ricochet de la Cour elle-même si, de façon urgente, elle ne s'accorde pas sur l'établissement d'une ligne plus claire sur le rôle du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation.

Le second qu'il convient également de neutraliser est celui d'une instrumentalisation de cette marge de manoeuvre par les acteurs nationaux (les gouvernements qui sont par nature les plus enclins à le faire) mais également les juges nationaux qui, en fonction des circonstances, de la composition de leur formation, de la réaction à un arrêt de condamnation etc... peuvent évoluer et prendre leur distance avec le standard européen. Ils devront jouer le jeu d'un dialogue de bonne foi afin de ne pas abuser de la marge d'appréciation. Pour que le «partage des responsabilités» soit équitable, il convient que les juges nationaux soient conscients de leur rôle stratégique, conscient de leur rôle de «juge conventionnel de droit commun» en maintenant un dialogue constant et constructif avec la Cour européenne qui sera d'autant plus encline à le maintenir qu'elle discernera une bonne foi juridictionnelle de la part de ses «partenaires» nationaux. Dans ce contexte, le rôle de l'ensemble des Cours Constitutionnelles des Etats parties du Conseil de l'Europe, se retrouve dans une situation de «double allégeance» à la Constitution d'un côté et à la Convention européenne de l'autre. Il est certain que le texte de référence des juges constitutionnels est la Constitution, rien que la Constitution: c'est elle qu'ils appliquent. Ceci affirmé, les juges constitutionnels l'appliquent en ayant égard au paramètre interprétatif que représente la Convention, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. L'exemple andorran, que je suis heureuse de présenter ici, est significatif de la nécessité vitale de mener à bien ce exercice de conciliation des exigences constitutionnelle et conventionnelle.

³² P. G. Carozza «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, pp. 38-79.

³³ V. Bruck, *La marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire de Master II Recherche «Droit européen», Université Paris I, 2013.

Quand bien même le contentieux andorran devant la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas fourni³⁴ – et c'est bon signe – il n'en a pas moins mis en évidence que les différents cas de figure évoqués ont déjà eu l'occasion de se manifester. Si la plupart des requêtes présentées contre l'Andorre se sont soldées jusqu'à présent par des décisions d'irrecevabilité³⁵, on ne compte au final que quatre arrêts importants³⁶ – qui démontrent à eux seuls qu'ils ont été des aiguillons décisifs pour renforcer l'Etat de droit en Andorre. Qu'on en juge.

La procédure constitutionnelle imaginée par le Constituant organique de 1993 afin d'accéder à la justice constitutionnelle fut mise en cause dans l'affaire Milan i Torres³⁷: le règlement amiable du 6 juillet 1999 occasionna rapidement une modification de la Loi Qualifiée du Tribunal Constitutionnel afin d'être en conformité avec le standard conventionnel tiré de l'article 6§1 de la Convention.

L'interprétation délivrée par le Tribunal Supérieur de Justice des règles successorales à l'égard d'enfants adoptés – pourtant validée par le Tribunal constitutionnel – fut mise à l'index dans l'affaire Pla et Puncernau sur la base des exigences tirées de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention³⁸: si, comme le souligne Josep Casadevall, cet arrêt de 2004 «a fait l'objet de réactions critiques de la part de certains auteurs civilistes de la voisine Catalogne», il «a été bien accueilli dans la Principauté. [.../...] cette jurisprudence [étant] désormais acquise et souvent citée»³⁹.

La pratique des interférences législatives pour bloquer les effets d'une décision de justice interne en faveur des requérants a été clairement désavouée sur la base de l'article 6§1 de la Convention dans l'affaire Vidal Escoll et Guillán González⁴⁰: on n'ose imaginer que le Conseil General procède à nouveau de la

³⁴ Josep Casadevall – dans son article écrit en hommage à l'ancien Président français de la Cour européenne – mettait en exergue cet élément en rappelant que: «Depuis son adhésion au système européen de protection des droits de l'homme, toutes proportions gardées avec la population des autres petits Etats membres, l'Andorre s'est caractérisée par le faible nombre de requêtes présentées à son encontre.», «L'Andorre et la Convention», La Conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Costa, Paris, Dalloz, 2011, p.110.

³⁵ Selon les statistiques disponibles sur le site internet de la Cour européenne publiées au mois de janvier 2013. Ainsi, en 2010, 8 requêtes étaient présentées contre l'Andorre, 3 étaient «terminées» et 3 étaient déclarées «irrecevables (1'une par un juge unique, 2 par un Comité); en 2011, 8 requêtes étaient présentées contre l'Andorre, 4 étaient terminées (3 étaient déclarées irrecevables par un juge unique, 1 l'était par une chambre); en 2012, 6 requêtes étaient attribuées à une formation judiciaire; 17 requêtes étaient terminées: parmi elles, 15 étaient déclarées irrecevables (13 par un juge unique, 1 par un comité et 1 par une chambre) et deux étaient tranchées par des arrêts: un arrêt de non violation (Cour EDH, 11 décembre 2012, Ball c. Andorre) et un autre de violation (Cour EDH, 29 mai 2012, UTE Saur Vallnet c. Andorre).

³⁶ Si on met à part l'arrêt historique et singulier Drozd et Janouzek dirigé, à l'époque, contre la France et l'Espagne.

³⁷ Cour EDH, RA, 6 juillet 1999, Milan i Torres c. Andorre.

³⁸ Cour EDH, 13 juillet 2004, Pla et Puncernau c. Andorre.

³⁹ J. Casadevall, «L'Andorre et la Convention», La Conscience des droits., op.cit., Paris, Dalloz, 2011, p.111.

⁴⁰ Cour EDH, 9 juillet 2008, Vidal Escoll et Guillán González c. Andorre.

sorte afin de régulariser a posteriori une situation qui ne lui convient pas afin de court-circuiter la bonne exécution d'une décision de justice⁴¹.

Last but not least, l'arrêt UTE Saur Vallnet⁴² condamne l'Andorre pour ne pas avoir pris suffisamment au sérieux la règle de l'impartialité des tribunaux: on peut ici affirmer sans ambages que les juridictions andorranes en général et le Tribunal constitutionnel en particulier sont, après cette retentissante condamnation, plus que jamais sensibles aux règles de déport et de révocation des juges en cas de conflits d'intérêts.

Ces arrêts de condamnation sont certes peu nombreux, mais ils mettent à eux seuls en exergue l'importance du standard européen et la dualité des allégeances qui incarne de nos jours l'office des juges en Europe et en Andorre. Ils rappellent aux juges ordinaires comme à notre Tribunal que nous devons rendre la justice dans le cadre de notre Constitution qui, délibérément, a décidé de s'inscrire dans le mouvement international de la garantie des droits. Il est important que chaque acteur judiciaire prenne la mesure de la portée de sa tâche: en étant un loyal juge conventionnel de droit commun (pour le juge ordinaire) et un juge constitutionnel attentif au paramètre interprétatif qu'est la Convention (pour le Tribunal Constitutionnel), on ne fait au bout du compte que respecter et garantir en Andorre la Constitution de 1993 qui est particulièrement ouverte à l'égard du droit international des droits de l'homme.

La jurisprudence de notre Tribunal rappelle régulièrement ces deux éléments cardinaux: application de la seule Constitution, en prenant en considération l'interprétation européenne. Il faut en effet arriver à conjuguer la complexité et le pluralisme. Car les Cours constitutionnelles européennes savent – notamment depuis le retentissant arrêt Ruiz Mateos de 1993 – que les procédures⁴³ consti-

⁴¹ Dont on sait qu'il s'agit un élément inhérent au droit au juge depuis la jurisprudence *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997.

⁴² Cour EDH, 29 mai 2012, *UTE Saur Vallnet c. Andorre*.

⁴³ Alors que les organes de contrôle de Strasbourg avaient commencé par mettre en avant la spécificité des juridictions constitutionnelles et du contentieux y afférent pour les faire bénéficier d'une «immunité conventionnelle» (Cour EDH, 6 mai 1981, *Buccholz c. Allemagne*, Série A, vol. 42 et Cour EDH, 22 octobre 1984, *Srameck c. Allemagne*, Série A, vol. 84), ils ont fini par intégrer le contentieux constitutionnel dans le champ conventionnel. Sous l'angle du respect du seul délai raisonnable tout d'abord. Les arrêts *Deumeland et Bock* sont à cet égard significatifs, puisque la Cour retient pour la première fois la durée de la procédure devant le Tribunal de Karlsruhe au titre du calcul global de la durée du litige (Cour EDH, 29 mai 1986, *Deumeland*, Série A n°100 et CEDH, 29 mars 1989, *Bock*, Série A n°150). Le juge fut logiquement amené ensuite à examiner la durée du seul «procès constitutionnel». A trois reprises, il évalua le dépassement du délai raisonnable par le Tribunal constitutionnel allemand en recherchant «si le résultat de ladite instance peut influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires». La Cour déclara dans l'affaire *Süßmann c. Allemagne* du 16 septembre 1996, la non-violation de l'article 6§1 (par 14 voix contre 6), alors qu'elle évaluait le délai dans le cadre du recours constitutionnel individuel (*Verfassungsbeschwerde*) de l'article 93§1, alinéa 4.a de la Loi Fondamentale de Bonn. Elle prononçait en revanche, à l'unanimité, la violation de cette disposition dans les arrêts *Pammel c. Allemagne* et *Probstmeier c. Allemagne* du 1^o juillet 1997, alors que le requérant avait activé, non plus le recours constitutionnel individuel mais la question de constitutionnalité de dispositions législatives sur la base de l'article 100§1 de la Loi Fondamentale. Entre temps, la Cour de Strasbourg, s'affranchissant de sa prudence antérieure, finissait de banaliser la justice constitutionnelle – plus particulièrement le «procès» constitutionnel – en la soumettant aux exigences inhérentes du procès équitable dans le retentissant arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993 (Série A, n°262).

tutionnelles comme les décisions de justice constitutionnelle, sont passées au crible du contrôle conventionnel européen.

Les enjeux à venir sont nombreux. Légitimité (du système européen de garantie) et confiance mutuelle (entre la Cour européenne et les juridictions comme les pouvoirs exécutifs nationaux) en sont les noeuds gordiens. Gageons que chacun des «acteurs» du système de la garantie européenne des droits soit conscient de la nécessité de son maintien et de son développement.

RÉSUMÉ

L'article se propose de mettre en perspective les problèmes actuels concernant la théorie de la marge nationale d'appréciation. Elle est aujourd'hui plus que jamais en discussion: les disputatio à son égard sont nombreuses. Elles se manifestent dans des cercles différents, mais tous reliés par un intérêt commun: la place de la protection des droits de l'homme en Europe. Elle est discutée en doctrine depuis longtemps ; plus récemment, elle l'a été au sein des Etats , ce qui n'a pas manqué d'engendrer de fortes discussions pour ne pas dire d'importantes dissensions au sein de la Cour européenne des droits de l'homme. Après l'analyse de ces différentes facettes de la problématique, cet article fait le point sur la manière dont le Tribunal constitutionnel andorran a pris en compte le standard conventionnel européen et termine par rappeler les écueils à éviter afin que le système européen ne se désintègre point.



СОДЕРЖАНИЕ

ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА НА XVIII ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

Серж Саргсян Президент Республики Армения	5
Дин Шпильманн Председатель Европейского суда по правам человека	8
Джанни Букиккио Председатель Венецианской комиссии Совета Европы	15

ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА НА XVIII ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

Овик Абраамян Председатель Национального Собрания Республики Армения	20
Эдвард Налбандян Министр иностранных дел Республики Армения	23

ДОКЛАДЫ НА XVIII ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

Гагик Арутюнян Место и роль верховенства права в социальном поведении человека и гражданина	29
Петр Пачолай Конституционная реформа в Венгрии: европейские обязательства и национальный суверенитет	36
Альвина Гюлумян Позитивные обязательства Договаривающихся Сторон в рамках Европейской конвенции по правам человека	41
Мато Арлович Деятельность Конституционного Суда и европейские правовые стандарты	53

Мария Хосе Ранжел Мескуита Обеспечение верховенства права и границы усмотрения законодателя: примеры применения в правовой системе Португалии	78
Виктор Попа Принципы правового государства в постановлении Конституционного Суда Республики Молдова № 4 от 22 апреля 2013 года	91
Борис Вельчев Конституция Болгарии и стандарты законности выборов, установленные принятым Венецианской комиссией Кодексом добросовестной практики деятельности по избирательным вопросам	100
Олег Сергейчук Принцип верховенства права как критерий определения границ усмотрения законодателя: проявление в Украине	104
Ильяс Бахтыбаев Имплементация норм международного права в национальное законодательство Казахстана	112
Андраш Шайо Суды как представители, или представительство без представителей	118
Петр Миклашевич Верховенство права и пределы усмотрения законодательной власти	145
Войцех Гермелински Принцип независимости судей в судебной практике Конституционного Трибунала Польши	151
Михаил Клеандров Европейские стандарты в сфере дисциплинарной ответственности судей и законодательство Российской Федерации	159
Лауренс Бургорг-Ларсен Свобода усмотрения как предмет обсуждений на национальном уровне	167

CONTENTS

GREETING SPEECHES AT THE XVIII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Serzh Sargsyan RA President	5
Dean Spielmann President of the European Court of Human Rights	8
Gianni Buquicchio President of the Venice Commission of the Council of Europe	15

OPENING SPEECHES AT THE XVIII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Hovik Abrahamyan President of the RA National Assembly	20
Edward Nalbandian RA Minister of Foreign Affairs	23

PRESENTATIONS OF THE XVIII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Gagik Harutyunyan Place and role of the Rule of Law in Human and Citizen's Behavior	29
Peter Paczolay Constitutional Reform in Hungary: European Commitment and National Sovereignty	36
Alvina Gyulumyan Positive Obligations of Contracting Parties Under the European Convention on Human Rights	41

Mato Arlović	
Constitutional Judicial Activism and European Legal Standards	53
Maria José Rangel de Mesquita	
Enforcement of the Rule of Law and the legislator's discretion: Examples within the Portuguese legal system	78
Victor Popa	
Principles of the Rule of Law State stipulated by the Decision № 4 of the Constitutional Court of the Republic of Moldova dated April 22, 2013	91
Boris Velchev	
The Bulgarian Constitution and the Standards of Lawfulness of the Elections Outlined in the Venice Commission Code of Good Practice in Electoral Matters	100
Oleh Serheichuk	
Principle of the Rule of Law as Criteria for Determination of the Limits of Discretion of the Legislator: Manifestation in Ukraine	104
Ilyas Bahtybaev	
Implementation of the Norms of International Law in the National Legislation of Kazakhstan	112
Andras Sajó	
Courts as Representatives, or Representation without Representatives	118
Petr Miklashevich	
The Rule of Law and Limits of Discretion of the Legislative Power	145
Wojciech Hermeliński	
The Principle of the Independence of Judges in the Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal	151
Mikhail Kleandrov	
European Standards in the Field of Disciplinary Liability of Judges and the Legislation of the Russian Federation	159
Laurence Burgorgue-Larsen	
Margin of Discretion in National Discussion	167

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. НАКОВУАН (Head of the group)

И. ДАНИЕЛЯН I. DANIELYAN
Н. АЛЕКСАНИЯН N. ALEXANYAN
Н. ХАЧИКЯН N. KHACHIKYAN
Г. ОГАНЕСЯН G. NOVHANESSYAN
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>