

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
ЕРЕВАН

EREVAN
EREVAN

ISSN 1829-0124

Almanac
Constitutional justice
in the new millennium

Justice constitutionnelle
au nouveau millénaire

2016

Verfassungsjustiz
im neuen Jahrtausend

Альманах
Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2016

**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

**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» - 2016

© «НЖАР» - 2016

© «NJHAR» - 2016



ЕРЕВАНСКАЯ МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

**Роль и значение “Контрольного списка верховенства права”,
принятого на 106-ом пленарном заседании Венецианской комиссии,
в осуществлении системного конституционного мониторинга**

**Роль конституционного суда
в преодолении пробела в законе и правовой неопределенности**

YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

**The Role and Significance of “Rule of Law-Checklist”
adopted at the 106th Plenary Session of the Venice Commission
in the Process of Conducting Constitutional Monitoring**

**The Role of Constitutional Court
in Overcoming Legal Gaps and Legal Uncertainty**

20-23 OCTOBER
ОКТАБРЯ 2016



**german
cooperation**

DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

Ереванская международная
конференция организована при содействии
Германского общества
по международному сотрудничеству

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО OPENING SPEECH

ГАГИК АРУТЮНЯН

Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Уважаемые участники Международной конференции!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

Приветствую всех участников Конференции и желаю всем нашим гостям приятных дней в Армении и плодотворной работы. Идея созыва этой Конференции возникла в конце января 2016 года в Страсбурге в результате встреч с Генеральным секретарем Совета Европы господином Ягландом, Председателем Европейского суда по правам человека господином Раймонди и Председателем Венецианской комиссии господином Букиккио.

Во время этих встреч было выражено особое беспокойство в связи с конституционными кризисами в различных странах, очевидным регрессом в сфере верховенства права и конституционной демократии, конституционным дефицитом в ряде государств Восточной Европы и стран бывшего СССР.

На прошлой неделе на 108-ом пленарном заседании Венецианской комиссии также прозвучала тревога в связи с этими явлениями. Что делать? Как гарантировать бесповоротность конституционных развитий, последовательный прогресс в сфере обеспечения верховенства права? Как преодолеть современные вызовы, брошенные конституционализму и конституционной культуре. Это вопросы, ответы на которые мы ожидаем услышать в ходе обсуждений на настоящей Конференции. Позже Вам будет предоставлена возможность увидеть видеопослание от Генерального секретаря Совета Европы и Председателя Европейского суда по правам человека.

С благодарностью отмечу, что с нами находится Генеральный директор Генерального директората по правам человека и верховенству права Совета Европы господин Буайя, любезно согласившийся также выступить с объемным докладом.

Беспрецедентное участие на нашей Конференции обеспечил Европейский суд по правам человека - десять представителей, большая часть которых выступит с докладами. Я благодарен им за принятие приглашения и за их представительское участие.

Как и в прошлые годы, настоящая Конференция организована при активном участии Венецианской комиссии Совета Европы. Я очень рад, что сегодня с нами один из основателей Комиссии, профессор Университета Осло господин Хельгесен, который является также Председателем Научного совета Венецианской комиссии Совета Европы. Замечу кстати, что под председательством господина Хельгесена Научным советом Комиссии была рассмотрена выдвинутая мною концепция проведения настоящей Конференции, и его положительный ответ был представлен на 107-ом пленарном заседании Венецианской комиссии.

Я не раз по разным поводам отмечал, что один из членов Венецианской комиссии господин Головатый на протяжении почти двух прошедших десятилетий последовательно прилагал все усилия в вопросе восприятия и реализации принципа верховенства права. Очень рад, что он участвует в нашей Конференции и выступит с докладом.

Секретариат Венецианской комиссии представляет Шарлотт де Брутель, которая является одной из наших давних коллег и друзей Армении.

Беспрецедентным является также участие в Конференции делегаций органов конституционного правосудия почти тридцати стран. Я приветствую наших коллег, прибывших в Армению из Албании, Боснии и Герцеговины, Беларуси, Эстонии, Турции, Италии, Латвии, Польши, Хорватии, Кипра, Венгрии, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, Чехии, Португалии, России, Словакии, Словении, Сербии, Грузии, Таджикистана, Украины и Финляндии.

В последние годы самое активное содействие в проведении организуемых Конституционным Судом Республики Армения международных конференций оказывает Ереванский офис Германского общества по международному сотрудничеству GIZ, за что выражаем нашу глубокую признательность.

Уважаемые коллеги!

Многие из Вас, помимо участия в этих двухдневных обсуждениях, вскоре станут соучредителями Международного аналитического центра "Конституционная культура".

Уверен, что наши совместные усилия внесут весомый вклад в преодоление вызовов, брошенных гарантированию верховенства права и утверждению конституционной демократии в современном мире.

Желаю всем нам плодотворной работы.

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

Honorable participants of the International Conference,

Dear guests,

Ladies and Gentlemen,

I would like to greet the participants of the Conference. I welcome you in Armenia and wish our guests a nice stay and fruitful activities.

The idea of organizing this Conference appeared in Strasbourg at the end of January 2016 as a result of meetings with Mr. Jagland, Secretary General of the Council of Europe, Mr. Raimondi, President of European Court of Human Rights and Mr. Buquicchio, President of the Venice Commission.

During these meetings a concern was expressed regarding the constitutional crisis in different countries and obvious retrogress in the fields of rule of law and constitutional democracy in a number of countries of the Eastern Europe and former USSR in regard to the deficit of constitutionality.

Last week at the 108th Plenary Session of Venice Commission a concern was expressed regarding these phenomena. What to do? How to guarantee the irreversibility of the constitutional developments in the domain of safeguarding the coherent progress of the rule of law? How should the current challenges of the constitutionality and constitutional culture be overcome? These are questions the answer to which anticipated during the discussions of the topics of the conference. Later you will have the chance to watch the video addresses of the Secretary General of the Council of Europe and President of the European Court of Human Rights.

I would like to emphasize with gratitude that Mr. Boillat, Director General of Human Rights and Rule of Law at the Directorate General has agreed to make an extensive presentation.

Ten members of the European Court of Human Rights are attending our Conference and some of them will make presentations. I am grateful for accepting our invitation and for this representative participation.

As during the last years, this Conference is also organized and conducted with active assistance of the Venice Commission of the Council of Europe. I am very glad that Mr. Helgesen, Chair of the Scientific Council of the Venice Commission of the Council of Europe, professor of the University of Oslo is participating at the conference. Meanwhile, the Scientific Council chaired by Mr. Helgesen discussed my concept on organizing this Conference and expressed his positive attitude at 107th Plenary Session.

I have frequently mentioned at different events that Mr. Holovaty, member of the Venice Commission, during the last two decades consistently has done his best for the perception and application of the principle of rule of

law. I am glad that he participates in our Conference and will make a presentation.

The Secretariat of the Venice Commission is represented by Ms. Charlotte de Broutelles, who is a longtime friend and partner of Armenia.

Delegations of the bodies of constitutional justice from over thirty countries participate at the Conference. I would like to greet our partners from Albania, Bosnia and Herzegovina, Belarus, Estonia, Turkey, Italy, Latvia, Poland, Croatia, Cyprus, Hungary, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Czech Republic, Portugal, Russian Federation, Slovakia, Slovenia, Serbia, Georgia, Tajikistan, Ukraine and Finland.

During the past years, Yerevan Office of the German Corporation for International Cooperation (GIZ) has been assisting most actively the International Conferences conducted by the Constitutional Court of the Republic of Armenia, and we express our gratitude.

Dear colleagues, many of you not only will participate in our discussions, but tomorrow will become the co-founders of the International Analytical Center "Constitutional Culture" likewise.

I am convinced that our mutual efforts would greatly contribute to ensuring the rule of law in the contemporary world for overcoming the challenges of establishment of constitutional democracy.

I wish all of us a fruitful Conference.



ВИДЕОПОСЛАНИЕ VIDEO-ADDRESS

THORBJORN JAGLAND

Secretary General of the Council of Europe

Dear guests,

I am sorry that I cannot be with you in person today. Although I am pleased that our Director General Philippe Boillat is representing the Council of Europe.

I would like to commend the Constitutional Court of the Republic of Armenia and its President, Mr. Harutyunyan for having organized this Conference. It is 15 years since Armenia joined our organization. In that time it has fulfilled many of its obligations. And today there is a strong appetite in the country for the further reform in order to strengthen democracy, human rights and the rule of law.

Earlier this year the Council of Europe launched with the Government in Yerevan a dedicated action plan to support Armenia on that path. One of its main priorities is justice reform, in particular, constitutional justice. So I am especially pleased that our Venice Commission globally recognized for its expertise in this field has coordinated to this event and that you will be looking, among other things, at the Commission's recent Rule of Law Checklist. It sets an extremely important guide for all member states.

I understand that your Conference will also analyze the role the constitutional courts can play for overcoming constitutional legal gaps and legal uncertainty and other very important issues. And I hope that in your discussions you are able to draw a clear line between legal theory and concrete implementation not least because this may be looked on and used by fellow member states.

We will certainly be taking note in Strasbourg and I would like to wish all the best for the next two days. I will look forward to hear the outcome.

ТУРБЬЕРН ЯГЛАНД

Генеральный секретарь Совета Европы

Уважаемые гости!

Сожалею, что не могу сегодня быть рядом с вами. Несмотря на это, я рад, что наш Генеральный директор Филипп Буайя представляет Совет Европы.

Я хотел бы поблагодарить Конституционный Суд Республики Армения и его Председателя г-на Арутюняна за организацию этой конференции. Прошло 15 лет с тех пор, как Армения стала членом нашей организации. За эти годы она выполнила многие из своих обязательств. И сегодня в стране есть большое желание дальнейших реформ в целях укрепления демократии, прав человека и верховенства права.

В этом году Совет Европы совместно с правительством Армении начал реализацию специального плана действий по оказанию помощи Армении на этом пути. Одним из главных приоритетов является реформа системы правосудия, в частности конституционного правосудия. Поэтому я особенно рад, что Венецианская комиссия, всемирно признанная за свой опыт в этой области, координирует этот процесс, и что вы, помимо всего прочего, будете учитывать недавно принятый Комиссией Контрольный список верховенства права. Он является чрезвычайно важным ориентиром для всех стран-членов.

Я понимаю, что ваша конференция рассмотрит также ту роль, которую конституционные суды могут играть в преодолении конституционных правовых пробелов и правовой неопределенности и в других очень важных вопросах. И я надеюсь, что в ваших дискуссиях вы можете провести четкую грань между юридической теорией и конкретной реализацией, потому что это находится в центре внимания стран-членов и может быть ими использовано. Мы, несомненно, примем это во внимание в Страсбурге.

Я хочу пожелать участникам Конференции плодотворной работы и всего наилучшего. Я буду с нетерпением ждать результатов Конференции.



GUIDO RAIMONDI*President of the European Court of Human Rights*

Mr. President Harutyunyan,

Dear colleagues,

Ladies and Gentlemen,

It was unfortunately impossible for me to attend this important Yerevan International Conference, but I am happy that quite a number of my fellow judges of the European Court of Human Rights are present and with no doubt make valuable contributions to the debate.

This is a sign of the growing importance of the dialog between the Strasbourg Court and the Supreme and Constitutional Courts of the contracting states of the European Convention on Human Rights. The more and more profoundly that we realize the message of the interministerial conference held in Brussels in March last year share the responsibility, is the key to resolving the difficulties and challenges of the European system for the protection of Human Rights, the greater will be its efficiency and its relevance.

This dialog will be institutionalized with the entry into force of the Protocol No. 16 to the Convention. There are so far six ratifications out of the ten which are required. I understand that quite a few are in the pipeline. The President of the French Republic Mr. Francois Hollande gave his assurance in the Parliamentary Assembly of the Council of Europe last week on 11 October that he will personally speed up the national procedure to ratify the Protocol. So I very much look forward to the start of this new form of cooperation.

Allow me also to mention the network of the European superior courts. A project is launched by Dean Spielmann. It started on trial basis with the superior courts of the host country.

Now it is open to all the European superior courts wishing to join. This is a relatively modest venture designed to allow the exchange of information on the respective case law of the Strasbourg Court and the domestic courts. But it has already proven to be a precious tool not only for its intended function but also for developing trust and communication between European and the national levels.

Both topics of this International Conference are extremely important.

The first issue, the role and significance of the Venice Commission Rule of Law Checklist is obviously of interest to the Strasbourg Court. The Rule of Law as the Venice Commission document rightly underscores is mentioned in the Preamble to the Statute of the Council of Europe as one of the three principles which form the basis of all genuine democracy along with individual freedom and political liberty.

Article 3 of the Statute makes respect for the principle of the Rule of Law: a precondition for accession of new member states to the organization and thus to the Convention. The fact that the accession to the Convention is linked through the membership of Council of Europe goes beyond the simple geographical dimension of the European system for protection of Human Rights. It expresses the idea that Human Rights cannot be protected in the sense of Convention without affirming and practicing the Rule of Law and democracy. The Rule of Law is thus one of the three inter wide and partly overlapping core principals of the Council of Europe with democracy and Human Rights. The close relationship between the Rule of Law and democratic society has been underlined by the European Court of Human Rights through different expressions. The achievement of these three principles: respect for the Human Rights, pluralistic democracy and the Rule of Law is regarded as a single objective, the core objective of the Council of Europe to be pursued obviously mainly through the Convention and the court. The second issue the role of the constitutional courts in overcoming legal gaps and legal uncertainty is also extremely interesting. In ideal when some national courts like the French Council has started to apply the Convention to the areas not yet covered by the jurisprudence of the Court.

Mr. President Harutyunyan,

Dear colleagues,

I have no doubt that your debates will be rich and fruitful, and that my colleagues from the Strasbourg Court will make significant contributions to them.

I wish you all an excellent conference.

ГВИДО РАЙМОНДИ

Председатель Европейского суда по правам человека

Уважаемый Председатель г-н Арутюнян!

Уважаемые коллеги!

Дамы и господа!

К сожалению, я не смог принять участие в этой весьма важной Ереванской международной конференции, но я рад, что на ней присутствуют многие мои коллеги - судьи Европейского суда по правам человека, и они, безусловно, внесут ценный вклад в дискуссии.

Эти встречи говорят о растущей важности диалога между Страсбургским судом и верховными и конституционными судами договаривающихся государств Европейской конвенции по правам человека. Чем глубже мы осознаем, что послание состоявшейся в марте прошлого года в Брюсселе межминистерской конференции заключается в разделении ответственности, что является ключом к разрешению задач и проблем европейской системы защиты прав человека, тем эффективнее и актуальнее будет этот процесс.

Со вступлением в силу Протокола № 16 к Конвенции этот диалог будет институционализирован. На данный момент из требуемых десяти уже есть 6 ратификаций. Я понимаю, что некоторые из них находятся на стадии разработки. На прошлой неделе, 11 октября, Президент Французской Республики г-н Олланд в Парламентской ассамблее Совета Европы заверил, что лично ускорит национальную процедуру ратификации Протокола. Так что я с нетерпением жду начала этой новой формы сотрудничества.

Позвольте мне также упомянуть о проекте сети по обмену информацией в области судопроизводства европейских высших судов. Данный проект запущен Динотом Шпильманом и находится на экспериментальной фазе в высших судах принимающей страны. Теперь он открыт для всех европейских высших судов, желающих присоединиться к нему. Это достаточно скромное начинание разработано для того, чтобы сделать возможным обмен информацией о соответствующем прецедентном праве Страсбургского суда и национальных судов. Однако уже доказано, что его ценность как инструмента обусловлена не только его функциями, но и ростом доверия и развитием взаимоотношений на европейском и национальном уровнях.

Обе темы этой Международной конференции чрезвычайно важны.

Первая тема "Роль и значение Контрольного списка верховенства права Венецианской комиссии" представляет очевидный интерес для Страсбургского суда. Верховенство права, как правильно отмечено в документе Венецианской комиссии, упоминается в преамбуле Устава Совета Европы в качестве одного из трех принципов, лежащих в основе любой истинной демократии наряду с индивидуальными и политическими свободами.

Статья 3 Устава придает большое значение принципу верховенства права, что является предпосылкой для присоединения новых государств-членов к организации и тем самым к Конвенции. Тот факт, что присоединение к Конвенции связано с членством в Совете Европы, выходит за рамки простого географического аспекта европейской системы защиты прав человека. Это означает, что в рамках Конвенции права человека не могут быть защищены без закрепления и использования на практике верховенства права и демократии.

Таким образом, наряду с демократией и правами человека, верховенство права является одним из трех взаимосвязанных и частично совпадающих основных принципов права Совета Европы. Тесная взаимосвязь между верховенством права и демократическим обществом неоднократно отмечалась Европейским судом по правам человека.

Соблюдение таких трех принципов, как уважение прав человека, плюралистическая демократия и верховенство права рассматривается как единая цель, основная задача Совета Европы, и оно главным образом должно осуществляться посредством Конвенции и судов.

Большой интерес вызывает также вторая тема о роли конституционных судов в преодолении правовых пробелов и правовой неопределенности. В идеале — это когда некоторые национальные суды, как, например, Конституционный Совет Франции, начали применять Конвенцию в сферах, которые пока еще не входят в юриспруденцию Суда.

Уважаемый Председатель г-н Арутюнян!

Уважаемые коллеги!

Я нисколько не сомневаюсь в том, что Ваши дискуссии будут весьма содержательными и результативными, а мои коллеги из Страсбургского суда внесут свой значительный вклад в работу Конференции.

Желаю всем плодотворной работы!



ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА WELCOMING SPEECHES

PHILIPPE BOILLAT

*Director General for Human Rights and Rule of Law
of the Council of Europe*

Dear Mr. Harutyunyan,

Dear Mr. Tatoyan,

Esteemed and honourable Judges,

Excellences,

Ladies and Gentlemen,

On behalf of the Secretary General of the Council of Europe,

Mr. Thorbjørn Jagland, it is a great honour and a real pleasure for me to open this conference in Yerevan. I would like, at the outset, to congratulate the organisers on arranging such a timely and important event. Indeed, the role of the constitutional courts in preserving the coherence and harmony of the domestic legal order is crucial. I am delighted to be here since my Directorate General is actively involved in cooperation with all higher courts of our member States, including all those represented in this hall.

I would like to thank the organisers in particular for choosing this forum to promote the Venice Commission's Rule of Law Checklist, which was recently endorsed by the Committee of Ministers of the Council of Europe. The timing for our discussion is perfect, the Rule of Law Checklist being an innovative tool for systematic constitutional monitoring in our member States. The Rule of Law Checklist is intended to facilitate a correct and consistent understanding and interpretation of the concept and thus to facilitate the effective application of the principles of the Rule of Law in practice. I am confident that the next day and a half will produce fruitful discussions and concrete recommendations in that regard.

We should bear in mind, however, that the new Rule of Law Checklist is not an isolated tool. It should be taken in the context of the Council of Europe's overall policy directed to enhance the independence, efficiency and quality of justice.

The Sofia Conference in April this year was another important milestone. It provided an opportunity for Ministers of Justice and representatives of the judiciary at the highest level to take stock of recent reforms in the justice sector and to identify challenges. It resulted in an Action Plan for the

five years ahead on strengthening judicial independence and impartiality, defined as the indispensable precondition of the Rule of law.

The Supreme and Constitutional Courts of our member States have an outstanding role to play in the implementation of both the Action Plan and the new Checklist. I am looking forward to addressing these topics with all of you.

Mr. President,

The Conference is also supposed to address another important topic: the role of the supreme and constitutional courts in dealing with legal gaps and inconsistencies. Indeed, problems in compliance with our common standards arise most frequently in court practice, not in the texts themselves. Disharmonised judicial practice is the source of incoherence and legal uncertainty. Hence the need for special measures to be taken by the higher courts to ensure harmonisation of the case law at national level with a view to preventing uncertainty and remedying failures.

Our cooperation projects have thus created platforms for more dialogue between judges, including the Strasbourg Court and national courts at different levels. These activities go hand in hand with good quality training, to which the HELP Programme significantly contributes. We will thus, systematically include the component dealing with the harmonisation of the case law in our work vis-à-vis all member States. I am convinced that our debates today and tomorrow will provide very valuable information and views to allow our activities to be consolidated and complemented.

Before we start our work, I would like to thank the GIZ and the European Union for their support in funding and organising this Conference. I am also happy to note that the discussion of these important themes is happening in a format, which is turning into an excellent tradition. Yerevan conferences are becoming traditional venues for exploring constitutional aspects of themes related to rule of law and human rights.

I wish you a fruitful Conference and look forward to our discussions.

ФИЛИПП БУАЙЯ

*Генеральный директор Генерального директората
по правам человека и верховенству права Совета Европы*

Уважаемый господин Арутюнян!

Уважаемый господин Татоян!

Многоуважаемые судьи!

Дамы и господа!

Для меня большая честь и мне весьма приятно открыть эту Конференцию здесь в Ереване от имени Генерального секретаря Совета Европы г-на Турбьёрна Ягланда. Прежде всего я хотел бы поздравить организаторов за инициирование такого своевременного и важного события.

Действительно, конституционные суды играют решающую роль в сохранении единства и согласованности внутреннего правового порядка. Я также рад находиться здесь, поскольку наш Генеральный директорат активно сотрудничает со всеми высшими судами наших государств-членов, включая и те, которые представлены здесь.

Я хотел бы поблагодарить организаторов, в частности, за выбор данного форума для представления принятого Венецианской комиссией Контрольного списка верховенства права, который недавно был одобрен Комитетом министров Совета Европы. Время проведения нашего обсуждения выбрано идеально: Контрольный список верховенства права является инновационным инструментом для последовательного конституционного мониторинга в наших государствах-членах. Контрольный список верховенства права рассчитан облегчить правильное и последовательное понимание и толкование понятия верховенства права и тем самым способствовать эффективному применению принципов верховенства права на практике. Я уверен, что эти дни будут плодотворными для обсуждений и конкретных рекомендаций.

Однако следует иметь в виду, что Контрольный список верховенства права не является изолированным инструментом. Его следует принимать в контексте общей политики Совета Европы, направленной на повышение независимости, эффективности и качества правосудия.

Конференция в Софии в апреле этого года стала еще одной важной вехой. Она дала возможность министрам юстиции и представителям судебной системы высшего уровня подвести итоги последних реформ в сфере правосудия и выявить проблемы. Это привело к принятию на последующие пять лет Плана действий по укреплению независимости и беспристрастности судебной системы, являющегося незаменимой предпосылкой верховенства права.

Верховные и конституционные суды наших государств-членов играют огромную роль как в осуществлении Плана действий, так и нового

Контрольного списка верховенства права. Я с нетерпением жду момента, когда смогу поделиться с Вами этими темами.

Господин Председатель!

Конференция помимо всего должна обратиться еще и к другой важной теме — к роли верховных и конституционных судов в отношении правовых пробелов и несоответствий. Действительно, проблемы в соответствии с нашими общими стандартами чаще всего возникают в судебной практике, а не в самих текстах. Негармоничная судебная практика является источником несогласованности и правовой неопределенности. Отсюда вытекает необходимость принятия специальных мер, необходимых для вышестоящих судов по обеспечению гармонизации прецедентного права на национальном уровне с целью предотвращения неопределенности и устранения пробелов.

Таким образом, наши программы по сотрудничеству создали платформу для расширения диалога между судьями, включая Страсбургский суд и национальные суды разных уровней. Эти действия неотделимы от хорошего качества подготовки, чему также способствует Программа HELP. Таким образом, мы систематически включаем в нашу работу со всеми государствами-членами этот компонент для гармонизации прецедентного права. Я убежден, что в ходе сегодняшних и завтрашних дискуссий будут выражены различные мнения и будет получена ценная информация, что способствует объединению и расширению наших действий.

Прежде чем приступим к работе, я хотел бы поблагодарить GIZ и Европейский союз за их поддержку в финансировании и организации данной Конференции. Я также рад отметить, что обсуждение этих важных тем осуществляется в формате, который уже стал доброй традицией. Ереванские конференции становятся традиционной площадкой изучения и обсуждения конституционных аспектов тем, связанных с верховенством права и прав человека.

Желаю Вам плодотворной работы и с нетерпением жду наших дискуссий!



JAN HELGESEN

*Chair of the Scientific Council of the Venice Commission
of the Council of Europe*

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

It is a great pleasure for me to be here with you today and to welcome you, on behalf of the Venice Commission at the annual Yerevan International Conference which is, as you know, an annual *rendez-vous* to which the Venice Commission attaches great importance.

The Venice Commission has with Armenia, our host country, a long history of genuine dialogue and often fruitful cooperation. Our dialogue on the constitutional reform which led to the two 2014 opinions on the draft amendments to the Constitution was a high point of this cooperation. This cooperation is ongoing: the Venice Commission recently adopted two opinions on the electoral code (draft electoral code of 18 April 2016 and electoral code as amended on 30 June 2016) and we can only but welcome this mutual trust between Armenia and the Commission

Mr President,

Today we have an ambitious agenda as we will be discussing both the Role of Constitutional Courts in overcoming legal gaps and legal uncertainty and the role and significance of the "Rule of Law checklist", adopted by the Venice Commission in March last year, in the process of conducting constitutional monitoring.

Legislative omissions (may) occur in every country, when Parliaments, which had the duty to legislate, fail to ensure that the relevant and necessary acts are passed and are complete, they leave a legal gap, lacunae or vacuum in the legal system. How should these legal gaps be overcome?

What is the role of Constitutional Courts and equivalent bodies in such situation? Can they, should they filled in the gaps by interpreting the existing laws, in conformity with the Constitution? How far can they go in doing so?

On the contrary, should they send back the issue to Parliament, possibly by declaring the Law unconstitutional?

At what point will it be considered that interpreting the existing laws equate or is a tantamount to infringe the fundamental democratic principle of the separation of powers?

We can see at this point the obvious link between the two subject matter chosen for discussion at this Conference: in most, if not all definitions of the rule of law, separation of powers is a requirement¹ See for instance the first report of the Venice Commission on the Rule of Law and the report drafted in the framework of the Swedish Chairmanship of the Committee of Ministers (CM(2008)170).

In cases where interpretation is chosen as the best means to overcome legal gaps, what is needed so that the decision of Constitutional Court or equivalent body can be considered as fulfilling the legal certainty principle which is a vital criterion of the Rule of Law?

The Rule of Law Checklist adopted by the Venice Commission – and endorsed by the Committee of Ministers of the Council of Europe - has been designed as a tool for the actors who may decide to carry out an assessment of the respect of the Rule of Law. The checklist enumerates benchmarks which are not exhaustive but can be use as guidance.

The Venice Commission itself, when dealing with rule of law issues in the framework of an opinion, has already referred to the checklist; we did so in particular,

- In the Opinion on the Draft Constitutional amendments in France relating to emergency situations;
- The opinion on Curfews in South Eastern Turkey
- And the Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Moldova on the Right of Recourse by the State against Judges
- And, most recently in the opinion on the Act on the Constitutional Tribunal of Poland.

There are certainly many other possible applications as we will see when we will come back to the rule of Law checklist later today.

For now, Mr. President, I would like to thank you for having given us the chance to introduce the checklist to this distinguished audience.

I look forward to our discussions which will, no doubt, be very interesting.

Thank you, Mr. President.

¹ Report on the rule of Law adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), CDL-AD(2011)003rev par. 23. More can be found in the case-law of the European Court of Human Rights. The Court considers that the rule of law is a concept inherent in all articles of the Convention (and uses not only the terms “*prééminence du droit*”, but also “*Etat de droit*” in French). The case-law of the European Court of Human Rights, as summarised in the already mentioned report drafted in the framework of the Swedish Chairmanship of the Committee of Ministers (CM(2008)170), applies the notion of the rule of law to a number of issues, with a rather formal approach, starting from the principle of legality in the narrow sense, but developing various aspects of (procedural) due process and legal certainty as well as separation of powers, including the judiciary, and equality before the law. In *Golder v. UK* (1975) 1 EHRR 524, the Court stated (at para.34), “one can scarcely conceive of the rule of law without there being the possibility of having access to the courts. See also *Philis v. Greece* (1991), Series A No. 209, para. 59. The reference to the rule of law by the Court as inherent in all articles of the Convention gives it, however, a substantive nature too.

ЯН ХЕЛЬГЕСЕН

*Председатель Научного совета Венецианской комиссии
Совета Европы*

Уважаемый Председатель Конституционного Суда Армении!
Уважаемые председатели и судьи конституционных судов!
Дамы и господа!

Для меня большое удовольствие находиться сегодня здесь с вами и от имени Венецианской комиссии приветствовать вас на ежегодной Ереванской международной конференции, являющейся ежегодным *Rendez-vous*, которой Венецианская комиссия придает большое значение. Венецианская комиссия имеет с Арменией - нашей принимающей страной давнюю историю подлинного диалога и плодотворного сотрудничества. Наш диалог по вопросам конституционной реформы стал вехой этого сотрудничества, который привел к принятию в 2014 году двух заключений касательно проекта конституционных реформ. Это сотрудничество продолжается. Венецианская Комиссия недавно приняла два заключения относительно Избирательного кодекса (проекта Избирательного кодекса от 18 апреля 2016 года и Избирательного кодекса в редакции от 30 июня 2016 г.), и такое взаимное доверие между Арменией и Комиссией нами только приветствуется.

Г-н Председатель!

Сегодня у нас весьма амбициозная повестка дня, так как будем обсуждать роль конституционных судов в преодолении пробелов в законе и правовой неопределенности, а также роль и значение принятого Венецианской комиссией в марте прошлого года Контрольного списка верховенства права в осуществлении конституционного мониторинга. Законодательные пробелы есть в каждой стране. Когда Парламентам, обязанным издавать законы, не удается обеспечить принятие соответствующих и необходимых актов, оставляется правовой пробел, лакуна, вакуум в правовой системе. Как должны быть преодолены эти пробелы в законе?

Какова роль конституционных судов и эквивалентных органов в такой ситуации?

Могут ли они, должны ли они восполнять эти пробелы путем толкования существующих законов в соответствии с Конституцией?

Как далеко могут они пойти?

Должны ли они возвращать этот вопрос в парламент, возможно объявив закон неконституционным?

В какой момент толкование существующих законов будет прирав-

ниваться или будет равносильно нарушению фундаментального демократического принципа разделения властей?

Тут мы можем увидеть очевидную связь между этими двумя рассматриваемыми вопросами, выбранными для обсуждения на этой Конференции; почти во всех, если не во всех определениях верховенства права разделение властей является необходимой предпосылкой¹. См., например, первый доклад Венецианской комиссии о верховенстве права и доклад, подготовленный в рамках шведского председательствa в Комитете министров (СМ(2008)170).

В тех случаях, когда толкование выбрано в качестве лучшего средства преодоления пробелов в законе, что требуется для того, чтобы решение конституционного суда или эквивалентного органа рассматривалось как осуществление принципа правовой определенности, являющегося основным критерием верховенства права?

Контрольный список верховенства права, принятый Венецианской комиссией и одобренный Комитетом министров Совета Европы, был разработан в качестве инструмента для оценки соблюдения верховенства права. Контрольный список перечисляет критерии, которые не являются исчерпывающими, но могут быть использованы в качестве ориентира.

Сама Венецианская комиссия в рамках своих заключений касательно вопросов верховенства права уже сослалась на Контрольный список, в частности:

- в Заключении по проекту конституционных изменений во Франции относительно чрезвычайных ситуаций;
- в Заключении касательно введения комендантского часа в юго-восточной Турции;
- в Заключении *amicus curiae* для Конституционного Суда Республики Молдова относительно права регресса государства в отношении судей;

¹ Доклад о верховенстве права, принятый Венецианской комиссией на 86-ом Пленарном заседании (Венеция, 25-26 марта 2011 года), CDL-AD (2011) 003rev пар. 23. Многое можно найти и в прецедентном праве Европейского суда по правам человека. Суд считает, что верховенство права является понятием, присущим всем статьям Конвенции (и использует не только термины "prééminence du droit", но и "Etat de droit" на французском языке). Прецедентное право Европейского суда по правам человека, которое кратко изложено в уже упомянутом докладе, составленном в рамках шведского председательствa в Комитете министров (СМ (2008)170), применяет понятие верховенства права по ряду вопросов с довольно формальным подходом, исходя из принципа законности в узком смысле, но развивая различные аспекты (процессуального) надлежащего процесса, правовой определенности, разделения полномочий, в том числе судебной системы, а также равенство перед законом. В деле *Голдер против Великобритании* (1975) 1 EHRR 524 Суд указал (в пункт 34): "Вряд ли можно представить себе верховенство права без наличия возможности иметь доступ к судам". Смотрите также *Philis Против Греции* (1991), Издание А, № 209, пункт. 59. Ссылка Суда на верховенство права, которая характерна для всех статей Конвенции, придает этому субстантивный характер.

- и совсем недавно в Заключении по Закону о Конституционном трибунале Польши.

Есть конечно и много других возможных применений, к чему мы позже сегодня обратимся в ходе обсуждений о Контрольном списке верховенства права.

Г-н Председатель, я хотел бы поблагодарить Вас за предоставленную возможность представить Контрольный список этой уважаемой аудитории.

Я с нетерпением жду наших обсуждений, которые, несомненно, будут очень интересными.



АРМАН ТАТОЯН

Защитник прав человека Республики Армения

Уважаемый господин Арутюнян!

Уважаемые господин Буайя, господин Хельгесен!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

Прежде всего позвольте приветствовать Вас на этой Ереванской международной конференции, которая символична уже тем, что посвящена роли и значению Контрольного списка верховенства права Венецианской комиссии Совета Европы в деле осуществления системного конституционного мониторинга, а также роли конституционного суда в преодолении пробела и неопределенности закона. Верховенство права, несомненно, — всеобщая ценность, которая требует всеобщего признания и на международном, и на национальном уровнях. Этот основополагающий подход лежит в основе всех международных документов, причем он рассматривается именно с точки зрения обеспечения основ демократии в конкретной стране, начиная с проблем реального гарантирования прав и свобод личности. Неспроста Совет Европы считает единой основной целью достижение уважения прав человека, демократии, верховенства закона или соблюдение этих принципов.

Как справедливо отмечает Венецианская комиссия, концепция верховенства права требует определенности и предсказуемости права, когда те, кто принимают решения, относятся к каждому человеку с достоинством, с позиций равенства и где каждый имеет возможность оспорить решение этих органов по справедливым процедурам.

Уважаемые гости! Являясь Защитником прав человека, я лично заинтересован в вопросе реализации принципа верховенства права и следующих из него требований.

В этом аспекте считаю особо важным обеспечение прозрачного, подотчетного и демократического процесса применения закона, обеспечение определенности права и исключение произвола, запрещение дискриминации и обеспечение абсолютного равенства перед законом. Каждая страна должна стремиться обеспечить реализацию этих принципов из тех соображений, чтобы каждый лично на себе почувствовал ее результат.

Контрольный список верховенства права Венецианской комиссии, думаю, является важным и полезным документом и для омбудсмена. Будучи национальным институтом по защите прав человека, институт омбудсмена должен на основе изучения индивидуальных жалоб правильно предопределить имеющиеся в стране проблемы и доступным

ему инструментарием способствовать их решению. Наиважнейшим из них, безусловно, является сотрудничество с Конституционным Судом. Речь идет, в частности, о правовой возможности обращения в Конституционный Суд в статусе субъекта абстрактного конституционного контроля. Эти обращения важны в том аспекте, что очень часто связаны не с решением проблем одного или нескольких лиц, а с инициированием системных изменений. История деятельности независимого института Защитника прав человека в РА свидетельствует, что это сотрудничество, несомненно, обусловлено важной ролью Конституционного Суда, в том числе в обеспечении конституционной стабильности и конституционного правосудия.

В этом аспекте особо значимым считаю составленный Венецианской комиссией Контрольный список верховенства права, который очень важен и для защитника прав человека. Также считаю важным и то, что этот список не является исчерпывающим и окончательным и, следовательно, приобретает статус живого организма.

Уважаемые гости, поздравляю всех нас по случаю проведения этой Международной конференции и выражаю уверенность, что она будет плодотворной и все представленные на ней предложения способствуют укоренению принципа верховенства права как в странах Совета Европы, так и в Армении.

ARMAN TATOYAN

Human Rights Defender of the Republic of Armenia

Dear Mr. Harutyunyan,

Dear Mr. Boillat and Mr. Helgesen,

Dear guests,

Ladies and Gentlemen,

First, I would like to welcome you at Yerevan International Conference, which is symbolic as it is dedicated to the role and importance of the Rule of Law Checklist of the Venice Commission of the Council of Europe in the issue of implementation of the constitutional system of monitoring, as well as the role of the constitutional court in overcoming the legal gaps and legal uncertainty.

The rule of law, of course, is a universal value, which requires universal acceptance both at the international and national levels. This fundamental approach serves as the basis for international documents, and it is considered from the viewpoint of the foundations of democracy in a given country, beginning from the issues of real guaranteeing the rights and freedoms

of the individual. The Council of Europe has its reasons to consider the achievement of respect for human rights, democracy, the rule of law or respect for these principles as a single main goal.

As rightly pointed out by the Venice Commission, the concept of the rule of law requires certainty and predictability of the law, when those who make decisions relate to each person with dignity, from the standpoint of equality and where everyone has the opportunity to challenge the decision of the authorities by the means of fair procedures.

Dear guests, as an Ombudsman, I have a personal interest in the issue of implementation of the rule of law and its requirements.

In this regard it is particularly important to provide a transparent, accountable and democratic process of adoption of laws, ensure certainty of the law and exclude arbitrariness, prohibition of discrimination and ensure absolute equality before the law.

Each country should seek to ensure realization of these principles based on the reasons that every person shall feel the result.

I think the Rule of Law Checklist of the Venice Commission is an important and useful document also for the Ombudsman. As the National Institute for the Protection of Human Rights, the Ombudsman institution should correctly predetermine the existing problems in the country and by available means facilitate their solution based on the study of individual complaints.

Undoubtedly, the cooperation is the most important with Constitutional Court. In particular, it concerns the legal possibility of applying to the Constitutional Court in the status of a subject of the abstract constitutional control. These applications are important as they are often associated with the solution of problems relating one or more persons but by the means of initiation of systemic changes. The history of the activity of the independent institute of Human Rights Defender in Armenia shows that this cooperation is undoubtedly due to the important role of the Constitutional Court including the maintenance of constitutional sustainability and constitutional justice.

In this respect, I consider especially significant the Rule of Law Checklist of the Venice Commission which is very important for the Human Rights Defender. I also consider important the fact that this checklist is not exhaustive and final, and therefore acquires the status of a living organism.

Dear guests, I congratulate all of us on the occasion of this International Conference and express my confidence that it will be fruitful and all submitted proposals will contribute to the entrenching the rule of law both in the countries of the Council of Europe and in Armenia.



ДОКЛАДЫ¹ REPORTS¹



EUROPEAN UNION



COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE



¹ Доклады публикуются в порядке их представления на Конференции.
¹ The reports are published in the order of presentation at the Conference.

КОНСТИТУЦИОННЫЙ МОНИТОРИНГ КАК ГАРАНТИЯ ПРЕОДОЛЕНИЯ ДЕФИЦИТА КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА (Концептуальные подходы)

ГАГИК АРУТЮНЯН

Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Многоуважаемые участники Международной конференции!
Уважаемые присутствующие!

Как Вам известно, Венецианская комиссия Совета Европы в марте этого года на 106-ом пленарном заседании заслушала мое сообщение о концепции конституционного мониторинга. В июне в рамках 107-го пленарного заседания Научный совет Венецианской комиссии рассмотрел данную проблему в аспекте наших концептуальных подходов относительно вынесения ее на рассмотрение настоящей Конференцией, отметил важность участия в обсуждениях экспертов Комиссии и сообщил об этом на пленарном заседании.

Как видите, выдвинутая проблема, будучи более чем актуальной, получила общеевропейское звучание.

Я попытаюсь вкратце представить Вам суть проблемы и сделать ряд заключений концептуального характера. Сообщу также, что с подробностями можете ознакомиться в розданной Вам трехязычной монографии, которая так и озаглавлена - "Конституционный мониторинг". Каковы исходные тезисы, на которых построены наши концептуальные подходы?

1. Многие беды, постигшие человечество в новом тысячелетии — терроризм, насильственные переселения тысяч людей, неуправляемая миграция, коррупция, крайнее социальное расслоение, социально-экономическая нестабильность, сращение политических, экономических и административных сил, разнохарактерные попрания прав человека, неполноценная реализация принципа верховенства права и др. — в основном обусловлены дефицитом конституционализма, разрывом, возникшим между аксиологией Конституции, основополагающими принципами и нормами и реальной жизнью.
2. В новом тысячелетии становится все очевиднее, что иммунная система человеческого общества недостаточна и не гарантированы свое-

временное раскрытие, оценка и восстановление нарушенного конституционного баланса.

3. Гарантирующие стабильное и динамичное развитие социального общества функциональные и институциональные решения не только в реальной жизни, но и на конституционном уровне негармоничны новым вызовам. Об этом свидетельствуют не только результаты оценки индекса верховенства права в более чем ста странах мира, но и приливы и отливы в формировании Европейского союза.

4. Научные подходы к разрешению проблемы противоречивы, и разработка единой доктрины далека от удовлетворительного уровня. Переломным можно считать принятие 106-ым пленарным заседанием Венецианской комиссии Доклада о контрольном списке верховенства права, который, однако, для претворения в жизнь должен пройти серьезный путь.

5. Весьма различны представления о понятиях "конституционализм", "конституционная культура", "конституционная диагностика", "конституционный мониторинг" и о многих других понятиях исходного значения, об их взаимосвязи и взаимообусловленности, в результате чего пока еще не найдены действенные и общеприемлемые решения для раскрытия, оценки и преодоления каждого нарушения конституционного баланса в стране.

6. Системные решения правовых проблем часто создают почву для продиктованных политической целесообразностью вмешательств, что приводит к дальнейшему осложнению болезней, достигших общественного организма, когда уже неизбежны "хирургические" вмешательства.

7. С точки зрения гарантирования самодостаточности Конституции в основном пока еще не найдены равноценные решения вопросов реализации потенциала непосредственной демократии и гарантирования конституционной роли гражданского общества, внедрения действенных институтов конституционной ответственности, обеспечения динамичного баланса ветвей власти, превращения верховенства права в краеугольный камень общественного поведения и ряда других вопросов.

Для ответа на вопрос "Что делать?" мы считаем исходными следующие подходы к основным понятиям.

А. Несмотря на многочисленность характеристик понятия **"Конституция"** мы считаем первичным, что Конституция — это общественное согласие вокруг основополагающих принципов, ценностей и правил бытия. Она в первую очередь является Основным Законом гражданского общества и должна иметь равноценные и действенные механизмы защиты и претворения в жизнь. Конституция как Основной Закон цивилизованного общежития является гарантией и средством обеспечения стабильного и динамичного развития. **А это возможно только в том случае, когда в силу Конституции верховенство права стано-**

вится основой социального поведения личности, политического поведения политических институтов государства, публичного поведения властей.

Б. Понятие **“конституционная культура”** в правовом государстве формулируется нами как **являющаяся стержнем общественного познания определенная ценностная система исторически сложившихся, стабильных, обогащенных опытом поколений и всего человечества убеждений, представлений, правосприятия, правосознания, которая для социального общества является основой установления и гарантирования общественным согласием основных правил своего демократического и правового поведения.**

Инициированная международным сообществом новая повестка стабильного развития никогда не воплотится в жизнь, если в международных и внутригосударственных отношениях не будет обеспечен необходимый и достаточный уровень конституционной культуры, базирующийся на принципах конституционализации социальной жизни, справедливости и верховенства прав человека. Реализация единогласно принятых Генеральной Ассамблеей ООН в сентябре 2015 года и охватывающих период до 2030 года 17 целей и 169 задач стабильного развития направлена на создание именно такого мира, в котором важнейшими предпосылками подобного развития станут, в частности, демократия, верховенство права, разумное правление. Обязательством государств мира считается **“способствование развитию верховенства права на национальном и международном уровнях и обеспечение всем равного доступа к правосудию”**. А это требует равноценного уровня конституционной культуры.

В. Понятие **“конституционализм”** нами характеризуется в первую очередь как **способность жить в реальной жизни по конституционным принципам.** “Конституционализм” — это наличие установленных общественным согласием основных правил демократичного и правового поведения, их существование как живущей реальности в общественной жизни, в гражданском поведении каждого индивида, в процессе осуществления государственно-властных полномочий. Более обобщенно **“конституционализм” — это системное и осмысленное наличие конституционных ценностей в общественной жизни.** Он выступает как **общий правовой принцип** характеристики социального поведения общества. Поэтому задача заключается не в простом применении Конституции, а в формировании такой социальной системы, **в которой Конституция реализуется каждой клеткой этой системы как условие ее существования.**

По нашему мнению, существование конституционализма имеет, прежде всего, аксиологический характер и связано с реалией конституционной культуры. Конституционализм - не столь свидетельство письменной Конституции, сколь проявление конституционной культуры,

осмысленное существование конституционного строя и его существенных элементов в реальной жизни. **Конституционализм, как и право, – это объективная социальная реалья, свидетельство степени цивилизованного общежития социального общества, гарантия стабильного и динамичного развития данного общества¹. Конституционализм – характеристика сущности взаимосогласованного существования социального общества, свидетельство его осмысленного существования во времени, показатель степени зрелости общественных отношений и их правового регламентирования.** Конституционализм – высшая цель цивилизованного общежития, к которому общество должно постоянно стремиться.

Г. Понятие **“конституционная диагностика”** включает инструментарий и весь процесс оценки конституционализма в обществе, **раскрытие соответствия реальных общественных отношений конституционно закрепленным ценностям, принципам и нормам.** Конституционная диагностика необходима в первую очередь **для раскрытия реального состояния, тенденций развития и разнохарактерных искажений конституционализма в реальной жизни.**

Объектами конституционной диагностики являются: общественная жизнь в целом; состояние конституционно установленного функционального баланса и, в частности, деятельность органов власти².

Субъектами конституционной диагностики являются: народ, как носитель и источник власти; органы государственного управления и местного самоуправления; все институты гражданского общества; каждое лицо.

Особенно в период общественных преобразований или в условиях нестабильного конституционного баланса **основными задачами конституционной диагностики являются, в частности:**

- выявление нарушенного конституционного баланса;
- оценка характера и форм проявления данного нарушения на основании многофакторной оценки ситуации;
- раскрытие причин этих нарушений и выдвижение инструментария для восстановления нарушенного конституционного баланса.

Конституционная диагностика должна базироваться на следующих основных принципах:

¹ Об этом см. Арутюнян Г. Конституционализм как фундаментальный принцип права в правовом государстве // Конституционное правосудие, 2012, № 1. – С. 5-16. Бондарь Н. Концепция судебного конституционализма: методология исследования в свете практики конституционного правосудия. Там же. - С. 29.

² Наши подходы касательно объекта конституционного мониторинга нашли широкую огласку в профессиональной литературе. В частности, профессор Бондарь Н.С. пишет: “Как справедливо отмечал в одном из своих выступлений Председатель Конституционного Суда Республики Армения профессор Г.Г. Арутюнян, конституционную диагностику социально-экономических и политических процессов в стране нужно начинать с самой системы конституционализма” / См. Бондарь Н.С. Конституционная модернизация российской государственности: в свете практики конституционного правосудия. - М., 2014. – С. 14.

- выявление любого нарушения конституционного баланса в режиме непрерывного действия;
- оценка характера нарушения;
- выдвижение средств и способов восстановления конституционализма;
- гарантированность недопущения нового нарушения при восстановлении функционального баланса.

Для осуществления последовательной конституционной диагностики необходимо выделить **такую систему индикаторов**, которая будет в состоянии всесторонне и полностью охарактеризовать конституционность изучаемых общественных отношений.

Д. **“Конституционный мониторинг”** — это средство и возможность гарантирования на основании конституционной диагностики конституционного баланса в динамике, преодоления дефицита конституционализма, обеспечения стабильного и динамичного развития.

Конституционный мониторинг предполагает:

- непрерывную конституционную диагностику с целью выявления возможных искажений конституционализма;
- в результате сравнительного анализа и оценки его результатов для восстановления нарушенного конституционного баланса наличие необходимых функциональных и институциональных механизмов;
- обеспечение обратной связи между конституционными решениями и развитиями конституционной практики;
- наличие действенной системы конституционной ответственности.

Уважаемые присутствующие!

Учитывая, что специалисты созданного по нашей инициативе в Ереванском государственном университете аналитического центра в результате сравнительного анализа представят на Ваше обсуждение объемный доклад об инструментариях и методах осуществления конституционной диагностики, я хотел бы обратить Ваше внимание на следующие актуальные вопросы.

Во-первых, какую роль и значение может иметь разработанный Венецианской комиссией Контрольный список верховенства права³ при осуществлении конституционного мониторинга?

Во-вторых, какой должна быть правовая система конституционного мониторинга в аспекте функциональных и институциональных решений?

По моему мнению, ответ на первый вопрос надо искать как в методологической, так и в методической плоскости.

³ См. Европейская комиссия “За демократию через право”, доклад CDL-AD(2016)007, Страсбург, 18 марта 2016 г.

В методологическом аспекте Контрольный список, опираясь на восприятие верховенства права **как всеобщего и основополагающего принципа демократии**, его характеристику и раскрытие его сущности в международных правовых документах, всестороннюю оценку особенностей реализации, сравнительный анализ его характеристик, данных различными авторами, впервые в системной целостности представляет многослойные проявления принципа верховенства права в правовом государстве. Делаются такие выводы исходного значения, согласно которым, в частности:

- принцип верховенства права должен применяться на всех уровнях государственной власти (пункт 17);
- независимо от разнородных толкований понятия существует единое восприятие элементов верховенства права. Их шесть:
 - законность;
 - правовая определенность;
 - запрет произвола;
 - доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судах;
 - уважение прав человека;
 - недискриминация и равенство всех перед законом (пункт 18);
- обозначивается декларированный ООН в 2012 году подход о том, что «верховенство права одинаково применимо ко всем государствам и международным организациям» (пункт 22);
- Контрольный список верховенства права ориентирован в основном на оценку правовых гарантий (пункт 25);
- достижение полного верховенства права все еще остается неосуществленной задачей даже в странах с устоявшейся демократией (пункт 29);
- без гарантирования, обеспечения и защиты прав человека не может быть верховенства права (пункт 31);
- верховенство права относится ко всей правовой системе, ко всем проявлениям ограничения власти правом и защиты прав человека (пункты 33-37);
- верховенство права может успешно осуществляться только в той стране, население которой ощущает коллективную ответственность за претворение в жизнь этого принципа и хочет сделать его неотъемлемой частью своей собственной правовой, политической и общественной культуры (пункт 43).

Все указанные заключения имеют краеугольное значение также с точки зрения реализации выдвинутых нами концептуальных подходов.

В методическом аспекте исходным является констатированное Венецианской комиссией положение, согласно которому Контрольный список верховенства права является инновационным и эффективным спо-

собом оценки гарантирования верховенства права в той или иной стране **по единой методике**, учитывая конкретные особенности правовой системы данной страны (пункты 20, 25, 34). В то же время для осуществления действенных шагов по оценке верховенства права ориентировочное значение имеют подходы методического значения, представленные в пунктах 43-120 Контрольного списка.

Вывод, думаем, однозначен: разработанный Венецианской комиссией Контрольный список верховенства права открывает качественно новую страницу для того, чтобы составить полное, систематизированное, четкое представление о реализации на практике принципа верховенства права, сделать многофакторный анализ, эффективно и оптимально управлять процессом правовых развитий. Он дает полный систематизированный инструментарий как для количественной, так и для качественной оценки состояния верховенства права.

Более того, по нашему глубокому убеждению, такое многослойное раскрытие состояния верховенства права создаст полное представление также о реальном состоянии конституционализма и уровне конституционной культуры в стране. Следовательно, при осуществлении конституционного мониторинга Контрольный список верховенства права приобретает исключительное исходное значение как в аспекте методологических подходов, так и в аспекте методических ориентиров.

Задача в том, что конституционный мониторинг должен иметь не отрывочный и дискретный характер, а должен осуществляться по принципам непрерывности и четкой периодичности, также посредством оценки состояния верховенства права, раскрывая каждое нарушение конституционного баланса, каждое отклонение от конституционной аксиологии и конституционных принципов, каждое искажение конституционализма.

А сейчас хотел бы в общих чертах обратиться к тому, какой, по нашему мнению, должна быть правовая система конституционного мониторинга в аспекте функциональных и институциональных решений.

В утвержденном Венецианской комиссией Контрольном списке указывается, какие информационные источники для европейских стран могут служить основанием оценки верховенства права. Если проводится отдельное, разовое исследование, даже в годовом разрезе, то для этого требуется один подход, а если мониторинг постоянный и непрерывный, то подход должен быть совершенно иным.

Сущность конституционного мониторинга заключается в том, что должно осуществляться **постоянное и систематизированное выявление** реального состояния конституционализма в общественной жизни. **Должна осуществляться такая функция иммунной системы, которая характерна каждому организму.** Весь общественный организм должен быть вовлечен в процесс динамичного соблюдения функционального конституционного баланса, выявления, оценки и восстановления

равнозначным правовым вмешательством каждого его нарушения. Контрольный список верховенства права является исключительным средством и возможностью **осуществления** вытекающей именно из такой функции необходимой **конституционной диагностики**, что является необходимым и исходным этапом конституционного мониторинга.

Как должен быть организован и как должен осуществляться конституционный мониторинг?

Мы считаем, что в функциональном аспекте в конституционном мониторинге существенную роль должны играть все конституционные институты страны и гражданское общество.

В настоящее время частично эта задача решается посредством конституционного контроля. Однако наши исследования приводят к выводу, что в системе конституционного контроля в основном действенным является элемент судебного конституционного контроля. Все остальные элементы не вписываются в логику системной целостности и по своей функциональной роли и в системной целостности не соответствуют требованиям новых вызовов преодоления деформаций конституционализма и накоплений отрицательной социальной энергии. Поэтому требуются качественно новые подходы и решения.

В предлагаемой нами доктрине в первую очередь акцентируется разрешение двух проблем:

во-первых, гарантировать и обеспечить самодостаточность и динамичное эволюционное развитие Конституции;

во-вторых, создать необходимые функциональные и институциональные гарантии для своевременного выявления, оценки и преодоления деформаций конституционализма.

Каждая из них может стать отдельной темой фундаментального обсуждения. К первой мы в общих чертах обратились в концепции последних реформ Конституции Республики Армения и считаем, что представленные в ней подходы могут представлять большой интерес для каждой страны.

В рамках этого доклада попытаюсь вкратце обратиться ко второй проблеме.

Наш первоначальный подход заключается в том, что в институциональной системе конституционного мониторинга соответствующую роль должны иметь все конституционные субъекты — человек, институты гражданского общества, все органы публичной власти. Они должны выступать в системной целостности, взаимодополняющими функциями, исключая обстоятельство нереагирования на какое-либо нарушение конституционного баланса. В аспекте последнего исключительна роль каждого члена общества и институтов гражданского общества, осуществление которой должно иметь необходимые конституционные гарантии. С этой целью должна быть обеспечена и гаран-

тирована бесперебойная деятельность нервной системы социального общества.

В системе публичной власти особая важность придается роли главы государства. В международной конституционной практике, как правило, Президент является политическим гарантом обеспечения верховенства Конституции. Для этого необходимо, в частности, придать действенное конституционно-правовое содержание таким конституционным положениям, как: "Президент обеспечивает соблюдение Конституции" (см. Конституции Франции (ст. 5), Польши (пункт 2 статьи 126), Армении (ст. 123); "Президент является гарантом Конституции" (см. Конституция Российской Федерации (часть 2 статьи 80); "Президент обеспечивает ... нормальную деятельность демократических институтов..." (Конституция Португалии (статья 120); "... Президент обеспечивает нормальную деятельность государственных органов" (Конституция Словакии (часть 1 статьи 101) и т.д.

Обеспечение соблюдения Конституции имеет сугубо формальный характер во всех тех случаях, когда институтом Президента не осуществляется непрерывная конституционная диагностика.

Учитывая ограниченность во времени, хочу отметить также, что внедрение системы конституционного мониторинга требует по-новому оценить роль право-творческих и правоприменительных органов в этом вопросе, место и роль судебного конституционного контроля, современные вызовы конституционализации общественных отношений, императив внедрения действенной системы конституционной ответственности.

Это вопросы, которые могут стать предметом отдельного и обстоятельного рассмотрения, поэтому на этом я завершу свой доклад.

Благодарю за внимание.

SUMMARY

Venice Commission of the Council of Europe at the 106th Plenary Session, held on March 11-12, 2016 approved the author's proposition to hold the International Conference on Constitutional Monitoring.

The Commission recommended to prepare and present at the 107th Plenary Session the relevant concept and organizational mechanisms for conducting the given forum taking into consideration revealing of the possibilities of application of "Rule of Law Checklist" (adopted at the 106th Plenary Session of the Commission) in the process of the systemic constitutional monitoring.

It is emphasized that actuality of the conduct of the international conference on constitutional monitoring is conditioned with the necessity:

- Development of more efficient legal mechanisms of overcoming the

deficit of constitutionalism in the contemporary society, banning of accumulation of the negative public energy, which, by accumulating the critical mass may result in social cataclysms.

- Revealing of the vulnerable spots in the sustainable and dynamic of rule of Constitution and further improvement of the mechanisms of judicial constitutional control,
- Effective guarantee of the rule of law, ensuring sustainable democratic development,
- Revealing the possibilities of implementation of Rule of Law Checklist for conducting permanent constitutional diagnosis and monitoring,
- Elaboration of certain suggestions regarding unification of the mechanisms of conducting the constitutional monitoring by using Rule of Law Checklist in different legal systems.

It was proposed to conduct the conference in Yerevan, on 20-23 October 2016 collaborating it with the annual Yerevan Conference on actual problems of the constitutional justice.

Three topics were offered for discussion:

- Role of the constitutional courts in overcoming the legislative gaps and legal uncertainty,
- Place and role of systemic monitoring in the improvement of the system of constitutional control and overcoming the deficit of constitutionalism,
- Role and significance of Rule of Law Checklist in the implementation of the permanent constitutional diagnosis and monitoring by safeguarding the dynamic democratic development.

All materials of the conference will be published in the Almanac "Constitutional Justice" for 2016 at the beginning of 2017.

The conceptual issues of the constitutional monitoring are outlined in the author's monograph "Constitutional Monitoring".

This publication presents some significant aspects of Rule of Law Checklist to the wide circle of the specialists taking into consideration the significance of the given Report of the Venice Commission in the resolution of a theoretical and practical issues of ensuring of rule of law and establishment of the original constitutionalism in the contemporary society.

The author states that Rule of Law Checklist, from the perspective of diverse and common assessment of the given phenomenon, is the result of a thorough gestalt systemic scientific approach and may be implemented not only for the assessment of a certain situation but may also become the grounds for the prevention of the deficit of constitutionalism, management of the process of establishment of rule of law, overcoming the vulnerable spots of this process in different social systems.

Completely new perspectives are opened for ensuring dynamic democratic development and rule of Constitution on the basis of systemic constitutional monitoring by using Rule of Law Checklist.

PRINCIPLE OF RULE OF LAW AND ITS PRACTICAL IMPLICATIONS

JAN HELGESEN

*Chair of the Scientific Council of the Venice Commission
of the Council of Europe*

Honourable President of the Constitutional Court of Armenia,
Honourable Presidents and Judges of Constitutional Courts,
Excellencies,
Ladies and gentlemen,

It is a great privilege and honour to be invited to this important Conference and to be able to address the key issue of this Conference.

The title of my presentation has two dimensions; a theoretical and a practical dimension.

Let me start by reflecting somewhat on the basic values of the Council of Europe.

Of the three pillars of the Council of Europe, the Rule of Law has long been the least visible. Democracy and Respect for Human Rights have long enjoyed much more attention. In recent years, however, the autonomy of the Rule of Law and its importance has become evident. Nowadays, respect for the Rule of Law has even become a mantra in the international circles.

It is the conviction of the Council of Europe, and of the Venice Commission, that the notions of the Rule of Law, pluralist democracy and respect for human rights are distinct but closely interconnected. They even partly overlap, as some principles belong to all three notions (it is the case for the principle of equality and for that of non-discrimination) or to two of the three notions (the fair trial principle is related to the notions of Rule of Law and respect for human rights), and the freedoms of expression, assembly and association are associated with democracy and respect for human rights.

These three principles are therefore intertwined and interdependent: there cannot be democracy without the Rule of Law and respect for human rights; there cannot be Rule of Law without democracy and respect for human rights; and respect for human rights cannot be achieved in the absence of democracy and Rule of Law.

And let me add that there cannot be prosperity and economic development without democracy, Rule of Law and respect for human rights.

However, ladies and gentlemen, this does not mean that there is no tension between these three pillars. Seen from Venice, one easily observes the tension between democracy and the Rule of Law. This is a key issue in present day Europe. The Venice Commission has had to face this tension in different recent opinions.

According to my view, it is slightly misleading to combine "democracy" and "the Rule of Law" with the conjunction "and". This indicates that there is a complete harmony between these basic values in our societies, which is not always the case.

However, it is also slightly misleading to combine these concepts with the conjunction "or". Such a perspective would indicate that there is complete disharmony between these values, which is not the case either. It is certainly not either/or.

The official name of the Venice Commission is "The European Commission for Democracy through Law". In my view, this is the correct perspective: democracy is built and strengthened through the respect for law. Inherent in such a perception is the respect for human rights.

Let me focus on some areas where this tension is particularly exposed.

One area is the question of judicial review.

From the outset, there is a need to distinguish between judicial control of acts of the legislative branch, the Parliament, and judicial control of acts of the administrative branch, the Government.

The control of the administration is less spectacular and is normally seen as less threatening to democracy, from a theoretical perspective. This needs further analysis. On the one hand, it may be claimed, that if the courts are active in the area of administrative law, it could threaten the role of the politicians when distributing, for instance the economic resources in society. Seen from yet another perspective, it is, however, often argued that the real threat to democracy today does not stem from the judicial branch, but from the administrative branch. In such a perspective, could one imagine an alliance between the legislative and the judicial branch?

As for the judicial control of the legislative branch, however, one often sees that this form of control is discussed within a paradigm of "supremacy", which is the supreme body? This perspective has to be further elaborated. This perception presupposes a too dichotomistic approach. In the XXI Century, one should rather encourage more cooperation than competition between the state organs, in order to preserve and defend both democracy and the Rule of Law, as well as respect for human rights.

One important question is this: what should be the criteria for the intervention by the tribunals into the competence of the two other branches of the State? How should the criteria of the judicial review be defined? In dif-

ferent constitutions, one observes that this threshold is set differently. Then the courts will have to find their way between judicial activism and judicial constraints.

My second illustration relates to the fight against terrorism, the war on terror.

This tension between democracy and the Rule of Law, *der Rechtsstat*, has triggered discussions in many countries, inside and outside of Europe. Can we afford to uphold the Rule of Law under these dangerous circumstances? If a democratic government wants to strike hard against persons suspected of terrorism, should the government be prevented from doing so by some judges?

The Venice Commission has held, very clearly, that even terrorists or suspected terrorists enjoy full protection under the Rule of Law.

I was pleased to note that this was also the position taken by the Supreme Court of the United States in the case some years back, *Boumediene v. Bush*. The applicant was a prisoner at Guantanamo, claiming that he was protected under the Constitution of the United States. The argument by the US administration is, as we know, that these suspects have placed themselves outside the Rule of Law, and furthermore, the Constitution cannot apply during these dark and threatening days. Justice Kennedy, on behalf of the majority, gives a clear answer to this dilemma: "The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times".

And Justice Kennedy adds: "Liberty and Security can be reconciled; and in our system they are reconciled within the framework of the law".

Ladies and gentlemen,

Still at the macro level, one might ask whether the principle of Rule of Law should be implemented in exactly the same way in every state, without taking into consideration the historical, socio/economic peculiarities of a given state. I will come back to this question. But the point of departure is clear: There are some core elements in the principle of Rule of Law which must be implemented. If we want to establish independent tribunals in a given state, certain main core elements must be respected, irrespective of the socio-economic conditions and cultural and historical heritage. There are obvious limits to the number of models for independent tribunals. If, for political reasons, a member of a governing political party serves on the bench, the tribunal is not independent. The same conclusion applies if the state prosecutor also is among the judges.

The first stage of the Venice Commission's work on the Rule of Law led to a report adopted in 2011.

The Commission traced the historic root of the concept Rule of Law back to antiquity. Plato writes (in *Laws*, Book IV): "Where the law is subject to

some other authority and has none of its own, the collapse of the state, in my view, is not far off, but if the law is the master of government and the government its slave, then the situation is full of promise and men enjoy all the blessings all the gods shower on a state".

During the last two centuries, this concept has been developed in different legal regimes and traditions: "Rule of Law", "Etat du Droit", "Rechtsstat", "Stato di Diritto", "Estado de Derecho". Certainly, there are different nuances in these traditions.

However, the Venice Commission realised there is a common core contained in this concept. And the Venice Commission decided to explore this core, not as a purely theoretical concept, but rather as a practical exercise. This led to the so-called "The Rule of Law Checklist", adopted by the Plenary in March this year.

The aim and purpose of this Checklist is to identify the core elements of the Rule of Law. It also struck the Commission that what was missing, was an operational tool for assessing the level of Rule of Law compliance in any given state: and we thought that the best tool would be a Checklist.

The Checklist is indeed intended as a comprehensive tool to assess the degree of respect for the Rule of Law in a given State. It may be used by a variety of stakeholders: state authorities, international organisations, non-governmental organisations, scholars and citizens in general. But the first addressees of the Rule of Law Checklist are the States themselves. When we talk about States, this means all bodies of the State, at national as well as local or regional level. Compliance with the Rule of Law is a complex process; the Rule of Law is achieved through successive steps, and never fully. Assessing the level of compliance with the Rule of Law in a given State requires insider knowledge and understanding of the system: no one would therefore be better placed to do so than the State itself. Assessments by the civil society of the State may offer, of course, a precious complementary vision of the situation. International organisations may then have a role in suggesting ways to improve the situation. The Venice Commission in particular may play a useful role in providing its objective legal opinions. A global appraisal should indeed involve all these angles of analysis.

What are main objectives of this document? The Checklist intends to enable an assessment which is

- *thorough*, by dealing with all the dimensions of the Rule of Law.
- *objective and transparent*, referring explicitly to the national and international standards, including the case-law of the European Court of Human Rights, which are to be used for the assessment.
- *equal*: the same benchmarks and standards are applied in every situation, to any country.

- Last but not least: the Checklist *aims to be practical and user-friendly*: as already said, the circle of the stakeholders is not defined and therefore includes all interested persons – and you, local and regional representatives, members of the Congress in particular.

Ladies and Gentlemen,

Let's move further to analyse the different benchmarks of this checklist. There are five core elements:

- Legality
- Legal certainty
- Prevention of abuse/misuse of powers
- Equality before the law and non-discrimination.
- Access to Justice.

We have also added two specific, topical challenges to the Rule of Law: corruption and conflict of interest, collection of data and surveillance.

Each benchmark is sub-itemised into detailed questions.

- The principle of legality is at the basis of every established and well-functioning democracy. It entails the supremacy of the law, namely the fact that the State action must be in accordance with and authorised by the law. State action means of course action of public authorities in general, at national as well as at infra-national level. The law should establish the relationship between the international and the national law and set out the cases in which exceptional measures could be adopted to derogate the normal regime of protection of citizens' rights.
- Legal certainty involves the accessibility of the law. The law must be certain, foreseeable and easy to understand. Basic principles such as *nulum crimen sine lege/nulla poena sine lege*, or the non-retroactivity of the criminal law are bulwarks of the legal certainty.
- Preventing the abuses of powers means having in the legal system safeguards against arbitrariness; providing that the discretionary power of the officials is not unlimited, and is regulated by law.
- Equality before the law is probably the principle that most embodies the concept of Rule of Law. It is paramount that the law guarantees the absence of any discrimination on grounds such as race, sex, colour, language, religion, political opinion, birth, political power etc. Similar situations must be treated equally and different situations differently. Positive measures could be allowed as long as they are proportionate and necessary.
- Access to justice implicates the presence of an independent and impartial judiciary and the right to have a fair trial. The independence and the impartiality of the judiciary are central to the public perception of

justice and thus to the achievement of the classical formula: "justice must not only be done, it must also be seen to be done"

- Finally, we addressed some cases in which some particular actions and decisions can hinder and weaken the Rule of Law. It could be the case of the corruption for example, with the presence of a weak criminal system to fight bribes, grafts and misuse of public money. But also the conflict of interest between a public office and private gains. Another issue which is more and more topical is collection of data and surveillance, due to the increased use of information technology.

The last section of the checklist includes a list of the major not only European, but also international standards divided into sections corresponding to the various benchmarks.

Of course, Ladies and Gentlemen, this checklist is neither exhaustive nor final. It should not be taken as a sort of Bible of the Rule of Law. Indeed, the checklist covers the most important aspects of this important principle but it could and it should change over time, to face the challenges of an ever-changing world. Nor is the Rule of Law something that can be achieved once and for all. Implementing the Rule of Law is an on-going task, which requires the commitment not only of the State, but also of the citizens. As underlined by the President of the Open Society Foundations Chris Stone, "*The Rule of Law is not a product made for export. Rather, the Rule of Law is a culture that thrives when nurtured, and is nourished through a root system that extends across continents and centuries*".¹ The benchmarks are common, but the Rule of Law is to a large extent a cultural achievement.

The Rule of Law is linked not only to the protection and the promotion of human rights, but also to democracy. The participation of the citizens in the strengthening of the Rule of Law is thus paramount. That is what the Venice Commission calls an "enabling environment". The Rule of Law can only flourish in an environment where people feel collectively responsible for the implementation of the concept.

Ladies and Gentlemen,

A mistake that should be avoided in the use of this checklist is the mechanical interpretation of the detailed benchmarks in a given State. The assessment should not merely consist of counting the right answers, but is intended to provide a global overview of the situation, while focusing on the most important criteria. The Checklist enables and indeed aims at an individualised assessment. Indeed, whereas the Rule of Law is a global aspiration, this does not mean that its implementation has to be identical, without taking into account the peculiarities of the given State, such as its

¹ Christopher Stone, Nurturing the Rule of Law, Annual Bingham Lecture 2016 "Spreading the Rule of Law: Mission Impossible?"

historical and political context, its constitutional order and its cultural traditions. This is without prejudice, as I said before, to respect for the fundamental core of the principle.

Ladies and Gentlemen,

We have produced what I find a remarkable tool, with a very high potential. What next?

Respecting the Rule of Law is very high on the national agendas of many member states. I believe it would be useful and important for all Council of Europe member states to initiate a full-fledged analysis of their level of compliance with the Rule of Law. As already said, this assessment should not be limited to the national level. In particular – but not only – in federal and regional states, the level of public power which is closest to the citizen is essential for its perception of the implementation of the Rule of Law. States, but also local and regional authorities, could launch a self-assessment exercise based on the Checklist, for example: why not?

Assessing the Rule of Law is also very topical in international circles. The European Union is reflecting on its own mechanism. I believe that, irrespective of the mechanism, the substance should be the same: the standards which the Council of Europe has built over the years form an indispensable basis for assessing the Rule of Law in any member State of the Council of Europe. The Checklist gathers and codifies years of extensive work by all the relevant Council of Europe bodies and offers them in a handy, user-friendly format. In this respect, we believe that the Checklist represents a "Council of Europe product", which should be promoted as such, including with other international organisations and with the European Union.

The Committee of Ministers recently endorsed the checklist and this will leave a durable "Council of Europe" mark on the Rule of Law in Europe and will foster both a common understanding and an improvement of this essential European value.

I thank you very much for your attention.

РЕЗЮМЕ

Из трех основных направлений деятельности Совета Европы обеспечение верховенства права было наименее заметным. Вопросам демократии и уважения прав человека уделялось больше внимания. В последние годы, однако, значение принципа верховенства права стало более очевидным.

Не может быть демократии без верховенства закона и уважения прав человека; не может быть верховенства права без демократии и уважения прав человека; и уважение прав человека не может быть достигнуто при отсутствии демократии и верховенства закона.

Цель и назначение принятого Венецианской комиссией Контрольного списка верховенства права заключаются в определении основных элементов этого принципа.

Контрольный список является всеобъемлющим инструментом оценки уровня уважения верховенства права в конкретном государстве. Он может быть использован различными заинтересованными сторонами: государственными органами, международными организациями, неправительственными организациями, учеными и гражданами в целом. Но первыми адресатами Контрольного списка верховенства права являются государства.



"THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW" DIFFICULTIES OF ITS PERCEPTION IN THE POST-SOVIET LEGAL CULTURE (UKRAINE'S EXPERIENCE)

SERHIY HOLOVATY

Substitute Member of the Venice Commission of the Council of Europe

I. Introduction

In autumn 1939, British *The Times* in the article by special reporter elaborated on a possible approach to the *principles and methods on which a new order may be rebuilt when Nazism has been defeated*. The article emphasized that the main task in this regard was to assert the already tested *values of Western civilization* and to give a new life to its cultural inheritance originated in ancient Greece and ancient Rome. The idea was that the pungency of Nazi threat had proved that this inheritance is hard to defend if it is treated as a static ideal and, therefore, there was a call to give this inheritance a dynamic expression. For entirely practical reasons the inheritance was supposed to be maintained strictly according to the set of principles that were common to the Western democracies and, in particular, to *the upholding of the rule of law*, both nationally and internationally.¹

Thus, starting from 1939, the Rule of Law in its *practical significance* became an integral part of the European agenda as a goal for the rest of XX century.

Since then the British notion of "the rule of law" has passed through "globalization" (being enshrined in *Universal Declaration of Human Rights*, 1948²) and "regionalization" (being declared at the European level as a value, which belongs to a *common heritage or constitutes a common principle* for European nations and enshrined in a number of European legal instruments starting with the *Brussels Treaty*, 1948,³ and following with a

¹ See: "After the War: Another Chance to Rebuild; The Foundations of Federalism". — *The Times*, 17 November 1939.

² *Universal Declaration of Human Rights*. G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

³ See *Treaty of Economic, Social, and Cultural Collaboration and Collective Self-defence (Brussels Treaty)*, March 17, 1948. — Source: *American Foreign Policy, 1950-1955: Basic Documents*, Vol. 1 (Department of State Publication 6446; General Foreign Policy Series 117). — Washington, DC: Government Printing Office, 1957.

number of other fundamental documents for the Council of Europe,⁴ the European Union⁵ and the European Court of Human Rights⁶).

Notwithstanding the fact that the lawyers of different legal systems had already acquainted with the notion of "the rule of law", the period of its "globalization" or initial European "regionalization" was marked by the fact that this notion was still considered as "a phrase of uncertain meaning".⁷ Such a treatment significantly undermined practical applicability of the notion for ordinary human being in the society, in particular while facing any injustice or an arbitrary rule.

Even the outcome of the long and thorough efforts of the International Commission of Jurists, which culminated with definition of the notion as

*"[t]he principles, institutions and procedures, not always identical, but broadly similar, which the experience and traditions of lawyers in different countries of the world, often having themselves varying political structures and economic backgrounds, have shown to be important to protect the individual from arbitrary government and to enable him to enjoy the dignity of men",*⁸ – had not provided for an sufficient practical relevance of the "rule of law" concept.

The idea of this paper is to consider certain main obstacles and challenges that some Council of Europe member-states (especially those where post-soviet legal culture still prevails) are facing in the area of practical (not philosophical) application of the *Rule of Law*. The considerations presented are built upon professional experience of the author both at national level (being for a long time involved almost into all aspects of legal reforms in Ukraine) as well as at the European level (being for about fifteen years and in different capacities involved into the activities of the Institutions of the Council of Europe).

⁴ See Statute of the Council of Europe / Statute du Conseil de l'Europe. London – Londres, 5.V.1945 (*ETS – Nos 1/6/7/8/11*).

⁵ See Treaty on European Union. *Official Journal of the European Communities*, C 191, 29 July 1992 (92/C 191/01); Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and Certain related acts / *Official Journal of the European Communities*, C 340, 10 November 1997; Treaty of Nice amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts (2001/C 80/01); Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Union* (C 346, 18 December 2000); Treaty of Lisbon. *Official Journal of the European Union* (C 115, 9 May 2008);

⁶ See: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No.5).

⁷ *The Rule of Law in a Free Society: a report on the International Congress of Jurists*. New Delhi, India. January 5-10, 1959 / prepared by Norman S. Marsh; with a foreword by Jean-Flavien Lalive. – Geneva: International Commission of Jurists, 1959, p. V.

⁸ *Ibidem.*, p. 197.

II. Perception of the rule of law: Key challenges at national level

A. Constitutional design

In some European countries, constructed in the national languages the respective formulas appear to be a word to a word translation from the English phrase "*the rule of law*". There are a number of newly emerged democracies in Central and Eastern Europe the constitutions of which contain phrases in their respective official languages which present a word to a word translation from the English phrase "*the rule of law*". Among them – almost all Balkan countries which have proclaimed their independence, previously being a part of communist Yugoslavia.

Thus, in the Constitution of Croatia (Ustav Republike Hrvatske, 1990) "*vladavina prava*" was proclaimed as one of the "highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia".⁹ Very similar formula was enshrined in the Constitution of Macedonia (Устав на Републике Македонија, 1991), where "*владеењето на правото*" constitutes one of "the fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia".¹⁰ In Montenegro, Устав Црне Горе/Ustav Republike Crne Gore (1992) initially has proclaimed that "The State is founded on *vladavini prava*",¹¹ and the Constitution of 2007 has this confirmed.¹² Similar formula is contained in the Constitution of Serbia (Устав Републике Србије, 2006), proclaiming the Republic as a "state founded on the *владавини права*".¹³

A very special case among Balkan states in this respect presents the experience of constitutional wording in the fundamental law of Bosnia and Herzegovina (1995). If we compare its text in four languages, we inevitably meet the different meanings of the same phenomenon expressed in English as "*the rule of law*". Thus, the *English* version of the text in Article 2 ("Democratic Principles") stipulates: "Bosnia and Herzegovina shall be a democratic state, which shall operate *under the rule of law* [...]". Its translation in Serbian is similar to the wording which was practiced in the Serbian Constitution using for the "*rule of law*" the phrase "*владавини права*".¹⁴ However, the translations in *Bosnian*¹⁵ and *Croatian*¹⁶ languages raise a serious question as they both in the respective phrases contain the

⁹ Article 3: "Freedom, [...] *the rule of law* (in Croatian – *vladavina prava*) [...] are the highest values of the constitutional order of the Republic [...]".

¹⁰ Article 8: "The fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia are: [...] *the rule of law* (in Macedonian – *владеењето на правото*".

¹¹ Article 4: "Drzava pociva on the *rule of law* (in Montenegrin – *vladavina prava* ").

¹² Article 1: "Crna Gora je drzava [...] zasnovana na *vladavini prava*" ("Montenegro is a state based on the *rule of law*").

¹³ Article 1: "Република Србија је држава [...], заснована на *владавини права* " ("Republic of Serbia is a state [...] founded on the *rule of law* [...] (in Serbian – *vladavina prava*)."

¹⁴ Article 2: "Босна и Хецеговина је демократска држава, која функционише на принципу *владавине права* [...]".

¹⁵ Article 2: "Bosna i Hercegovina je demokratska drzava koja funkcioniuje u skladu sa zakonom [...]".

¹⁶ Article 2: "Bosna i Hercegovina je demokratska drzava, koja funkcionira sukladno zakonu [...] ".

word "zakon" (*lex*) instead of word "law" (*jus*). In this regard, the issue whether the meaning of word "zakon" (*lex*) in these both languages is identical to the meaning of word "law" (*jus*) is to be further explored.

But it is rather clear that in those cases where the constitutional texts use the word "law" in their respective national languages as *pravo/pravoto* (e.g. *jus*), we may say that this word connotes "the entire body of rules having the particular character of being 'law'".¹⁷

In Ukraine, which belongs to newly-emerged European democracies, the Fundamental Law embodies the notion of "the rule of law as well. Thus, the Ukrainian Constitution (1996), in particular, stipulates that: "In Ukraine, the principle of the *Rule of Law* (in Ukrainian – *verkhovenstvo prava*) is recognized and is in action."¹⁸

However, if to compare the constitutional texts of Balkan states and that of Ukraine we can notice that the word "rule" in the respective national languages is translated in quite different connotations: in Ukrainian (*verkhovenstvo*) it has a connotation of *supremacy* (that in hierarchical sense implies the supremacy of one certain category of norms of the legal order over the others), whereas Croatian (*vladavina*), or Serbian (*vladavina*), or Montenegrin (*vladavina*), or Macedonian (*vladenieto*) its meaning can be expressed as "the sovereignty of law".¹⁹

Majority of national constitutions of the European countries do not contain the exact term "the rule of law". In particular, written in languages other than German or French, they contain formulas that in the respective national languages are very similar to German notion of *Rechtsstaat* (or French notion of *Etat de droit*). This group consists of the constitutions of Germany itself (*Rechtsstaat*) as well as of Czech Republic (*pravni stat*),²⁰ Poland (*panstwo prawne*),²¹ Russia (*pravovoie gosudarstvo*),²² Slovak

¹⁷ See in particular, Paul Lasok QC. *The Rule of Law in the Legal Order of the European Community* // In: *Fundamental values* / edited by Kim Economides ... [et al.]. Oxford; Portland: Hart, 2000. – P. 91.

¹⁸ Article 8 (para.1) of the Constitution of Ukraine (1996), (*Italics are added by the author*).

¹⁹ *Ibidem*. – P. 92.

²⁰ Article 1 (para.1): "The Czech Republic is a sovereign, unitary and democratic pravni stat [...]".

²¹ Article 2: "The Republic of Poland shall be a democratic state ruled by law [...]" (in Polish – *panstwo prawne*).

²² Article 1 (para. 1): "[...] Russia shall be a democratic federal law-governed State [...]" (in Russian – *pravovoie gosudarstvo*). The term *pravovoie gosudarstvo* (as a Russian equivalent of the German term *Rechtsstaat* and that is in some cases translated into English term *pravovoie gosudarstvo* became under anathema since the October Revolution in 1917. In the course of *perestroika*, Mikhail Gorbachev, in May 1988, referred to the creation of "socialist *pravovoie gosudarstvo*". Such concepts as *pravovoie gosudarstvo* and *socialist legality* reflect the relationship between state power and law. At the theoretical level, there seems to be little coherent understanding of *pravovoie gosudarstvo* other than the minimum requirement that the state power should be subordinate to the Constitution. – See, in particular: *Hiroshi Oda*. *The Emergence of Pravovoie gosudarstvo* (*Rechtsstaat*) in Russia. – *Review of Central and East European Law*. – 1999, Vol..25, No. 3 (373-434).

Republic (*pravni stat*),²³ Slovenia (*pravna drzava*),²⁴ Spain (*Estado de Derecho*),²⁵ Switzerland (*Stato diritto*),²⁶ etc.

Similar approach (with formula of *pravovoie gosudarstvo*) is applied in the constitutions of most of the post-soviet states which by now are already members of the Council of Europe, namely, those of Moldova,²⁷ Georgia,²⁸ as well as of Armenia (Constitution adopted on 5 July 1995 as amended on 6 December 2015).²⁹

Different constitutional wording worth to be mentioned in this regard still embodies the Soviet-type concept of *verkhovenstvo zakona (zakonov)* having nothing in common with the *Rule of Law* notion (or even with the concept of Rechtsstaat). Such a phrase is included into the preamble of the constitution of Azerbaijan, according to which the goal of the nation is "to build a law-based state (*pravovoie gosudarstvo*) [...] which shall secure the supremacy of the laws (*verkhovenstvo zakonov*)".³⁰ Alongside, in the Article 7(1) it is proclaimed that "the State of Azerbaijan is a democratic *provovaiia [...] respublica*".³¹

As it is known, the concept of *verkhovenstvo zakona (zakonov)* alongside with the concept of *socialist (soviet) legality* were developed by *Andrei Vyshynsky* as an outcome of his own "theory of state and law", according to which "Law draws its force, and obtains its content, from the state".³² The *Vyshynsky's* concept of *socialist (soviet) legality* was officially approved by Stalin as an equivalent to *Leninist legality*.³³ The legal term "*verkhovenstvo zakona (zakonov)*", as it is used in Russian, Ukrainian or Belorussian languages would mean in English "the supremacy of the laws/the statutes". Therefore, it is obvious that the language of Lenin, Stalin and Vyshynsky is still present in one of the modern constitutions of the CE member-states. By all means, this type of language constitutes a solid obstacle towards making the *Rule of Law* effective or operative in this country.

²³ Article 1 (para.1): "The Slovak Republic is a sovereign, democratic state *governed by the rule of law* [...]" (in Slovakian – *pravni stat*).

²⁴ Article 2: "Slovenia is a state *governed by the rule of law*" (in Slovenian – *pravna drzava*).

²⁵ Article 1 (para.1): "Spain is hereby established as a social and democratic *Estado de Derecho* [...]".

²⁶ Article 5 has the title : "*Stato di diritto*".

²⁷ Article 1(3): "Republic of Moldova is a democratic *pravovoie gosudarstvo* [...]" || www.lex.juste.md/viewdoc.php?id=3114968&lang=2

²⁸ In the preamble: "The citizens of Georgia whose strong desire is to establish [...] a social *pravovoie gosudarstvo*" || <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/30346>

²⁹ Article 1: "Republic of Armenia is [...] a *pravovoie gosudarstvo*" || www.praliament.am/parliament.php?id=constituin&lang=rus

³⁰ The preamble of the Constitution of Azerbaijan: "The people of Azerbaijan [...] solemnly declares its following intentions: [...] 4. to build a law-based, secular state (*pravovoie gosudarstvo*) which shall secure supremacy of the laws as an expression of the will of the nation; [...]".

³¹ www.meclis.gov.az/?/topcontent/67

³² Vyshynsky Andrei. *The Law of the Soviet State*. Translated from Russian by Hugh W. Babb; Introduction by John N. Hazard. – New York: Macmillan, 1954. – P. 5.

³³ See Strogovich M.S. *Socialist legality, legal order and application of the Soviet law (For the universities of Marxism-Leninism)*. – Moscow: Mysl, 1966. – S. 17-22. (*Sotsialisticheskaya zakonnost, pravoporiadok I primeneniye sovetского prava: dlia universitetov marksizma-leninizma*) [in Russian].

There is also one more particular example of how the constitutional design of a CE member-state might not be a good promoter of the *Rule of Law* transformation from the European value and ideal into an efficient practical legal concept at the national level.

Such an example as well is reflected in the Ukrainian experience.

The Constitution of Ukraine of 1996 demonstrates some kind of dualism in the constitutional design due to the fact that it embodies two "similar but not always synonymous"³⁴ notions of "*Rechtsstaat*" (in Ukrainian – *pravova derzhava*)³⁵ and of "*the rule of law*".³⁶

Hence, this type of constitutional wording has entailed a dichotomy in contextual interpretation of the Constitution by majority of Ukrainian scholars. In particular, while interpreting the notion of *verkhovenstvo prava/the rule of law* (Article 8) most of them still do not believe that there is a consensus about "the necessary elements of the *rule of law* as well as of the *Rechtsstaat* which are not only formal but also substantial or material (*materieller Rechtsstaatsbegriff*)".³⁷

A former justice of the Constitutional Court of Ukraine has argued that Article 1 of the Constitution (referring to the concept of *pravova derzhava/Rechtsstaat*) and Article 8 (referring to the concept of *verkhovenstvo prava/the rule of law*) "have determined legal dualism in the structure of the legal system of Ukraine" because "*pravova derzhava/Rechtsstaat* and *verkhovenstvo prava/the rule of law* are the two, but different from each other, mechanisms of the legal system".³⁸

B. Scientific legal doctrine (Ukraine's experience)

The gravity of difficulties in promoting the *Rule of Law* in Ukraine and in transforming it into a practical concept is rooted in the number of factors that shape country's modern constitutional developments and majority of which derive from the historically determined legal culture and tradition.

For the period of more than three centuries Ukraine was embraced by Russian absolutism and the Russian version of Marxism. The ideology of the both of them had overall influence over Ukrainian legal culture and tradition. On its turn Russian legal culture and legal tradition was under the lasting influence of German positivism, which was a cradle of positivistic concept of *Rechtsstaat*. Therefore, Russian concept of "*pravovoie gosudarstvo*" is merely a borrowed German notion of *Rechtsstaat* that had

³⁴ See Report on the *Rule of Law*. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011). Study No. 512/2009. CDL-AD(2011)003rev. (paras.4, 13, 14, 15).

³⁵ Article 1: "Ukraine is a [...] *pravova derzhava*" ("*Rechtsstaat*" / "*law-based state*").

³⁶ Article 8: "In Ukraine, the principle of *verkhovenstva prava* (the *Rule of Law*) is recognized and is in action".

³⁷ See CDL-AD(2011)003rev. (para.41).

³⁸ Kampo V. Ukraïns'ka doktryna verkhovenstva prava. – Kyiv, 2008. – P. 90 (The Ukrainian doctrine of the *Rule of Law* – in Ukrainian).

being adjusted to the Russian political developments in different historical periods.

Even at the edge of the Soviet Union, its Communist party under the leadership of *Mikhail Gorbachev* so easily accommodated (in 1988) the concept of *sotsialisticheskoe pravovoie gosudarstvo* (*Socialist Rechtsstaat*) as an official doctrine to be used as a new basis for the "radical strengthening of *socialist legality*" within the framework of *perestroika* process.³⁹

While striving for the goals of political reforms in the Soviet Union the leading role in making this concept effective was given to the Communist party. One of the basic principles underlying the concept of *sotsialisticheskoe pravovoie gosudarstvo* was the principle of *verkhovenstvo zakona* (*supremacy of the Soviet statute laws*). This principle was proclaimed as "an inalienable feature of *sotsialisticheskoe pravovoie gosudarstvo*" in the Soviet practice.⁴⁰ Upon the collapse of the Soviet Union in 1991, the concept of *verkhovenstvo zakona* (*supremacy of the Soviet statute laws*) inherited from the Soviet legal doctrine, was replaced by a cognate doctrine of *diktatura zakona* (*dictatorship of the statute laws*) proclaimed by President Vladimir Putin as an official legal doctrine of the modern Russian state.⁴¹ Ukrainian legal thought continues its development under the influence of Russian legal thinking, which itself is deficient in the researches on the *Rule of Law* in the light of its traditional interpretation provided by European institutions.

In most cases the translations of the treatises of Western authors into Russian or Ukrainian appears to be inadequate and distorting the substance. Due to the long-standing tradition in the Russian legal culture and, in particular, in legal language, even Russian translation of the fundamental A.V. Dicey's *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* published back in 1907, interprets for instance "the *rule of law*" notion as "*verkhovenstvo zakona* (*supremacy of the statute laws*)",⁴² and the notion of "spirit of law" as "*dukh zakonnosti* (*spirit of legality*)".⁴³ The aforesaid observation can be made also with regard to Ukrainian translations of the

³⁹ See Резолюция XIX Всесоюзной конференции КПСС: О демократизации советского общества и реформы политической системы. *Коммунист*. — 1988. — № 10. — С. 68 [Resolutions of XIX All-Union CPSU Conference: On democratization of Soviet society and the reform of the political system. *Communist*, 1988, No. 10. — P.68 (in Russian)].

⁴⁰ See Лившиц Р. З. Право и закон в социалистическом правовом государстве. Советское государство и право. — 1989. — № 3. — С. 15 [Livshyts R.Z. Law and the laws in *sotsialisticheskoe pravovoie gosudarstvo* (*Socialist Rechtsstaat*). *Sovietskoie gosudarstvo i pravo*. — 1989. — No. 3. — P. 15 (in Russian)].

⁴¹ See <http://president.kremlin.ru/text/appears/2000/01/28883.shtml>.

⁴² See Дайси А. В. *Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции. Переводъ, дополненный по 6-му английскому изданію*, О. В. Полторацкой; Под редакцій проф. П. Г. Виноградова. — Изданіе второе. — Москва: ТипографіяТ-ва И. Д. Сытина, 1907. — С. 211. [Dicey A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution / Translated and revised from 6th ed. in England* by O. V. Poltoratskaya; edited by Professor P. G. Vinogradov. — 2nd ed. — Moscow: Sytin Publishing House, 1907. — P. 211 (in Russian)].

⁴³ *Ibidem*, p. 227.

modern treatises related to the *rule of law* issue (among them: *Theory of Justice* by John Rawls,⁴⁴ *The Concept of Law* by H. L. A. Hart,⁴⁵ *The Constitution of Liberty* by Friedrich A. Hayek⁴⁶).

The unsatisfactory mode of domestic legal thinking was the determinant for the author to move a motion for a resolution on the issue in the Parliamentary Assembly and to express a great concern regarding the fact that "certain traditions of the totalitarian states [were] still present in theory and practice" in most of the post-Soviet states. In particular, according to the principal trends in legal thinking "the *rule of law*" is perceived as "supremacy of the rules", or "written rules" set up in the statutes (in Russian: *verkhovenstvo zakona*).⁴⁷ The Assembly's report on the matter confirmed that in the states impacted by the Soviet Union "much of the legal-positivist tradition of the Soviet era is still prevailing".⁴⁸ Consequently, in its resolution, the Assembly has drawn attention to the fact that understanding the "*rule of law*" notion as the "supremacy of statute laws" (in Russian – "*verkhovenstvo zakona*") is a formalistic interpretation of this notion and "runs contrary to the essence" of the *Rule of Law*. Therefore, it was recommended that "the *rule of law*" should be translated into Russian as *verkhovenstvo prava*.⁴⁹

Most of the Ukrainian scholars' developments on this matter published within last 20 years (upon the adoption in 1996 of the Constitution of Ukraine with its "*rule of law/verkhovenstvo prava*" formula) demonstrate that even nowadays the legal-positivist tradition in Ukraine's legal thinking is still prevailing.⁵⁰

The leading trend in this thinking is reflected in the thesis widely supported by Ukrainian scholars that "*the Rule of Law (verkhovenstvo prava)* principle can be implemented only by means of supremacy of the statute laws (*verkhovenstvo zakonu*)" assuming that a "dialectical link exists between the two principles – of *verkhovenstvo prava* and of *verkhovenstvo zakonu*". Following this trend the leading scholars consider and interpret the concept of the *rule of law (verkhovenstvo prava)* as merely "an element", or only as "one of the principles", or even only as a "a part of the featuring

⁴⁴ Published in Ukrainian in 2001: the notion of "the *Rule of Law*" is translated as "*vlada zakonu*" or "*pravlinnia zakonu*" which means in English "*the rule of the laws*".

⁴⁵ The title being translated into Ukrainian as "*Concept zakonu (The concept of a law)*".

⁴⁶ Published in Ukrainian in 2002: the notion of "the *Rule of Law*" is translated as "*norma zakonu*" which means "*a rule of a law*".

⁴⁷ See The principle of the *rule of law*. Motion for a resolution presented by Mr Holovaty and others. *Doc 10180*. 6 May 2004.

⁴⁸ See The principle of the *rule of law*. Report. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Erik Jurgens, Netherlands, Socialist Group. *Doc 1343*, 6 July 2007.

⁴⁹ See: The principle of the *rule of law*. Resolution 1594 (2007). Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007 (para.4).

⁵⁰ For the comparative analysis of the prevailing trends in the contemporary legal writings on this subject see: Serhiy Holovaty. *The Rule of Law: Reiterating the devious paths in Ukrainian legal thought*. – *Pravo Ukraïny* . – 2010. – No. 4. – P. 206-219; N. 5. – P. 64-76.

characteristics" of *Ukrainian Rechtsstaat (pravova derzhava)*. According to such an approach, the authors perceive the *rule of law* only as a fraction of the concept of *Rechtsstaat*, which in their view is greater (or as general) phenomenon.

This perception derives from the positivistic concept of *Rechtsstaat* ("formal" *Rechtsstaat*) embracing the "canonical" thesis about *Rechtsstaat* as a state which is "bound by its statute laws". The followers of the above mentioned approach consider modern *Rechtsstaat* as a "state, in which the rule-of-law principle is supreme" in the way that it is a "state, in which the statutory laws have their supremacy".

According to another thesis "the rule-of-law principle and the principle of the supremacy of statutory laws are of the same substance within the *Rechtsstaat* concept". Ultimately, such a mode determines confusion by Ukrainian authors of the idea of "supremacy of statutory laws" with the concept of "rule of law".

According to aforesaid way of thinking the trend prevailing in the interpretation of the *rule of law (verkhovenstvo prava)* concept suggests to explore its substance by "partitioning" the phrase "*the rule of law (verkhovenstvo prava)*", in particular, to deal with the meaning of the word "*law (pravo)*" first and afterwards to identify the meaning of the word "*rule (verkhovenstvo)*". Some authors suggest to apply to the concept of the "*rule of law (verkhovenstvo prava)*" the "etymological interpretation" (emphasizing that this notion "is a combination of two words different by their meaning – "*verkhovenstvo/rule*" and "*pravo/law*", and that only "the separate analysis of each of them could lead to the integral result").

The others suggest to apply the so-called "element-by-element analysis", according to which two words – the "rule" and the "law" – are different elements of "the phenomenon of the *rule of law*". In this case, they also suggest to start with analyzing "the first element" (presented by the word "*law*") aiming to finally find out "*what is ruling?*"

However, all the authors, who suggested to apply any of the method mentioned above, are common in understanding of the concept of *law*; they still consider *law* as "the aggregate of the norms and rules of conduct adopted and sanctioned by the state" (or as "the aggregate of normative acts", or as "the system of legislation" etc.).

Interpretation of the *rule of law* concept in the way that is fostering the *rule by law* concept is definitely a manifestation of the mechanistic (positivistic) approach that in Ukrainian (or Russian) case establishes very favorable conditions for the *autocratic rule*.

Consequently, such theoretical approach leads to the doctrinal deadlock and impedes the action of the *Rule of Law* concept in practical terms.

*C. Official legal doctrine: constitutional jurisprudence
(Ukraine's experience)*

A positivistic approach of current Ukrainian scientific doctrine which has derived from the Soviet law schools consequently has been further developed and confirmed by the Constitutional Court in its jurisprudence.

The Court, dealing with the notion of the "rule of law", in fact, in its first judgment (2003) on the subject, following the approach of leading Ukrainian scholars and combining two different concepts has stated that "*pravna derzhava*⁵¹ (*Rechtsstaat*) is that one in which the principle of the Rule of Law is recognized and is effective".⁵²

Another way of perception of the *Rule of Law* notion is reflected in the Judgment No. 15-пп/2004 of 2 November 2004, in which the Court has stated:

"The rule of law means the supremacy of law in society. The rule of law demands that the State should embody it into law-making and law-enforcement activities, in particular, into the statutes (zakony), which by their substance should be permeated above all by the ideas of social justice, freedom, equality etc. One of the manifestations of the rule of law is that law itself is not limited only to the legislation as one of its forms but also includes other social regulators, such as norms of morals, traditions, customs etc., which are legitimized by the society and conditioned by the historically achieved level of society's culture. All these elements of law are united by the quality which conforms with the ideology of justice and the idea of law, which to large extent is reflected in the Constitution of Ukraine".⁵³

As the Court itself has underlined in this case, such understanding of the notion of the "rule of law" was based fully on the above cited understanding of the notion "law".⁵⁴

So, Judgment No. 15- пп/2004 implies that the key to the understanding of the notion "*Rule of Law*" lies first of all and foremost in the understanding of the meaning of the notion "law".

A month later (on 1 December 2004) in a new judgment the Court repeated the above cited interpretation, used it as a basis, and in some way developed it, stating that formula of the Article 8(1) of the Constitution on the *rule of law*⁵⁵ implies protection of the person's interests "not only by a law (a

⁵¹ Ukrainian *pravna derzhava* is an equivalent to Russian *pravovoie gosudarstvo* and German *Rechtsstaat*.

⁵² CCU Judgment No. 22-пп/2003, 25 December 2003 (Case No. 1-46/2003).

⁵³ CCU Judgment No. 15-пп/2004, 2 November 2004 (Case No. 1-33/2004).

⁵⁴ *Ibidem*, para 4.1.

⁵⁵ Article 8(1) of the Constitution of Ukraine: "In Ukraine, the principle of the *rule of law* is recognized and is effective".

statute), but also by the objective law⁵⁶ as a whole which is supreme in the society".⁵⁷

In general, by these judgments the Court has created the basis for the official doctrine of interpretation of the "Rule of law" within the Ukrainian constitutional order stemming out from the Article 8(1) of the Constitution and according to which the *rule of law* is to be understood as supremacy of the objective law in the society. And very soon such a kind of the Court's interpretation of the "Rule of Law" has been qualified by Ukrainian academicians as "an official standard of the interpretation of the rule-of-law principle".⁵⁸

The Court has used one of its original formulas from the Judgment No. 15-рп/2004 (in particular: "*The rule of law means the supremacy of law in society. The rule of law demands that the State should embody it into law-making and law-enforcement activities, in particular, into the statutes (zakony), which by their substance should be permeated above all by the ideas of social justice, freedom, equality etc.*") in three cases more.⁵⁹ Later on, the Court referred to the concept of "the rule of law" in a number of cases in such a way:

- interpreting it in a very broad sense as "[...] adherence to basics of justice is a component of the principle of the *rule of law*, enshrined in the Article 8(1) of the Constitution of Ukraine"⁶⁰ and alongside stating that "one of the manifestation of this principle [of the *rule of law*] in a tax sphere is the creation of an efficient system of taxation which is to be based on the balance of interests of the state, territorial communities and tax payers";⁶¹
- citing the ECtHR judgment in case of *Ponomariov v. Ukraine*,⁶² the Court referred to "the principle of legal certainty" as to "one of the fundamental aspects of the *rule of law*",⁶³ or referring to the ECtHR judgment in case of *Yeloiev v. Ukraine*,⁶⁴ the Court referred to "the principle of legal certainty" as to "one of the elements of the *rule of law*",⁶⁵ or qualifying "the legal certainty of the provisions of the laws (statutes) and of the other normative acts" as "one of the elements of the *rule of law*"⁶⁶

⁵⁶ The meaning of "objective law" in countries with post-soviet legal culture is rather similar to that one which was formulated by Andrei Vyshynsky yet in 1930-es. In general terms nowadays it is still treated as "an aggregation of binding legal norms which are established or sanctioned and enforced by the State".

⁵⁷ CCU Judgment of the Constitutional Court of Ukraine No. 18-рп/2004, 2 November 2004 (Case No. 1-10/2004), para 3.4.

⁵⁸ Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. — 2006. — № 1. — С. 45.

⁵⁹ CCU Judgments: No. 8-рп/2010. 11 March 2010 (Case No. 1-1/2010), para 3.2; No. 17-рп/2010. 29 June 2010 (Case No. 1-25/2010), para 3.2; No. 3-рп/2012. 25 January 2012 (Case No. 1-11/2012), para. 2.2.

⁶⁰ CCU Judgment No. 5-рп/2010. 16 February 2010 (Case No. 1-5/2010).

⁶¹ *Ibidem*, para. 3.5.

⁶² ECtHR, Case of *Ponomariov v. Ukraine* (3 April 2008).

⁶³ CCU Judgment No. 8-рп/2010. 11 March 2010 (Case No. 1-1/2010), para 3.1.

⁶⁴ ECtHR, Case of *Yeloiev v. Ukraine* (6 November 2008).

⁶⁵ CCU Judgment No. 17-рп/2010. 29 June 2010 (Case No. 1-25/2010), para 3.2.

⁶⁶ CCU Judgment No. 3-рп/2016. 8 June 2016 (Case No. 1-2/2016), para 2.4.

- extending the list of "elements of the *rule of law*", thereby including the following: "the principles of equality and justice, of legal certainty, of clarity and precision of a legal norm";⁶⁷ "efficiency of the aim as well as of the methods of legal regulation, reasonableness and logics of a law (a statute)";⁶⁸ "justice, reasonableness, logics of a law (a statute)"⁶⁹
- referring to "the principle of proportionality" as to "an element of the *rule of law*",⁷⁰ or to the "proportionality between the interests of an individual and society" as to "an element of the *rule of law*".⁷¹

III. General conclusions

Since the notion of the "*rule of law*" was put into the statutory documents of the European institutions the time has been changed. Now we are all familiar with the substance of the *Rule of Law*, notwithstanding how it is presented: either as one of the *values*, on which the "[European] Union is founded",⁷² as one of the principles "which form the basis of all genuine democracy",⁷³ or as a *fundamental principle* of the European Convention "permeating it all and bonding it together"⁷⁴ etc. In particular, during the most recent years a lot has been done to reach a common understanding or to find a consensual definition of the "*rule of law*" notion both within the European Union⁷⁵ and within the Council of Europe institutions, in particular, the Parliamentary Assembly,⁷⁶ the Committee of Ministers,⁷⁷ and the Venice Commission.⁷⁸

⁶⁷ CCU Judgment No. 23-pp/2010. 22 December 2010 (Case No. 1-34/2010), para 4.1.

⁶⁸ CCU Judgment No. 16-pp/2011. 8 December 2011 (Case No. 1-19/2011), para. 5.

⁶⁹ CCU Judgment No. 16-pp/2012. 29 August 2012 (Case No. 1-1/2012), para. 5.2.

⁷⁰ CCU Judgments: No. 20-pp/2011. 26 December 2011 (Case No. 1-42/2011), para 2.1.; No. 3-pp/2012. 25 January 2012 (Case No. 1-11/2012), para. 2.2.; No. 3-pp/2015. 8 April 2015 (Case No. 1-6/2015), para

⁷¹ CCU Judgment No. 16-pp/2012. 29 August 2012 (Case No. 1-1/2012), para. 5.2.

⁷² Consolidated version of the Treaty on European Union (Article 2). *Official Journal of the European Union* (C 115/13, 9 May.2008).

⁷³ *Statute of the Council of Europe* (Preamble and Article 3) (*ETS – Nos. 1/6/7/8/11*).

⁷⁴ *The Hon. Chief Justice Emeritus Prof. John. J. Cremona. The Rule of Law as a Fundamental Principle of the European Convention of Human Rights // In: A Council for all Seasons: 50th anniversary of the Council of Europe. – [Valetta]; Ministry of Foreign Affairs (Malta), 1999. – P. 124.*

⁷⁵ See Conclusions [of the] Conference "The *Rule of Law* in a Democratic Society" (Noordwijk, The Netherlands, 23 and 24 June 1997). *Doc. PC-PR (97) misc 1.*; Council conclusions on the follow-up to the Noordwijk conference: the *rule of law* // Europe. EU Official Documents. Bulletin EU 5-1998.

⁷⁶ See The principle of the *Rule of Law*: Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Erik Jurgens, Netherlands, Socialist Group. *Doc. 11343, 6 July 2007*; Resolution 1594 (2007). The principle of the *rule of law*. *Text adopted by the Standing Committee*, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007 (see Doc. 11343).

⁷⁷ See The Council of Europe and the *Rule of Law* – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008.

⁷⁸ See Report on the *Rule of Law*. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), Ms Gret Haller (Member, Switzerland), Mr Jeffrey Jowell (Member, United Kingdom), Mr Kaarlo Tuori (Member, Finland). Study No. 512/2009. *CDL-AD(2011)003rev.*; *Rule of Law Checklist*. Adopted by the Venice Commission at its 106th plenary session (Venice, 11-12 March 2016) on the basis of comments by Mr Sergio Bartole (Substitute Member, Italy). Ms Veronika Bilkova (Member, Czech Republic), Ms Sarah Cleveland (Member, United States of America), Mr Paul Craig (Substitute Member, United Kingdom), Mr Jan Helgessen (Member, Norway), Mr Wolfgang Hoffmann-Riem), Mr Kaarlo Tuori (Member, Finland), Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), Mr Jeffrey Jowell (Former Member, United Kingdom). Study No. 711/2013. *CDL-AD (2016) 007*.

Even though the consensual understanding has been reached that "the *Rule of Law* does constitute a fundamental and common European standard to guide and constraint the exercise of democratic power"⁷⁹ we have to admit that for the number of European countries to activate this standard appeared to be more challenging task than it was expected at the initial stage of their accession to the Council of Europe. Instead of becoming a practical concept, for the numerous cases the *Rule of Law* still remains as a *might-have-been-principle*.

One of the serious obstacles towards making the *Rule of Law* effective or operative in many cases may be seen in the field of translation this English phrase into national languages, including Ukrainian.

Another is the issue of legal culture and tradition. For the period of more than three centuries Ukraine was embraced by Russian absolutism and the Russian version of Marxism. The ideology of both of them had overall influence over Ukrainian legal culture and tradition.

Even by now Ukrainian legal thought still continues its development under the influence of Russian legal thinking, which itself is deficient in the researches on the *Rule of Law* in the light of its traditional interpretation provided by European institutions. Due to the fact that much of the legal-positivist tradition of the Soviet era is still prevailing, it leads very often to the confusion by Ukrainian authors of the idea of "supremacy of statutory laws" with the concept of "the *rule of law*".

РЕЗЮМЕ

Со времен введения понятия "верховенство права" в уставные документы европейских институтов многое изменилось. В настоящее время все знакомы с содержанием принципа верховенства права - это одна из ценностей, на которых основан Европейский союз, принцип, составляющий основу подлинной демократии, основополагающий принцип Европейской конвенции и т.д. В последние годы предприняты меры, чтобы достичь общего понимания или найти консенсусное определение "верховенства права", приемлемое как в рамках Европейского союза, так и в рамках институтов Совета Европы, в частности, Парламентской ассамблеи, Комитета министров и Венецианской комиссии. Согласно автору, одним из серьезных препятствий в направлении обеспечения более эффективного действия принципа верховенства права во многом является перевод этой английской фразы на национальные языки. Не менее существенен и вопрос особенностей правовой культуры и традиций данной страны.



⁷⁹ AD(2011)003rev., para.70.

**THE ROLE AND SIGNIFICANCE
OF THE RULE OF LAW CHECKLIST
AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURT
IN OVERCOMING LEGAL GAPS
AND LEGAL UNCERTAINTY**

PHILIPPE BOILLAT

Director General for Human Rights and Rule of Law Council of Europe

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

This morning we already had occasion to discuss the importance of the Venice Commission's Rule of Law Checklist and the rule of law in general. While the rule of law is a universal concept, the Council of Europe has identified key components of this fundamental principle to provide guidance for its 47 member States. Building on the work done within the Council of Europe, the Venice Commission's Checklist is an essential tool to advance this important task of our Organisation.

The rule of law is one of the founding principles of the Council of Europe together with democracy and the protection of human rights. Since its adoption by the Venice Commission in March of this year and its endorsement by the Committee of Ministers last month, we have used the Checklist actively in the programmes throughout our member States.

As Mr Helgesen explained, the Checklist develops the Venice Commission's Report on the Rule of Law adopted in 2011.¹ This Report in turn was able to build on earlier work carried out at the Council of Europe. In fact, the Rule of Law has been systematically referred to in the major documents of the Council of Europe.

The most important reference to the rule of law is the Preamble to the Statute of the Council of Europe, which underlines the "devotion" of member States "to the spiritual and moral values, which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political

¹ CDL-AD(2011)003rev, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).

liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy". Here already we can see the close link between the rule of law and democracy.

Another cornerstone is the Preamble to the European Convention on Human Rights, which states that "the governments of European countries ... are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law".

The Declarations and Action Plans of the three summits of Heads of State and Government of the Council of Europe reaffirmed the commitment of the Member States and the Council itself to these basic values.

Resolution 1594 (2007) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on "The principle of the rule of law" of November 2007 explains terminological problems, notably in languages other than English and insists that the "rule of law" should be translated into French as "prééminence du droit" rather than "prééminence de la loi". [As Mr. Holovaty explained this morning,] This distinction is essential in order to emphasise the material aspect of the rule of law. It is not enough to apply any law, the quality of the law and the manner in which it was adopted are essential guarantees for the individual and society as a whole.

In its Report on the Rule of Law, the Venice Commission also warned against a formalistic concept of the rule of law that would merely require that an action of a public official be based on law. "'Rule by Law', or 'Rule by the Law', or even 'Law by Rules' are obvious distorted interpretations of the Rule of Law."²

While there is no final definition of the rule of law – and it is probably not possible to have consensual definition at international level –, in its Checklist, the Commission identified core elements of the rule of law that go much further than such a formalistic approach would allow. These core elements are:

- (1) Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law;
- (2) Legal certainty – one of the main topics of our Conference today;
- (3) Prevention of abuse of powers and prohibition of arbitrariness;
- (4) Equality before the law and non-discrimination and
- (5) Access to justice before independent and impartial courts, including fair trial.

In 2008, the Committee of Ministers summarised the work of the Council of Europe in its document "The Council of Europe and the Rule of Law"³,

² CDL-AD(2016)007, Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), Endorsed by the Committee of Ministers of the Council of Europe at the 1263th Meeting of the Ministers' Deputies (6-7 September 2016), par. 15.

³ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170_en.pdf.

which reaffirms that the rule of law is part of the core mission of the Council of Europe. This document did not attempt to provide a definition of the rule of law, but it showed that the rule of law is a driving force for the work of the Council, even if this is not always done under the explicit "rule of law" heading.⁴

In fact, the Council of Europe "works pragmatically on a daily basis to promote and strengthen the rule of law in and among its member states" as the Committee of Ministers pointed out.⁵

The Council of Europe's approach builds on several key aspects, such as the prohibition of arbitrariness, the right to seek redress from independent judges in open courts, legal certainty or equality of all before the law to cite but a few.⁶

The explicit references to the rule of law by the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly are indeed only the tip of the iceberg. The commitments by the Council of Europe's Member States to the rule of law are the basis for the work of the Council on the rule of law and its constituent principles.

The Council of Europe promotes the rule of law not only in its work in the Judiciary, but also in specific fields of action. One of them is the fight against corruption. Corruption is the very denial of the rule of law and has to be fought at all levels. Numerous instruments help our Member States in this fight, for instance our Criminal⁷ and Civil⁸ Conventions against Corruption, but also various other documents by the Committee of Ministers and the Group of States against Corruption (GRECO).⁹

Another field where the Council's work directly relates to the rule of law is the collection of data and surveillance, for instance. The Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data¹⁰ provides rule of law guarantees in this important field.¹¹

⁴ See The Council of Europe and the Rule of Law - An overview - CM(2008)170, 21 November 2008, para. 22.

⁵ Ibid, par. 29.

⁶ Ibid., paras. 29-30.

⁷ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>.

⁸ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>.

⁹ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2000)10 of the Committee of Ministers to members States on codes of conduct for public officials, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=353945&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>; CM/Res (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593789&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>, Group of States Against Corruption (GRECO), Immunities of public officials as possible obstacles in the fight against corruption, in Lessons learned from the three Evaluation Rounds (2000-2010) - Thematic Articles https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium_Thematic_Articles_EN.pdf.

¹⁰ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>.

¹¹ See also ECtHR, Iordachi and Others v. Moldova, 10 February 2009.

We also find a rich source of practical guidance on the rule of law in the case-law of the European Court of Human Rights. The Court held that the rule of law is inherent in all parts of the Convention¹², starting from the principle of legality and notably by developing the principles of fair trial, legal certainty, the separation of powers and the independence of the judiciary, and equality before the law.

In the famous judgment *Golder v. UK* of 1975, for instance, the Court stated that "one can scarcely conceive of the rule of law without there being the possibility of having access to the courts." This does not only relate to procedural aspects. The reference to the rule of law by the Court as being inherent in all articles of the Convention gives it a substantive nature.

A key element of the rule of law is legal certainty – our second topic today – , which relates to a series of issues addressed in the Checklist: the publication of laws, the accessibility of legislation and court decisions, the stability and consistency of the law, legitimate expectations, non-retroactivity, *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege* and *res judicata*.

The need for legal certainty does not mean that discretionary power must be excluded altogether. Legislation that confers discretion to a state authority must indicate the scope of that discretion and it is essential that there is a procedure to prevent arbitrariness.¹⁴ The Yerevan Conference in October 2013 dealt in detail with the limits of discretionary power.

Legal certainty requires that legislation is sufficiently *clear* and *precise*, and aims at ensuring that situations and legal relationships remain foreseeable. The rule of *res judicata* requires that final judgments cannot be called into question, but that they are enforced.¹⁵

In all these aspects, the role of an independent Judiciary, as the guarantor of justice, is essential in a State based on the rule of law.¹⁶ It is vital that the judiciary properly use its powers to determine which laws are applicable to the case, to resolve questions of fact, and to apply the law to the facts in a logical, reasoned and comprehensible manner.¹⁷

¹² ECtHR *Stafford v. United Kingdom*, 28 May 2002, para. 63.

¹³ *Golder v. UK* (1975) 1 EHRR 524, para.34; See also *Philis v. Greece* (1991), Series A No. 209, para. 59.

¹⁴ The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170 21 November 2008, see para. 46.

¹⁵ This does not exclude, of course, the right to apply to an international court complaining that the final domestic judgment is in violation of an international legal obligation.

¹⁶ The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, CM(2008)170 21 November 2008, see para. 39.

¹⁷ Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

The cornerstone of the Council of Europe's standards on independence of the Judiciary are set out in Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers.¹⁸

The European Commission for the Efficiency of Justice of the Council of Europe also examines¹⁹ the complex relationship between judicial independence and judicial accountability and assists the Council of Europe's Member States in improving the quality of their judicial systems. The opinions of the Consultative Council of European Judges²⁰ provide important guidance in this respect from the viewpoint of the judges themselves.

[The position of the prosecution is essential for the functioning of the whole judicial system.²¹ Through its opinions, the Consultative Council of European Prosecutors contributes to the work of the Council on the rule of law.²²]

Mr President,

It is the highest courts in our member States, the Constitutional Courts and Supreme Courts, that have a particular responsibility for upholding the rule of law and for acting as a transmitter between the European Court of Human Rights and the lower national courts. It is by way of example that the highest courts can lead the whole judicial system in the pursuit of the protection of human rights and the rule of law.

Sound legal reasoning - linking established facts to the applicable legal provisions - is not only a human right of the individual; it is the essence of the work of the judge and as such the foundation of the rule of law.

We have seen too many judgments where such reasoning was absent, judgments being composed of a recitation of legal provisions, followed by the dispositive part, a decision for one party or the other, without any real reasoning. It is the role of the highest courts to "teach" lower courts how to

¹⁸ Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member States on judges: independence, efficiency and responsibilities, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>; see also the Venice Commission's Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, CDL-AD(2010)004, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e) and its Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II - the Prosecution Service, CDL-AD(2010)040, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)040-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e); Report on Judicial Appointments, CDL-AD(2007)028, <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282007%29028-e>.

¹⁹ Monitoring and Evaluation of Court System: A Comparative Study (2007), http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes6Suivi_en.pdf

²⁰ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp.

²¹ Recommendation CM/Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecution in the criminal justice system, <https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=2719990&SecMode=1&DocId=366374&Usage=2> and Recommendation CM/Rec(2012)11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1979395&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

²² http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/opinions/default_en.asp.

reason their judgments, and to do so by referring to the case-law of the European Court of Human Rights, where appropriate.

Mr President,

Excellencies,

Ladies and Gentlemen,

As we have seen, the Council of Europe actively contributes to the implementation of the rule of law in numerous fields. The Venice Commission's Checklist is a practical tool not only for the Council of Europe, but for anyone who wants to improve the state of the rule of law: Members of Parliament, ministries of justice and other government bodies, but also civil society and international organisations.

Nevertheless, it is the highest courts - Constitutional Courts and Supreme Courts - that have a particular responsibility in ensuring the rule of law. By way of example, through properly reasoned judgments, referring where appropriate to the judgments of the European Court of Human Rights, they can advance the rule of law in their countries.

РЕЗЮМЕ

Доклад посвящен роли и значению принятого Венецианской комиссией Контрольного списка верховенства права и роли Конституционного Суда в деле преодоления правовых пробелов и правовой неопределенности.

Верховенство права является одним из основополагающих принципов Совета Европы наряду с демократией и защитой прав человека, и Совет Европы активно содействует его реализации во многих областях. Контрольный список Венецианской комиссии является практическим инструментом не только для Совета Европы, но и для тех, кто хочет улучшить состояние верховенства права.

Конституционные суды и верховные суды несут основную ответственность за обеспечение этого важного принципа.

С момента принятия Контрольного списка верховенства права он активно используется в государствах-членах.



ПРОБЛЕМЫ АРМЯНСКОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА И ПРАКТИКА ЕСПЧ (Основные тезисы)

АРМЕН АРУТЮНЯН

Судья Европейского суда по правам человека

1. Конституция придает легитимность политической системе в случае ее соответствия принципам демократии, разделения властей, верховенства права.

В противном случае осуществление политической власти носит неконституционный и нелегитимный характер.

2. После Саммита тысячелетия ООН 2000 года международное сообщество может применять санкции против государств, не выполняющих свои обязательства по защите прав человека.

3. Конституционные изменения 2015 года

Что есть стабильное парламентское большинство?

- Стабильность парламентского большинства детерминирована стабильностью социальной системы.
- Зрелость социальной системы детерминирует зрелость партийной системы.
- Зрелость партийной системы детерминирует формирование культуры традиций парламентаризма.
- Все вышеперечисленное детерминирует формирование культуры и традиций конституционализма.

Если конституция содержит положения о необходимости наличия стабильного парламентского большинства, следовательно, вышеперечисленные институты развиты недостаточно. В противном случае, необходимость в таком положении отпала бы.

4. Индикатором совпадения писаной и «живой» конституции является наличие пространства для достойной жизни.

А юридическими составляющими этого философского индикатора являются:

- а) положение о человеческом достоинстве;
- б) положение о правовом государстве.

Именно эти ценностные положения играют главную роль в прецедентном праве ЕСПЧ.

5. С количественной точки зрения суд чаще всего апеллирует к демократии и верховенству права. Это особенно часто используется при применении статей 8 и 11 Конвенции, поскольку они допускают лишь ограничения прав, «предусмотренные законом» и «необходимые» в демократическом обществе.

Положение о «предусмотренности законом»:

- апеллирует к идее о верховенстве права;
- ограничение индивидуальных прав и свобод возможно исключительно в соответствии с законом;
- наличия лишь законодательной базы недостаточно;
- внутригосударственное законодательство должно отвечать требованиям предсказуемости и доступности;
- «легитимным законом» и «легитимной процедурой» нельзя добиваться нелегитимных целей;
- вышеизложенным суд устанавливает связь между законностью и верховенством права.

(Ar.no 8691/79, Malone.v.UK. 02.08.1984.par.67; Ar.no 54934/00, Weber and Saravia.v. Germany, 29.06 2006, par.84)

6. Понятие «демократия» в практике ЕСПЧ.

- Демократия — это плюрализм (уважение прав и мнений меньшинства);
- Демократия — это диалог (способность решать проблемы без насилия);
- Демократия — это изменения (политический процесс требует новых идей, подходов, вплоть до изменения власти);
- Границы демократии определяются системой ценностей, нельзя защитой демократии прикрываться и продвигать идеи насилия.

(Stankov and United Macedonian organization Pinden. v. Bulgaria. 02.10.2001)

7. Практика ЕСПЧ исходит из изначального включения человеческого достоинства в самую суть Конвенции.

(Vo. v. France, 08.07.2004, Kucera. v. Slovakia, 17.07.2007)

8. Вызовы ЕСПЧ:

- дистанцирование от конвенционных требований;
- несоответствие формы и содержания;
- суд как площадка политических баталий.



THE ROLE AND PLACE OF SYSTEMIC CONSTITUTIONAL MONITORING IN ENHANCEMENT OF THE SYSTEM OF CONSTITUTIONAL CONTROL AND OVERCOMING OF THE DEFICIT OF CONSTITUTIONALISM

PETRI HELANDER

Justice of the Supreme Administrative Court of Finland

The Role of Constitutional Supervision in Overcoming the Deficit of Constitutionalism – the Finnish Method

Introduction: outline on the supervision of constitutionality in Finland

In this paper/study, the concept of *constitutional rights* is used as an umbrella concept for all freedoms, rights and human rights referred to in the Finnish Constitution.

Constitutional rights are safeguarded by the Constitution, but these rights are often defined in greater detail by ordinary laws ("Acts of Parliament"). In addition, Decrees include provisions that are important for the constitutional rights in practice. Therefore, the supervision of constitutional rights means not only controlling that the Constitution is followed or that a law is passed at the correct normative level. The supervision of the constitutional rights applies to all normative levels, i.e. it applies also to Decrees, even if the control mechanism at this level is different and in a way weaker.

Ex ante review of the constitutional rights is often called "review" and ex post review "supervision". The concepts of "supervision" and "control" are used in this paper as synonyms. In this paper, the "supervision" of constitutional rights refers to control and supervision of legality – both ex ante and ex post – ensuring that the citizens' constitutional rights are realized.

There are different ways in which the scrutiny of constitutionality and the supervision of constitutional rights can be organized. This task can be concentrated in a constitutional court, as for example in Germany and many other countries. The task can also be handled by a body outside the actual court system, as for example the Constitutional Council of France.

The Finnish system differs quite significantly from most other systems of constitutional control. In Finland, the main focus lies within the framework of parliamentary control which is supplemented by courts, primarily the courts of last resort (the Supreme Court and the Supreme Administrative court). There are also other actors that take part in the scrutiny.

In Finland, there was previously a more categorical division *between international human rights* included in international treaties and declarations on the one hand, and on the other hand *constitutional rights*. This division has gradually lost its importance, and many rights that are by their nature originally international have been incorporated into the national constitution and national legislation. The best example is the European Convention on Human Rights, whose provisions have been incorporated into the list of basic rights and freedoms in the Constitution.

International supervision mechanisms are not discussed in this paper. These include the supervision conducted by the committees or courts of the European Union, the Council of Europe or other international organizations whose decisions are binding in Finland. This limitation is justified in Finland because the supervision of constitutional rights occurs primarily through *ex ante* review during the legislative process, not in the form of *ex post* review within the international framework.

The control of legality exercised by *all authorities* in their own sectors also falls outside the scope of this presentation. Also outside the scope of this presentation falls the supervision conducted by *certain special authorities* of other authorities with regard to constitutional rights.

An example of the latter is the Finnish National Audit Office, which audits the management of central government finances and the management of State property. In its observations, the National Audit Office has often linked the effective steering of administration to the realization of constitutional rights.

The supervision of legality carried out by *specialized ombudsmen* (for instance the Data Protection Ombudsman) is also left outside this paper.

In Finland, as stated above, the supervision of constitutional rights is divided between *several institutions*. That means that there is no separate supreme body whose only duty is to supervise that the constitutional rights are met. Instead, a number of different actors engage in the supervision of constitutional rights as part of their general supervision of legality.

The emphasis in the supervision of constitutional rights is on the *ex ante* review of legislation, i.e. before laws enter into force. Systematic and careful control is carried out to ensure that no Acts or Decrees are issued that would be in conflict with the Constitution.

Ex ante review of the constitutionality of legislation includes *controlling the correct normative level*, i.e. Act or Decree. In addition to that, the control includes whether *the legislative procedure is correct*, i.e. the procedure

applied to constitutional amendments or a simple majority of votes in the Parliament. Naturally, the content of the legislative proposal is also scrutinized. Ex ante review is therefore conducted to check that the legislation proposed does not encroach upon the constitutional rights.

Ex ante review is abstract. Its aim is to determine how an Act or a Decree might be applied in the future. Ex ante review is carried out by *the Chancellor of Justice of the Government and the Constitutional Law Committee of the Parliament*.

The activities of the Finnish Government are supervised by the Chancellor of Justice. Proposals for Acts of Parliament and for Decrees of the Government are brought before the Government's plenary session. The legality of these legislative proposals, whether they concern Acts or Decrees and including their compatibility with constitutional rights, is reviewed by the Chancellor of Justice before the Government makes its own decisions.

The focal point, however, of ex ante review is in the Constitutional Law Committee of the Parliament. The Committee plays a significant role in controlling that the constitutional rights are met when new legislation is enacted.

There is no systematic ex post review of the constitutionality of the legislation or of how the constitutional rights are upheld in practice. However, citizens can *retrospectively in individual cases* – once an Act or a Decree has entered into force – request that the application of the Act or Decree be tested in order to determine whether the application of that Act or Decree has led to infringement of constitutional rights. Any person who feels that his or her constitutional rights have been violated can *file a complaint* with the highest supervisors of legality, the Chancellor of Justice or the Parliamentary Ombudsman.

Ex post review can be exercised also by *the courts*. If the application of an Act in an individual case would be in evident conflict the Constitution the must give primacy to the Constitution by refraining from applying the Act in question.

In individual cases, ex post review complements ex ante review. By its nature, ex post review is always *concrete*. It concerns individual cases and situations that have arisen in the application of legislation in force. By its nature, it can also be characterized as being random because the question of which constitutional rights are scrutinized retrospectively depends almost exclusively on the initiative of an appellant.

Ex ante review by the Chancellor of Justice

The Chancellor of Justice supervises that drafts for Government proposals, including legislative proposals, are compatible with the Constitution and other legislation.

Supervision of legality carried out by the Chancellor of Justice has evolved over time. The roots of the Office of the Chancellor of Justice extend as far as to 18th century when Finland was still a part of Sweden. That was when the office of King's Highest Ombudsman was established. The duties included those of a prosecutor and the King's counsel. The office was named "Chancellor of Justice" in 1719. The duties of this office were later expanded to include supervision of the entire judicial system. The focus of the Chancellor's work has varied with time. However, the constant task has been serving as the highest supervisor of legality.

Today, the duties of the Finnish Chancellor of Justice include the supervision of the official acts of the Government, its members and the President of the Republic. The Chancellor's role as a supervisor of citizens' rights has also been strengthened during the last decades.

Supervision of legality by the Chancellor of Justice largely takes place in the form of ex ante review of the Government's decision agendas. This means that the Chancellor of Justice and his staff review Government proposals, including legislative proposals, proposals for Decrees and proposals for other decisions before these are discussed and decided at the plenary session of the Government.

The ex ante review means controlling that the statutes are issued at the appropriate normative level and that the rationale of legislative proposals gives a comprehensive overview of the problems included in the proposals.

If the supervision reveals that a legislative proposal does not meet the Constitutional requirements or that the rationale text in a draft text concerning constitutional rights is insufficient or at fault, the Chancellor asks the relevant Ministry to correct or to supplement the proposal and/or the rationale text. The Chancellor of Justice cannot rewrite or correct a Government proposal.

For practical reasons, it is not always possible to supplement the Government proposals even if it is uncertain whether they will correctly meet the constitutional requests. In such a case, the Chancellor of Justice may request the relevant Ministry to note in the proposal that the Constitutional Law Committee's opinion should be sought to guarantee a thorough review of all constitutional aspects in the Parliament.

The Chancellor of Justice has the right and the obligation to be present in the plenary sessions of the Government. The Chancellor makes a substantiated remark if the legality of a decision or an action by the Government gives cause for this. If the remark is not regarded, the Chancellor can have his or her viewpoint recorded in the minutes of the Government. An entry in the minutes is in principle very important, but has little practical meaning. It does not make an obstacle to the decision-making of the Government.

At the request of the President, the Government or the Ministries, the Chancellor of Justice also provide information and opinions on legal questions in the form of oral consultation or written statements. One of the Chancellor's tasks is to operate as the Government's legal advisor. Because the Government's decision-making is by nature political, the Chancellor of Justice does not supervise in expediency but legality. Supervision of legality means in this context supervising that the desired measures and the procedures to implement them are kept within the legal limits of possible alternatives.

As legal advisor, the Chancellor provides information that enables the Government in advance to ascertain the correct interpretation of an Act or legality of its political activities. In the Finnish *ex ante* system this dialogue between the Chancellor and the Government is important even in the light of ensuring constitutional rights. One must always bear in mind that the Chancellor does not participate in, but supervises the Government's decision-making. By doing that the Chancellor defends the rule of law.

However, in the case of Decrees of the Government and the Decrees of the President of the Republic, the Chancellor of Justice has the role of "the final instance" concerning the *ex ante* review of the constitutionality and the protection of constitutional rights. In contrast to the legislative proposals, the aforementioned proposals for Decrees are not handled by the Parliament.

In Finland, there are also Decrees of Ministries. They do not undergo any *ex ante* review. At the systematic level, this is unsatisfactory. On the other hand, Decrees of Ministries do not usually contain provisions concerning constitutional rights. They primarily contain organizational and technical provisions.

In practice, the *ex ante* review of the Government's decision agendas suffers from the fact that the Office of the Chancellor of Justice has only a couple of days for the review. The personnel resources are inadequate for the volume of review work. Because of these reasons, it is not possible to detect all errors or faults in legislative proposals.

The relationship between the Chancellor of Justice's and the Constitutional Law Committee's interpretations of the Constitution and the constitutional rights is not defined by law. However, one of the Chancellor's duties is to ensure that the Decrees are consistent with the Constitutional Law Committee's stands. The Chancellor's interpretation of the Constitution is therefore not autonomous in relation to the Committee's interpretation.

Ex ante review by the Constitutional Law Committee

The Constitutional Law Committee is one of the permanent committees that the Parliament appoints for each electoral term. The Constitutional Law Committee's main tasks are to draw up *reports* on legislative propos-

als falling within the Committee's scope and to provide *statements* for the other committees of the Parliament. The Committee's *reports* and *statements* concern the constitutionality of legislative proposals and other matters. They also concern the relation of these proposals to international human rights treaties (the Constitution, § 74).

The Constitutional Law Committee prepares *reports* on its "own" matters, i.e. matters that, because of their link to the Constitution, fall within the Committee's sphere of competence. It gives statements on the constitutional aspects of legislative proposals that are primarily referred to another parliamentary committee. The term "statement" is used below to make it simpler to present the system.

The Constitutional Law Committee's role has developed over time. Initially, its main task concerned the question whether the correct legislative procedure was followed when laws were passed. After the Second World War, the Committee began to give opinions on other issues relating to constitutional law. Nowadays, statements are the Committee's most important instrument for taking a stand on constitutional rights. The Committee occasionally also comments on other issues, such as the quality of legislation, which is a constitutional issue only indirectly. The Committee's statements have gained increasing weight as sources of law and precedents.

The Constitutional Law Committee's scope of competence is narrower than that of a constitutional court. Its supervision of legality is proactive and abstract. It applies only to the legislative proposals under discussion at the Parliament, but not to laws already in force. The Committee has no competence to consider citizens' claims and appeals. Neither may it take stand to whether a Decree is in conflict with an Act. To put it simply, its task is to formulate legislation.

On the other hand, the Constitutional Law Committee resembles a court in one aspect. It is required to make a decision, i.e. whether an Act must be passed following the constitutional procedure. It cannot merely argue for or against the constitutionality of a legislative proposal.

As stated above, the Committee's review of legislative proposals is *ex ante* review. The review is abstract in the sense that it takes a look at how a law may be applied in the future. The review includes the legislative procedure, the correct normative level and the compatibility of the proposal with the Constitution and the Human Rights Treaties. Abstract review is by its nature always general, that is to say that it is not linked to any specific case, as it is when a court is handling a case. However, the Committee strives to foresee various situations in application of a law in question. In this respect it can be said that the review is not entirely abstract because it has some concrete elements.

The Constitutional Law Committee's authoritative role was emphasized in

the preparatory works to the new Constitution (2000). It was stated repeatedly that reviewing the constitutionality of laws shall continue to be *ex ante* review conducted by the Constitutional Law Committee.

There are different actors involved in the Constitutional Law Committee's work: the Committee members, the counsels of the Committee and, in addition to that, a number of external legal experts.

The Committee has 17 members and nine deputy members. All members are Members of Parliament elected by secret ballot. Although, the Committee's work is largely related to law, the members need not to be lawyers. Usually, however, there are several lawyers, including the Committee's Chairperson.

The same persons often act as members or Committee Chairpersons for more than just one electoral term.

The Committee's secretaries, known as Committee counsels, are civil servants employed by the Parliament and selected by the Parliament's Office Commission. In general, also Committee secretaries hold their posts for a longer time.

Experts may roughly be divided in two categories: *civil servants and constitutional experts*.

The Committee consults experts at its own discretion. The members of the Committee decide who will be heard. The need to rely on outside expertise has risen constantly because the Committee's workload has increased and the issues have become juridically more complicated.

Civil servants include those who have taken part in drafting the legislative proposal. Therefore, their primary task is to explain the objective of the proposal and its main content to the Committee. To summarize, their role is to represent the Government. Other civil servants who are heard by the Committee are representatives of other Ministries or authorities, most often the Ministry of Justice. Their task is to provide supplementary comments on the proposal from the viewpoint of their own sector and its legislation. Most of the consulted external constitutional experts have their background in the academic world. Because there is only a limited number of people in Finland who have specialized in constitutional issues, the number of constitutional experts is actually quite small. Usually, the Committee does not restrict in advance the topics to be discussed by the experts. Since the experts often have their own special expertise, it is quite possible that the experts do not cover all the relevant questions.

That phenomenon can easily lead to the conclusion that the system of experts is not able to guarantee that all the constitutional rights are considered and weighted in the committee process. Even some other critical aspects can be discussed, i.e. whether it is problematic from the parliamentary point of view that the expertise is not anchored more steadily in the Committee. From time to time, there have also been discussions about the

experts' real opinions when they might have taken part in the drafting of the same proposals in the earlier stages of the legislative process.

The opinions of the constitutional experts do not bind the Committee but they usually form the basis for the Committee statements.

The Constitutional Law Committee is the only committee whose statements are mentioned in the Constitution. In this respect, they have greater constitutional significance, even if they are not, strictly speaking, legally binding. The Committee's interpretation on the constitutionality of a legislative proposal is, however, in practice binding on the other committees and the plenary of the Parliament. The standing of the Committee upon the matter which legislative procedure shall be followed is taken into account without exceptions.

The Committee can be characterized as a political body that has partly political, partly legal tasks. Like any other committee of the Parliament, the Constitutional Law Committee consists of politicians. This has constantly raised questions whether that kind of a body can in all circumstances draw a line between political and legal / constitutional considerations.

Ex post review – control by the courts of law

The new Constitution of the year 2000 includes a provision on *the primacy of the Constitution* (§ 106). It reads: "If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution."

Review by the courts of law is justified by the fact that, despite the careful ex ante review of the constitutionality of Acts, and on their compatibility with the legal system as whole, it is not possible to have comprehensive guarantees that there will not be any infringements of the Constitution. The primacy provision of the Constitution is a mechanism to be used for solving conflicts between legal norms in ordinary Acts and in the *Constitution in concrete cases*. Primacy is to be given to the legal norm in the Constitution so that another legal norm in an Act is not to be applied.

The review by the courts is ex post review. As such, it guarantees the compliance with the Constitution and the constitutional rights when the legislative procedure has been erroneous or the constitutional questions have been ignored or unseen in the ex ante procedure.

The primacy provision is applied only to Acts. It is not applied to Decrees because it is specifically prohibited by the Constitution (§ 107) to apply a Decree or any other statute of lower level that is in conflict with the Constitution or an Act.

The primacy provision is not applied to international treaties or EU legislation. This is partly because Finland has given primacy, for instance, to

the European Convention on Human Rights and EU law over laws passed by the Finnish Parliament. Therefore, the courts of law are generally required to give primacy to these international obligations when there is a conflict.

The primacy provision may be applied only if the conflict with the Constitution is "evident". The wording has been discussed extensively and it has even been proposed that the wording should be deleted from the text of the Constitution.

According to the preparatory works to the Constitution, the primacy provision shall not be applied if the Constitutional Law Committee has taken a stand on their relationship with the Constitution. That means that the provision shall primarily be applied to Acts that have not been discussed by the Committee. Therefore, there is in principle no double control of the same Act's relationship to the Constitution.

However, these two alternatives, ex ante review and ex post review, do not necessarily exclude each other. It is quite possible that a legislative proposal is flawless and the abstract review does not reveal any situations that would be in conflict with the Constitution. In practice, such situations may still arise. By virtue of § 106 of the Constitution, the court of law can in a concrete case give the Constitution primacy by not applying the Act. This does not mean that the provision disregarded would be null and void. It remains in force. Thus, the application of § 106 of the Constitution does not directly affect the legal validity of an Act or a provision in that Act.

All the courts of law have the same possibility of applying the primacy provision, although in practice it has mostly been applied by the Supreme Court and the Supreme Administrative Court.

When the review by the courts was made possible by the primacy provision in the Constitution, the legislature strongly underlined the Constitutional Law Committee's leading role in the scrutiny of constitutionality. The emphasis put on the Constitutional Law Committee's role can also be explained partly by the prevailing negative attitude towards a constitutional court. The primacy provision was introduced by considering that the concrete ex post review by courts of law - and only in individual cases - was easier to adapt to the Finnish legal system than a completely new court.

On the other hand, the primacy provision was not intended to be the primary course of action. In fact, the Constitutional Law Committee has, in its report concerning the amendments to the Constitution, introduced *principles for constitutional rights-friendly interpretation of the law*.

According to these principles, any conflict that may arise between an Act and the Constitution in a concrete case shall primarily be solved by means of interpretation. Among the feasible interpretations, the court must choose one that considers the Constitution as a whole, that best serves the intention of the constitutional right, and that eliminates alternatives

conflicting with the Constitution. When using this kind of interpretation, it is not necessary to use the primacy provision at all.

For the courts, the choice of the constitutional rights-friendly interpretation is a way to apply § 22 of the Constitution. According to § 22 "the public authorities shall guarantee the observance of basic rights and liberties and human rights". The said provision includes also the general duty to safeguard constitutional and human rights and to see that these rights are realised in practice.

The line between the two instruments, the primacy provision and the constitutional rights-friendly interpretation, is not completely clear. A concrete case can be solved and have the same result by applying either of them.

РЕЗЮМЕ

В настоящей работе понятие конституционных прав охватывает все права и свободы человека, упомянутые в Конституции Финляндии.

Финская система конституционного контроля весьма существенно отличается от других систем. В Финляндии основное внимание уделяется парламентскому контролю, который дополняется судами, в первую очередь судами последней инстанции (Верховный суд и Высший административный суд). Есть и другие субъекты, которые принимают участие в этом. Это означает, что нет никакого отдельного высшего органа, чья единственная обязанность - контроль за соблюдением конституционных прав.

Перманентный и тщательный контроль осуществляется с целью, чтобы никакие законы не противоречили Конституции.



НЕКОТОРЫЕ ПОДХОДЫ К РАЗРАБОТКЕ ИНСТРУМЕНТАРИЯ И МЕТОДОВ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННОЙ ДИАГНОСТИКИ

ГАЙК САРГСЯН

Декан факультета экономики и менеджмента ЕГУ

Позвольте поблагодарить за возможность представить на Международной конференции некоторые вопросы конституционного мониторинга. Это:

- введение в конституционную экономику;
- оценка уровня конституционности в контексте конституционной диагностики;
- моделирование и управление конституционных процессов применением методов кластерного и дискретного моделирования;
- результаты и выводы.

Введение в конституционную экономику.

Преобразования, происходящие в процессе развития в правовой, политической, экономической и культурной жизни общества, а также как результат этого вызовы конституционализации социальной жизни, предъявили публичному управлению требования новых и более эффективных решений. С этой точки зрения каждая из общественных наук предпринимает в своей сфере всеобъемлющие и междисциплинарные исследования.

Конституционная экономика в последние десятилетия стала одним из самых быстро развивающихся направлений экономики. Ряд ведущих университетов мира активно занимаются изучением взаимосвязи между конституционными положениями и экономическими показателями. Об этом свидетельствуют многочисленные публикации, специализированные журналы (*Constitutional political economy*¹), а также программы создания международных широкомасштабных специализированных баз данных².

Убеждены, что исследованиям придаст новый импульс, как отметил в докладе профессор Г. Арутюнян, разработанный Венецианской комис-

¹ <http://link.springer.com/journal/10602>.

² Comparative Constitutions Project's (CCP), Available at: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>.

сией Контрольный список верховенства права³, который предоставит возможность провести всеобъемлющий анализ и сделать прогнозы в аспекте урегулирования процесса экономико-правовых развитий и управления им.

Исследования последних лет, особенно междисциплинарного характера, показывают, что обеспечение полноценной и эффективной деятельности рыночных сил невозможно реализовать без учета той законодательной и конституционной среды, в которой осуществляется жизнедеятельность общества. Из всего этого следует, что **сферой и предметом конституционно-правового регулирования может быть экономика в целом** и экономические отношения, изучение которых и выдвижение их эффективных решений может быть осуществлено *на основе оценки уровня мониторинга конституционализма и управления им*. В глобальном аспекте высокий уровень конституционализма характерен немногим странам мира. Во многих странах *дефицит конституционализма, шероховатости и порою провалы* (см. рисунок 1) получили большие размеры, что нашло отражение в различных сферах общественной жизни, в частности, в социально-экономической сфере - торможением ее развития.

Сегодня недостаточное функционирование институтов управления экономикой и ее регулирования препятствует естественной и создающей благо деятельности рыночного механизма. Его сегодняшние проявления становятся очевидными особенно при сращении политического-экономического-административного потенциала. Это мины долговременного действия, обезвреживание и эффективное разрешение которых надо искать в правовых регулированиях, обеспечивающих достаточный уровень конституционализма. Таков действенный путь противостояния сформировавшимся вызовам.

Изучение проблем конституционализма и выдвижение их эффективных решений особенно важны в развивающихся странах и в странах с переходной экономикой, где имеется большой разрыв между провозглашенными конституционными положениями и действующими правилами. В современных условиях выбор эффективной экономической политики во многом зависит от *раскрытия дефицита конституционализма (степени разрыва), его состава и структуры, мультипликативных эффектов и механизмов передачи его влияния на экономику, от внедрения системы оптимального управления по всей длине функциональной и институциональной цепочки "функция-институт-полномочие-ответственность" во всех правительственных звеньях*.

Экономико-методологической основой выдвижения решений вышеизложенных проблем служит конституционная экономика, которая является одним из элементов возрождения классической экономики. Сог-

³ См. Доклад Европейской комиссии "За демократию через право", CDL-AD (2016)007, Страсбург, 18 марта 2016 г.

ласно Бьюкенену "...конституционная экономика изучает (конституционные) действующие признаки правил, институты, в рамках которых индивиды влияют на те процессы, посредством которых эти правила и институты возникают и избираются"⁴.

Если в традиционной экономике анализы сосредотачиваются на выборе в рамках существующих ограничений, то конституционная экономика направляет анализ к выбору между ограничениями, тем самым представляя "более высокий" уровень рассмотрения.

Характеристика конституционализма, которая всесторонне представлена Г. Арутюняном, позволяет представить процесс диагностики (механизма мониторинга) и оценки конституционализма.

В рамках представлений об основной идее и намеченных целях конституционной экономики уместно привести "Обобщенную теорему Коуза" исландского экономиста Трайна Эггертсона, согласно которой "экономический рост и развитие страны в основном не зависят от типа существующего правительства, если расходы на транзакции в экономической и политической сферах равны нулю. Однако, когда транзакционные издержки положительны, то распределение власти внутри страны и институциональная структура её нормотворческих учреждений являются важнейшими факторами её развития".

Исходя из положений неинституционализма, отметим, что транзакционные издержки, иначе говоря, функциональные добавочные издержки, или в переносном значении расходы на преодоление силы трения, обусловленной шероховатостями, в экономической и политической сферах имеют ряд компонентов. Они возникают на рынке (рыночные транзакционные издержки), в организациях (управленческие издержки) и на уровне правительства (политические транзакционные издержки)⁵.

По сути, теоретико-практические исследования, посвященные проблеме определения уровня конституционализма, разнообразны по аппарату характерных им понятий и методологии, в зависимости от сформулированных соображений. С точки зрения креативной экономики, среди них выделяются теоретико-игровые, эконометрические модели. Т. Аджемоглу и Дж. Робинсон в своей статье "Жизнеспособность власти, элит и институтов"⁶ показывают возможность существования стабильного сбалансированного состояния, о которой утверждает профессор Г. Арутюнян в представленной на настоящей Конференции концептуальной доктрине. Функциональное соотношение *de jure* и *de facto* политических властей представляется следующим образом:

⁴ Buchanan, James, M., (1990) The Domain of Constitutional Economics, Constitutional Political Economy, Vol. 1, No. 1, p. 49.

⁵ См. Саргсян Г., Маркосян А. Трансформация и перспективы подъема экономики Армении (расширенное резюме). - Ер.: Зангак, 2014. - С. 70.

⁶ См. Daron Acemoglu and Robinson James A. "Persistence of Power, Elites and Institutions", American Economic Review, 98 (1), 2009. - С. 267-293.

- de jure политическая власть обуславливается официальными политическими институтами (**конституция**);
- de facto политическая власть определяется организациями отдельных групп и сбалансированными инвестициями, направленными на создание и сохранение de facto политической власти;
- предполагается, что страна может находиться в двух положениях — в "демократическом" и "недемократическом". Предполагается также, что существуют два типа игроков — "народ" и "элита", в этом случае в "демократическом" положении народ имеет возможность большего влияния на de jure политическую власть.

Некоторые результаты исследования заключаются в следующем:

- влияние институтов на экономические результаты страны (economic outcome) зависит от взаимоотношений de jure и de facto политических властей;
- de facto политическая власть часто в вопросе установления распределения экономической политики и ресурсов играет большую роль, чем институты;
- de facto политическая власть принадлежит определенным группам как результат "настырности" (possessed by groups as a result of their wealth, weapons, or ability to solve the collective action problem);
- de jure изменения или реформы политической власти приводят к перераспределению de facto политической власти, так чтобы нейтрализовать влияние реформ;
- при "демократии", чтобы иметь de facto политическую власть, от элиты может потребоваться больше инвестиций, чем при "отсутствии демократии";
- в определенных условиях политические институты могут активно меняться, в то время как экономические институты могут существовать продолжительное время.

"Демократия" может быть стабильной и существовать долго, однако экономические институты будут действовать в большей мере для элиты. Более того, вероятность существования содействующих элите институтов больше при "демократии", чем при "недемократии". Эту ситуацию авторы назвали "захваченной демократией" (Captured Democracy). Возможность существования такого стабильного сбалансированного состояния является главным результатом исследования авторов и может объяснить то обстоятельство, что в экспертных исследованиях получаются противоречивые результаты: с одной стороны, существование "демократии" способствует экономическим результатам, с другой стороны, при "захваченной демократии" она может стать препятствием.

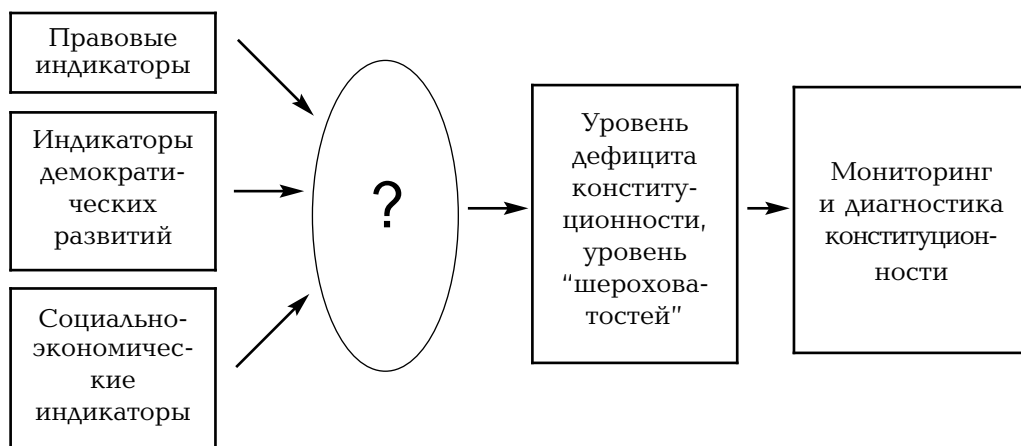
Оценка уровня конституционализма в контексте конституционной диагностики

Теперь же позвольте перейти от представляющих самостоятельный аналитический интерес моделей к нашему предмету рассмотрения - некоторым методическим подходам к оценке уровня конституционализма, которые строятся на определенных исходных положениях понятия конституционализма.

Оценку конституционализма можно представить как направленный на уточнение размера существующих шероховатостей, дефицита и провалов конституционализма процесс, на основе которого осуществляется мониторинг экономико-правовых процессов и управление ими.

Заметим, что при глубоком экспериментальном исследовании дефицита и "шероховатостей" оценивается уровень конституционализма.

Рис 1. Оценка конституционности с точки зрения правовых, демократических и социально-экономических индикаторов.



Процесс конституционализации начинается с оценки, измерения уровня конституционности и в конечном итоге приводит к выдвиганию научно-методических подходов относительно решения основных вопросов, связанных с управлением им.

Одним из предложенных подходов к оценке конституционности является ее реализация посредством совокупности правовых, демократических и социально-экономических индикаторов⁷. Эти три основы признаны основанием формирования состава показателей оценки конституционализма. В связи с каждой из них нами условно были рассмотрены следующие индикаторы:

⁷ Арутюнян Г.Г. Конституционный мониторинг. – Ереван: Нжар, 2016. - С. 90-92.

Основа 1. Правовое государство:

- А. Правовой показатель
- Б. Коррупция
- В. Право собственности

Основа 2. Демократические реформы:

- Г. Избирательный процесс
- Д. Свобода высказываний и убеждений
- Е. Участие гражданского общества

Основа 3. Социально-экономические:

Ж. Уровень человеческого развития (интегральный показатель ВВП на душу населения, образовательного и здравоохранительного уровня населения);

- З. Коэффициент Джини.

Условность состава показателей в том, что конституция любой страны может содержать сотни норм, положений относительно гражданско-политических, социально-экономических прав, разделения и деятельности ветвей власти. Выделение в составе показателей определенных норм осуществляется в конкретных целях, с указанием четких критериев, на основе которых формируется конкретный сценарий исследования. В общем случае выбор сценария обусловлен той средой (*страны, состав показателей*), в которой диагностируется индекс конституционализма. В данном случае данные о показателях в разрезе конкретной страны получены из базы данных Freedom House, Всемирного банка, Transparency International и индекса человеческого развития ООН за 2015 год (при отсутствии — за последний доступный период) и представлены в Таблице 1.

Таблица 1.

База данных по оценке конституционализма

	Индикаторы правового государства			Индикаторы демократических развитий			Социально-экономические индикаторы	
	<i>А</i>	<i>Б</i>	<i>В</i>	<i>Г</i>	<i>Д</i>	<i>Е</i>	<i>Ё</i>	<i>Ж</i>
Албания	9	33	35	8	13	6	73.3	64.7
Армения	6	37	20	5	9	5	73.3	68.5
Азербайджан	2	29	20	1	3	3	75.1	66.3
Беларусь	2	31	20	0	3	2	79.8	73.99
Босния и Герцеговина	8	39	20	8	10	5	73.3	67

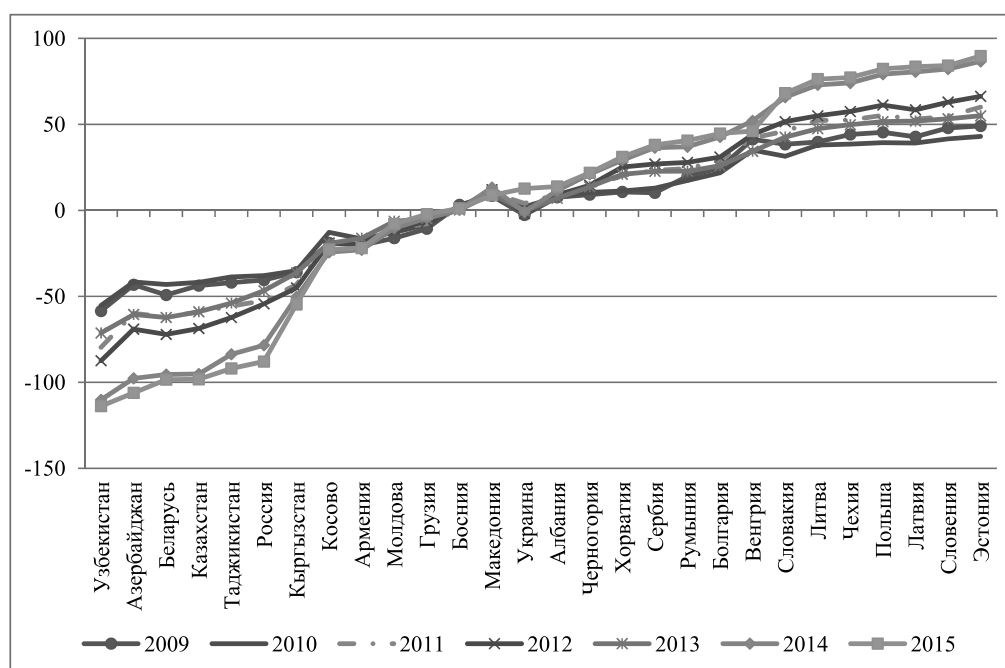
Болгария	10	43	30	11	14	8	78.2	64
Хорватия	11	48	35	12	14	7	81.8	68
Чехия	14	51	75	12	16	8	87	73.9
Эстония	14	69	90	12	16	9	86.1	67.1
Грузия	8	52	40	9	11	6	75.4	60
Венгрия	10	54	45	9	13	6	82.8	69.5
Казахстан	4	29	30	2	4	2	78.8	73.7
Кыргызстан	4	27	20	6	9	7	65.5	72.6
Латвия	12	55	50	12	15	6	81.9	64.5
Литва	13	58	65	12	16	9	83.9	64.9
Македония	7	45	35	6	10	6	74.7	56.4
Молдова	7	35	40	10	11	8	69.3	71.5
Черногория	10	42	40	9	12	7	80.2	66.8
Польша	13	61	65	12	16	8	84.3	67.6
Румыния	12	43	35	11	14	7	79.3	72.7
Россия	2	27	20	1	3	3	79.8	58.4
Сербия	10	41	50	10	14	7	77.1	61.3
Словакия	12	50	50	12	15	9	84.4	73.9
Словения	14	58	60	12	14	8	88	74.4
Таджикистан	3	23	20	1	4	4	62.4	69.2
Туркменистан	0	17	5	0	1	1	68.8	75.5
Украина	6	26	25	9	11	4	74.7	75.5
Узбекистан	0	18	20	0	0	3	67.5	64.73

На основе данных, опубликованных Freedom House, в работе Г. Арутюняна⁸ описанным методом рассчитан индекс конституционной устойчивости для 28 стран с переходной экономикой.

Динамика уровня конституционализма показывает, что в 2009-2015 гг. Армения была в ряду тех стран, показатель конституционной устойчивости которых в приведенной шкале близок к нулю. Как видно из схемы 2, эти страны можно охарактеризовать как страны, имеющие определяемый этим показателем средний уровень. Можно также заметить, что в 2015 году разница в показателях конституционной устойчивости между странами с высоким и низким уровнями возросла за счет прогрессивного развития стран с высоким уровнем.

⁸ Арутюнян Г.Г. Конституционализм: уроки, вызовы, гарантии. — Киев: Логос, 2011.

Рис.2 Динамика показателя конституционной устойчивости в 2009-2015 годах



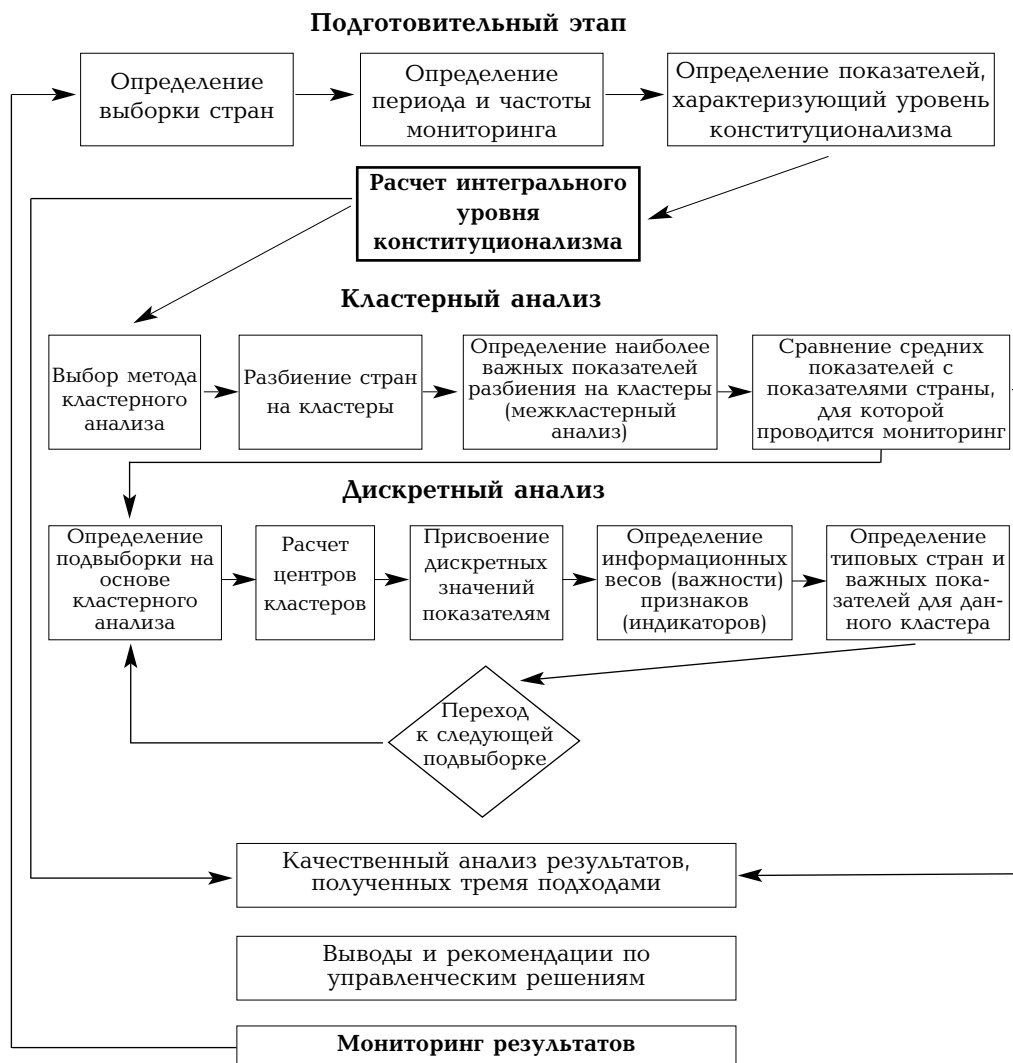
Моделирование и управление процессом конституционализации с применением методов кластерного и дискретного моделирования.

Нами оценка конституционализма осуществляется параллельно методологическими подходами кластерного анализа и дискретного моделирования. Этапы процесса оценки представлены в схеме 3⁹.

Кластерный анализ является методом многомерного статистического анализа, который позволяет классифицировать и группировать большое число однородных объектов в группы меньшей размерности. Широко распространены два подхода кластерного анализа: *кластерный анализ методом к-средних* и *иерархический метод кластерного анализа*, которые имеют множество вариаций. *Иерархический метод кластерного анализа* чаще всего предполагает, что изначально каждое наблюдение представляет собой один кластер. На первом шаге ближайшие кластеры объединяются в один на основании расчета заранее установленного показателя близости. Существует большое количество показателей близости. Следующим шагом процесс объединения кластеров продолжается до тех пор, пока не останутся два кластера. На каждом шаге иерархического кластерного анализа число кластеров уменьшается на единицу.

⁹ Саргсян Г., Мхитарян Ж. Оценка уровня конституционализма страны по методам дискретного моделирования и кластерного анализа // Вестник Армянского государственного экономического университета, N.3, (39), 2015. - С. 111-127.

Рис. 3. Схематическое описание процесса оценки конституционализма



* На конкретных примерах будут представлены сценарии чтобы показать, что нами было загружено (состав индикаторов, классы наблюдаемых стран, выбранным по разным критериям и т.д.).

При большом количестве наблюдений иерархический кластерный анализ занимает довольно много времени. В таких случаях используют алгоритм кластеризации *к-средних*. Недостаток последнего заключается в том, что число кластеров должно быть определено заранее. На первом шаге этого метода произвольно выбираются *к* наблюдений, которые считаются центрами кластеров. На последующих шагах центр кластера меняется, если находится такое наблюдение, расстояние от которого до данного кластера больше расстояния до ближайшего клас-

тера. Этот процесс продолжается до тех пор, пока величина изменений расстояния центров кластеров становится минимальной¹⁰.

В программном пакете SPSS оба метода кластеризации реализованы. Помимо этого, реализован также алгоритм двушагового кластерного анализа, основанного на двух вышеописанных методах. В результате появляется возможность найти для анализируемых данных самый оптимальный вариант кластеризации и определить важность факторов¹¹. В данной работе все расчеты были выполнены посредством алгоритма двушагового кластерного анализа.

Посредством двушагового кластерного анализа страны были разбиты на три кластера. При указанной кластеризации качество модели хорошее, одна половина наблюдаемых стран была объединена в одном кластере, а другая - распределилась поровну в двух других кластерах. Перечень стран, принадлежащих к каждому кластеру, представлен в таблице 2.

Таблица 2. Кластеры и принадлежащие им страны согласно уровню конституционализма

Кластер 2. Средний уровень	Кластер 1. Низкий уровень	Кластер 3. Высокий уровень
Албания	Азербайджан	Чехия
Армения	Беларусь	Эстония
Болгария	Казахстан	Латвия
Хорватия	Россия	Литва
Грузия	Таджикистан	Польша
Венгрия	Туркменистан	Словакия
Кыргызстан	Узбекистан	Словения
Македония		
Молдова		
Черногория		
Румыния		
Сербия		
Украина		
Босния и Герцеговина		

¹⁰ Саргсян Г., Мхитарян Ж., Нагапетян С. Парадигма конституционализма: экономические аспекты, проблемы оценки // Вестник Ереванского университета: социология, экономика, N.2, (17), 2015. - С. 36-51.

Саргсян Г., Мхитарян Ж., Нагапетян С. Конституционализм в контексте конституционной экономики // Актуальные проблемы экономической теории и практики. Кубанский государственный университет, N.19, 2015. - С. 33-42.

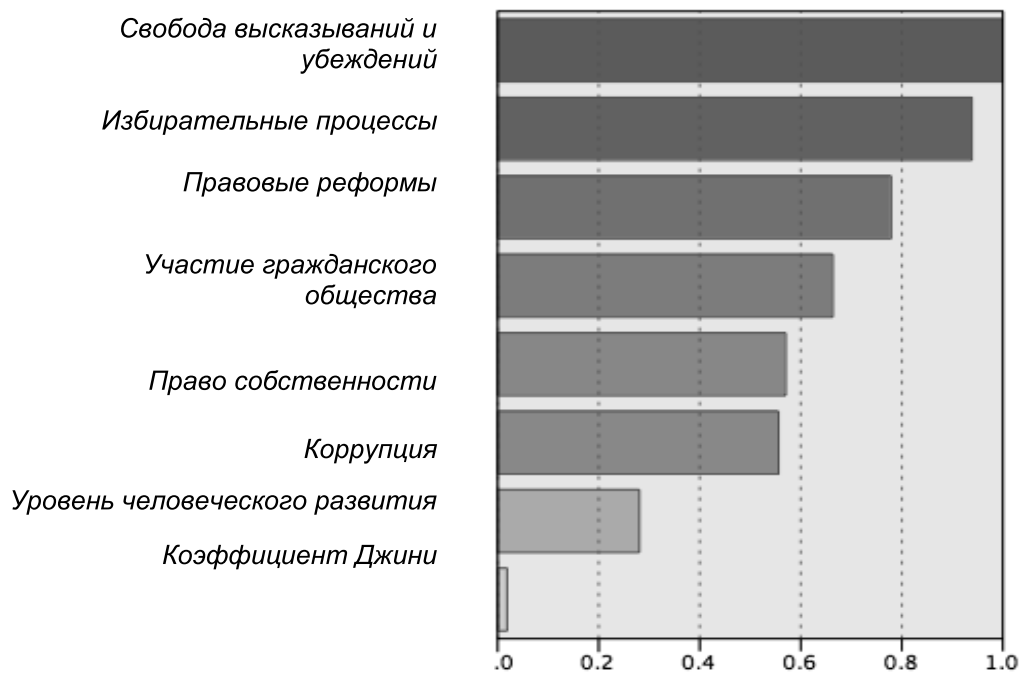
Мхитарян Ж. Концептуальные подходы к оценке конституционализма // Вестник Инженерной академии Армении, Том 12, N.3, 2015. - С. 437-446

Сошникова Л.А. и др. Многомерный статистический анализ в экономике. - Москва, 1999.

¹¹ The SPSS Two Step cluster component, Technical report, available at http://www-01.ibm.com/support/knowledgecenter/SSLVMB_21.0.0/com.ibm.spss.statistics.help/alg_twostep.htm.

В контексте упомянутой кластеризации наибольшую важность получили индикаторы свободы высказываний и убеждений, избирательного процесса и верховенства права. Они в порядке убывания важности представлены в схеме 3.

Схема 4. Уровень важности индикаторов в кластерном анализе



Следующий шаг оценки конституционности (Схема 3) предполагает применение методов дискретного моделирования.

В рамках исследования стран посредством таких понятий дискретного моделирования, как "диагностический тест", "проверочный тест" и других понятий, в частности, определяются:

- информационный вес индикатора (важность, оценка и сила влияния на рассматриваемые явления)
- информационный вес страны, по которому объекты могут быть классифицированы и разделены на кластеры. Может быть определен также наиболее типичный объект в данном классе.

Определение 1 (диагностический тест). Подмножество столбцов (i_1, i_2, \dots, i_k) таблицы T (подмножество соответствующих индикаторов) называется *диагностический тест* (или просто *тест*) для таблицы T , если все линии, возникшие в подтаблице посредством этих столбцов, отличаются друг от друга. В нашем случае таблица T может быть представлена в виде строк и столбцов, содержащихся в **Таблице 1**.

Определение 2 (тупиковый тест). Тест таблицы T называется *тупиковый*

вым, если ни одно из его собственных подмножеств не является тестом для этой таблицы.

Из этого определения следует, что если удалить из тупикового теста таблицы T любой из столбцов (индикаторов), то для этой таблицы он больше не будет являться тестом. Очевидно, что множество всех столбцов в таблице T ($1, 2, \dots, n$) (множество P индикаторов) является тестом, так как предположительно все строки таблицы отличаются друг от друга. Тупиковый тест представляет собой результат такого "сжатия" информации, содержащейся в таблице T , посредством которого еще можно отличить друг от друга все объекты множества E . Таким образом, тупиковый тест фактически описывает объекты множества E без "лишних" индикаторов. Естественно предположить, что если какой-нибудь из индикаторов часто встречается во множестве всех тупиковых тестов, то он будет более "важным". Эта мысль приводит к введению понятий, перечисленных ниже.

Обозначим общее число всех тупиковых тестов таблицы T буквой k , а количество тех тупиковых тестов, в которых встречается столбец j - буквами $k(j)$. Понятие "информационный вес индикатора" будет показывать уровень его важности в рассматриваемом явлении и может стать основой классификации индикаторов.

Определение 3 (информационный вес индикатора). Величина $P(j) = k(j)/k$ называется информационным весом индикатора j ($j = 1, 2, \dots, n$). Величина $P(j)$ оценивает значимость индикатора j (силу его влияния) для рассматриваемого явления.

Исследование тестов посредством приведенных выше понятий требует согласно определенному критерию приписывание всем показателям бинарного счисления (0 или 1). В качестве такого критерия признан факт нахождения выше (приписано значение 1) или ниже (приписывается значение 0) кластерного среднего. В соответствии с этим сформировалась база данных дискретного моделирования. Из первого кластера были удалены Румыния и Сербия, а из второго - строки Азербайджана (совпадают соответственно со строками Хорватии, Черногории и России).

Результаты и выводы. С точки зрения кластерного разделения или уровня конституционализма менее важной основой является социально-экономическая (на схеме 4 оба показателя этой основы находятся на последнем месте по важности). Эта констатация говорит о том, что страны с переходной экономикой в рамках восстановительного экономического роста смогли в некоторой степени исправить основные социально-экономические макропоказатели. Причем этот процесс в странах с переходной экономикой протекал сравнительно равномерно. Разница в уровнях конституционализма стран с переходной экономикой проявляется в сфере верховенства права и демократии.

В качестве гипотезы можно также предположить, что дальнейший экономический рост в странах с переходной экономикой, который уже не может носить восстановительный характер, должен быть во многом предопределен вышеуказанными новыми качественными признаками, каковыми являются верховенство права и демократия. Это означает, что *проблемы дефицита конституционализма будут иметь преобладающее значение в обеспечении дальнейшего экономического роста и развития стран с переходной экономикой*. Те страны, которые смогут в ближайшее десятилетие осуществить радикальные конституционные и институциональные изменения, смогут в иных одинаковых условиях обеспечить качественный экономический рост. Следующий вопрос, ответ на который очень важен с точки зрения разработки политики, заключается в следующем: какая из основ с точки зрения конституционализма является наиболее важной для стран с переходной экономикой – верховенство права или демократия? Как можно заметить из схемы 3, более всего страны с переходной экономикой отличаются достижениями, зафиксированными в сфере демократии. Первые два места занимают именно показатели этих основ.

Армения в результате этих исследований очутилась в кластере среднего конституционализма. В таблице 3 приведены средние значения кластеров со средним и высоким уровнем конституционализмом и показатели Армении. В двух последних столбцах приведена процентная разница показателя Армении со средними указанных кластеров. Отрицательный знак показывает, что показатель Армении выше, чем среднее данного кластера.

Таблица 3. Армения в сравнениях кластеров со средним и высоким уровнем конституционализма по указанным индикаторам

	Среднее кластера со средним уровнем конституционализма	Среднее кластера с высоким уровнем конституционализма	Армения	Разница РА со средним кластера со средним уровнем конституционализма	Разница РА со средним кластера с высоким уровнем конституционализма
Верховенство права	8	13	6	40.48%	119.05%
Коррупция	40	57	37	9.07%	55.21%
Право собственности	34	65	20	67.86%	225.00%
Избирательный процесс	9	12	5	75.71%	140.00%

Свобода высказываний и убеждений	12	15	9	30.95%	71.43%
Участие гражданского общества	6	8	5	27.14%	62.86%
Уровень человеческого развития	76	85	73.3	3.19%	16.08%
Коэффициент Джини	67	69	68.5	-2.14%	1.42%

На основании данных таблицы можно сделать вывод, что избирательные процесс, право собственности и правовой индекс являются теми показателями, по которым Армения обладает самой большой разницей по сравнению со средним своего кластера и средним кластера, имеющего высокий уровень конституционализма. Следовательно, это те факторы, которые должны иметь наибольшее значение при разработке политики развития Армении. Напомним, что в результате кластерного анализа мы получили, что для стран с переходной экономикой избирательные процесс и верховенство права являются важнейшими из трех характеризующих конституционализм факторов. Иными словами, именно эти важные факторы являются основной причиной дефицита конституционализма в Армении.

Таким образом, кластерный анализ позволяет установить основные факторы разных уровней конституционализма в странах с переходной экономикой, а также спроектировать влияние этих факторов на Армению. Следующим шагом была сделана попытка путем дискретного моделирования¹² вычислить для каждой группы, определяемой по уровню конституционализма, силу влияния индикаторов (таблица 1, от А до Ж) внутри кластеров.

Результаты подсчетов представлены отдельными сценариями. Приведем один-два примера.

Итак, в том, чтобы оказаться среди стран, имеющих низкий уровень конституционализма (в аспекте причисления к этому классу стран) (см. таблицу 2), наибольшую силу влияния, важность имели следующие индикаторы: А. Правовой показатель; В. Право собственности; Д.

¹² Саргсян Г., Тоноян Г., Кочинян Н. Дискретное моделирование в вопросах познания и классификации. — Ер.: Зангак, 2015. — С. 10-11.

Свобода высказываний и убеждений. Иными словами, эти показатели обуславливают низкий уровень конституционализма, при котором в этих странах "не действует" верховенство права (первичное слагаемое конституционализма), плохо защищено право собственности.

Такие же сценарии показывают, что в кластере стран с высоким уровнем конституционализма схожесть стран определяется индикатором Г - избирательный процесс.

Для стран со средним уровнем конституционализма важным индикатором стал индикатор Е - уровень человеческого развития.

Изучение сценариев в аспекте оценки конституционализма, количественного и качественного анализа обуславливающих его уровень факторов содержит богатый материал. Решение вопросов познания и классификации стран по определенной совокупности индикаторов и их всесторонний причинно-следственный анализ являются основанием для разработки соответствующих механизмов по выдвиганию и решению основных вопросов управления процессом конституционализации страны.

Переход от правовой, демократической, социально-экономической ситуации в стране к качественно другой ситуации с более высоким показателем конституционализма с точки зрения транзитологии имеет множество геополитических и местных особенностей.

Мониторинг и управление дефицита конституционализма - ни что иное как выдвигаемая задача системных изменений. Причем, если для Армении на видимом горизонте пока еще в ряду задач, которым характерна неопределенность решений, находятся непрекращающиеся военные действия, транспортно-коммуникационные ограничения, обусловленные сухопутной блокадой, которые в основном являются факторами внешнего воздействия, то измерение, мониторинг и управление закрепленных в Конституции норм — это наша сегодняшняя задача, сегодняшний императив.

SUMMARY

The reforms taking place in the process of development in the legal, political, economic and cultural life, challenges of constitutionalization of social life can be an effective solution based on the level of assessment, monitoring and management of constitutionalism. It is stated that the choice of an effective policy depends largely on the disclosure of the causes and determination of the level of constitutionalism deficit, changing its composition and structure.

Some methodological approaches to assessing the level of constitutionalism are made by the conceptual apparatus of cluster analysis and digital modeling. The inclusion of certain regulations of the indicators is carried out for a specific purpose with clear criteria on which the research scenario is based.

Constitutional diagnosis after registration of the database was made by cluster and inter-cluster analysis on the example of the 28 countries with economies in transition.

Testing of the proposed methodology and tools of comparative analysis can also monitor changes in the characteristics of the importance of constitutionalism. In the next stage by discrete modeling for each group measure power (importance) of influence within clusters of indicators was calculated.

Identification and classification of countries and a comprehensive causal analysis serve as the basis for the development of mechanisms for the nomination and solution of the major management challenges of constitutionalization of countries.



ПРАВОВЫЕ ПРОБЕЛЫ КАК КАТЕГОРИЯ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ДЕФЕКТОЛОГИИ: МЕТОДОЛОГИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА ПРЕОДОЛЕНИЯ

НИКОЛАЙ БОНДАРЬ

Судья Конституционного Суда Российской Федерации

Уважаемые коллеги! Дамы и господа!

Новая, очередная встреча в прекрасном, гостеприимном Ереване, где одним из основных вопросов наших дискуссий будут проблемы правовых пробелов, является ярким подтверждением того, что в реальной жизни, в системе человеческих, в том числе профессиональных, отношений, как не покажется на первый взгляд неожиданным, может быть значительно меньше пробелов, чем в правовой жизни. По крайней мере на своей памяти как конституционного судьи, не помню *ни одного октября очередного года, который был бы отмечен пробельностью, связанной с отсутствием Ереванской научно-практической дискуссии* по актуальным проблемам конституционного правосудия и – в более широком плане - современного судебного конституционализма. Уверен, что и официально, и неофициально мы еще не один раз поблагодарим наших армянских коллег, лично Председателя КС РА Гагика Гарушевича Арутюняна за эту прекрасную октябрьскую традицию, которая, повторяюсь, исключает какую бы то ни было пробельность в наших научных, профессиональных отношениях.

При всей многоплановости, межотраслевом характере проблемы правовых пробелов для нас, участников данной Конференции, эта проблематика представляет интерес прежде всего в свете их оценки как *одной из разновидностей конституционных дефектов права*. Кроме того, в этом я вижу прямую, органическую взаимосвязь обоих вопросов, обозначенных в повестке дня Конференции: практически все проблемы законодательных пробелов и правовой неопределенности в той или иной степени выходят на уровень конституционного мониторинга. Ведь, как справедливо отмечает один из отцов теории современного конституционного мониторинга профессор Г.Г. Арутюнян, «основная задача конституционного мониторинга - установление в стране конституционной законности и **преодоление дефицита конституционализ-**

ма..."¹ (выделено мною —Н.Б.). Очевидно, что правовая пробельность (в особенности приобретающая, как будет в дальнейшем показано, конституционный характер) напрямую ведет к дефициту конституционализма, хотя, попутно отмечу, что конституционные дефекты, включая правовые пробелы, могут возникать и в условиях *законодательного профицита*, который может стать серьезной причиной, предпосылкой не только отраслевой, но и конституционной инфляции.

Руководствуясь конституционно значимым *принципом самоограничения*, хочу отметить (прежде всего, для себя), что самой темой доклада заданы, по существу, две основные, требующие обсуждения проблемы. Это, **во-первых, методологические основы исследования правовых пробелов**, в том числе их выявление, преодоление, устранение с позиции участия конституционного правосудия в практической конституционной дефектологии. **Во-вторых**, для всех нас наверняка представляет интерес национальная **конституционно-судебная практика**, анализ конкретных способов, методов, средств, востребованных в конституционном правосудии для целей преодоления конституционно-дефектной пробельности.

1. Методология исследования правовых пробелов как категории конституционно-правовой дефектологии.

При том, что *законодательные пробелы* — а именно это понятие значится в сформулированном в качестве предмета обсуждения вопросе нашей Конференции — являются объектом самых различных, прежде всего общетеоретических исследований, очевидно, что в конституционном праве могут и должны быть свои аспекты научных интересов и практических потребностей.

Придерживаясь, по понятным причинам, тезисной формы изложения соответствующих вопросов, представляется важным отметить, что в качестве, своего рода, *исходной методологической основы* их исследования *выступает категория конституционно-правовой дефектологии*, в рамках которой могут рассматриваться и законодательные пробелы как разновидность дефектов правового регулирования.

Известно, что само по себе понятие "*дефектология*", по крайней мере в русском языке, употребляется в достаточно конкретном, узко-целевом варианте — как наука, изучающая закономерности развития, обучения и воспитания детей... с физическими и психическими недостатками. Оставляя в стороне вопрос о возможности и необходимости изучения (не обязательно - в указанном выше аспекте) недостатков... творцов законов, представляется вполне возможным распространить категорию дефектологии на правовую жизнь, сферу правового регулирования. При этом речь может идти, в моем представлении, не о со-

¹ Арутюнян Г.Г. Конституционный мониторинг. Ереван. 2016. С.239.

бирательно-общетеоретической, а о конституционно-правовой категории *конституционной дефектологии*.

В самом общем приближении конституционная дефектология (от лат. defectus — недостаток и греч. λόγος — учение, наука) — это наука, которая представляет собой исследование закономерностей возникновения, преодоления и устранения правовых дефектов, приобретающих конституционное значение с точки зрения оказываемого ими негативного воздействия на реализацию прав и свобод человека и гражданина, функционирование институтов конституционного строя. Очевидно, что соответствующие *закономерности* имеют не только формально-юридическое, правовое, но и вполне определенное социальное, политическое, а порой и финансово-экономическое содержание; без учета всей совокупности этих факторов порой невозможно уяснить природу, причины, механизмы проявления дефектов в правовом регулировании.

Поэтому конституционная дефектология не может сводиться к одним только формально-юридическим или юридико-техническим оценкам (хотя, безусловно, они имеют свое важное значение), а ее необходимо рассматривать как комплексное, многоаспектное научно-исследовательское и прикладное направление, в рамках которого должны анализироваться, в частности:

- а) дефекты конституционного мировоззрения, в том числе относящиеся к конституционным идеям, концепциям, имея в виду, например, идейную эклектику, противоречивость, заблуждения и иные недостатки, которые в конечном итоге отражаются на качестве правовых норм, их реализации;
- б) конституционные дефекты правового регулирования, которые могут иметь как материально-содержательное выражение (дефектность определения концепции нормативного правового акта, его места в общей системе законодательства, логическая противоречивость и т.п.), так и быть связаны с процедурно-процессуальными пороками, относящимися к проектированию, подготовке, принятию нормативного правового акта;
- в) конституционные дефекты толкования и применения нормативных правовых актов на практике, что касается, прежде всего, отступлений от требования единообразия правоприменительной практики, включая судебную, что влечет такие конституционно значимые последствия, как нарушение принципа правового равенства.

В этом плане к важным аспектам конституционной дефектологии следует отнести конституционный мониторинг правоприменения в целях оперативного выявления конституционных дефектов в законодательстве и практике его применения и адекватного реагирования на такие дефекты, а также исследование инструментов прогнозирования конституционных дефектов. Такое прогнозирование прежде всего пред-

полагает необходимость комплексного, в том числе научно-экспертного, анализа как собственно конституционно-правовых, так и иных - социальных, политических, экономических и прочих факторов и обстоятельств, связанных с принятием нормативного правового акта, так и по возможности всей совокупности непосредственных и опосредованных последствий — нормативно-правовых, правоприменительных, социально-политических — от введения вновь установленного правового регулирования.

Важно при этом учитывать, что конституционная природа правовых пробелов соотносится также с тем, что они предстают, по существу, как специфические отступления от верховенства права и Конституции. Поэтому и вопросы их преодоления, устранения: *во-первых*, приобретают конституционное значение и, *во-вторых*, могут быть адресованы не только законодателю и правоприменителю, но и юрисдикционным органам.

Особую роль здесь играет конституционное правосудие, поскольку конституционный суд по своей природе "больше, чем просто суд", он обладает уникальным потенциалом государственно-властного воздействия на правовую систему и все ее составляющие, включая доктринальные начала, нормативный материал, правоприменительную практику.

Сегодня становится все более очевидным, что преодоление правовых пробелов — специфическая форма реализации особой, *преобразовательной функции конституционного правосудия*. Конституционный суд выступает в этом случае, по существу, в качестве квазиправотворческого органа, что существенным образом повышает актуальность, практическую значимость данной проблемы.

Постановка проблемы правовых пробелов с позиции конституционно-правовой науки и конституционно-судебной практики является свидетельством того, что, избавившись от конституционных иллюзий, необоснованных надежд и ожиданий, связанных с самим наличием такого — пусть даже уникального — политико-правового явления, как конституция и законодательство о конституционном правосудии, мы должны быть готовы воспринимать эти вопросы во всех их реальных, неидеализированных качествах, отражающих вполне естественную противоречивость онтологических, аксиологических, а соответственно, и нормативно-правовых характеристик. Вместе с тем следует иметь в виду, что признание правовых пробелов в координатах конституционно-правовой реальности, соответственно предполагающее необходимость выделения такого явления, как конституционные пробелы, не должно вводить в заблуждение относительно оценки полноты или неполноты собственно конституции.

2. Когда и при каких условиях правовые пробелы приобретают качества конституционных пробелов?

Конституционные пробелы — это относительно самостоятельная научная категория. Определяя особенности конституционных пробелов в соотношении с общетеоретической категорией правовых пробелов², важно учитывать, что:

во-первых, *конституционные пробелы ни в коей мере нельзя отождествлять с понятием "пробел конституции"* — даже в том случае, если мы не будем считать конституцию беспробельной, хотя, надо подчеркнуть, подобный взгляд на конституцию носит во многом формальный характер, не учитывает особенностей природы этого акта как нормативно-ценностного ядра правовой системы (в скобках отмечу, что возможный пробел текста, буквы конституции "самопреодолевается" духом конституции);

во-вторых, *конституционные пробелы по своим содержательно-объемным характеристикам могут включать в себя дефекты не только конституционно-правовой, но всей системы правового регулирования*. Зачастую они носят комплексный, межотраслевой и многоуровневый характер, это могут быть пробелы, относящиеся практически к любой отрасли действующего законодательства.

Конституционная природа пробелов может иметь место в уголовном, гражданском праве, а также в любой другой отрасли права. Это и понятно, если иметь в виду, что и в материальных, и в процессуальных институтах отраслевого законодательства могут проявляться (в том числе в пробельно-конфликтной форме) интересы субъектов права, напрямую затрагивающие конституционные ценности равенства, справедливости, принципы юридической безопасности, соразмерности ограничений прав и свобод, сбалансированности частных и публичных интересов и т.п.

В связи с этим конституционное значение правовой пробел приобретает:

- а) *лишь при определенных обстоятельствах, связанных с характером и уровнем нарушения системности, согласованности правовых норм, конкретными затруднениями в правоприменении в соотношении с реагированием на них в рамках инстанционной организации публичной власти, включая задействование потенциала возможностей субъектов, уполномоченных обеспечивать единообразие правоприменительной, судебной практики;*
- б) *если с ним связываются некие конституционно значимые последствия, сопряженные с нарушением конституционных прав и свобод человека и гражданина, дисфункциональностью в работе институтов публичной власти.*

² См. подробнее: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм: доктрина и практика. М., Норма, 2015. С. 307-309.

Конституционные (а не все правовые!) пробелы — и есть предмет конституционного правосудия. Хотя Конституционный Суд, в частности России, не наделен специальным полномочием оценивать конституционность законодательных пробелов, он исходит из понимания того обстоятельства, что пробельность закона может являться основанием проверки его конституционности, когда пробел ведет к правоприменению, угрожающему соблюдению конкретных конституционных прав.

В этом плане исследование конституционных пробелов как разновидности правовых дефектов, уяснение их существа и способов преодоления не может ограничиваться формально-юридическим анализом соответствующих правовых актов, требует комплексной сущностной оценки их природы с позиции современного конституционализма.

Конституционный характер правовых пробелов связан также со следующими конкретными моментами, требующими своего уяснения и оценки в рамках конституционного правосудия.

Во-первых, *с природой самих общественных отношений, являющихся предметом соответствующего отраслевого регулирования*, имея в виду, что такие отношения в своей основе должны быть опосредованы конституционными принципами, нормами. Согласно Федеральному конституционному закону «О Конституционном Суде РФ» (ст. 68) Конституционный Суд прекращает производство по делу, если вопрос, разрешаемый законом, иным нормативным актом, конституционность которых предлагается проверить, не получил разрешения в Конституции или по своему характеру и значению не относится к числу конституционных. Это в равной мере относится и к оценке ситуаций, связанных с оспариванием нормативных правовых актов вследствие отсутствия в них необходимой полноты правового регулирования. В частности, это может касаться правового регулирования административных процедур. Так, в Определении от 20 марта 2007 г. № 221-О-О³ Конституционный Суд пришел к выводу, что вопрос об условиях правомочности заседания специализированного совета по защите диссертаций и принятия им положительного решения о присуждении ученой степени, не получил разрешения в Конституции, по своему характеру и значению не относится к числу конституционных и, таким образом, не может быть предметом рассмотрения Конституционного Суда.

Во-вторых, конституционный характер пробелов обусловлен *особенностями самих по себе пробелов*. Ведь правовой пробел становится конституционным не просто в силу своего формально-юридического

⁴ См.: Постановление КС РФ от 17 июня 2014 г. № 18-П по делу о проверке конституционности части четвертой статьи 222 Уголовного кодекса Российской Федерации и статей 1, 3, 6, 8, 13 и 20 Федерального закона «Об оружии» в связи с жалобой гражданки Н.В. Урюпиной // СЗ РФ. 2014. № 26 (Ч. II). Ст. 3633.

“происхождения” (имея в виду, что пробельностью обладает нормативно-правовой акт, являющийся источником конституционного права, хотя это тоже может иметь место), но для констатации наличия *конституционного* пробела важно уяснение его социальных и юридических последствий — как для состояния урегулированности общественных отношений, так и оценки степени (уровня) негативных последствий, причиняемых таким пробелом.

Если, например, в отраслевом нормативном правовом акте отсутствует надлежащая регламентация (гарантия) конституционного требования равенства и если эта ситуация будет квалифицирована как правовой пробел, независимо от его отраслевой принадлежности (налогового, гражданского, уголовного законодательства и т.п.), он приобретает конституционный характер в силу того, что с его наличием может быть связано претерпевание конституционно значимых последствий, нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина. Так, например, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 17 июня 2014 г. № 18-П⁴ было признано неконституционным положение ч. 4 ст. 222 УК Российской Федерации, предусматривающее уголовную ответственность за незаконный сбыт холодного оружия, в той мере, в какой — в системе сохраняющего неопределенность правового регулирования оборота холодного оружия, имеющего культурную ценность, приводящую к его произвольному истолкованию и применению, — данное законоположение не предполагает возможность учета специфики использования такого оружия и не позволяет лицу, желающему реализовать его как предмет, имеющий культурную ценность, осознавать общественно опасный и противоправный характер своих действий, а также предвидеть их уголовно-правовые последствия. В Постановлении от 21 октября 2014 г. № 25-П Конституционный Суд признал противоречащими Конституции отдельные положения УПК Российской Федерации в той мере, в какой этими положениями в системе действующего правового регулирования не предусматривается надлежащий правовой механизм, применение которого позволяло бы эффективно защищать в судебном порядке права и законные интересы лиц, не являющихся подозреваемыми, обвиняемыми или гражданскими ответчиками по уголовному делу, право собственности которых ограничено чрезмерно длительным наложением ареста на принадлежащее им имущество, предположительно полученное в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого⁵. Зако-

⁴ См.: Постановление КС РФ от 17 июня 2014 г. № 18-П по делу о проверке конституционности части четвертой статьи 222 Уголовного кодекса Российской Федерации и статей 1, 3, 6, 8, 13 и 20 Федерального закона «Об оружии» в связи с жалобой гражданки Н.В. Урюпиной // СЗ РФ. 2014. № 26 (Ч. II). Ст. 3633.

⁵ См.: Постановление КС РФ от 21 октября 2014 г. № 25-П по делу о проверке конституционности положений частей третьей и девятой статьи 115 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Аврора малоэтажное строительство» и граждан В.А. Шевченко и М.П. Эйдлена // СЗ РФ. 2014. № 44. Ст. 6128.

нодателю было поручено внести в действующее правовое регулирование изменения, направленные на ограничение срока (продолжительности) применения наложения ареста на имущество, разумность и необходимость которого должны определяться судом в процедурах, обеспечивающих предоставление собственникам арестованного имущества процессуальных прав, необходимых для защиты их права собственности от необоснованного или чрезмерно длительного ограничения.

В-третьих, конституционный характер правовых пробелов определяет **особенности методологии, подлежащей применению как при их исследовании, так и при практическом выявлении, преодолении, выполнении пробелов.** Основное методологическое значение в решении этих вопросов имеет характер (тип) конституционного правопонимания, иными словами, вытекающие из самой конституции характеристики понимания существа права, которое и является критерием, применяемым при оценке пробелов в законодательстве. Речь идет о свойственном Конституции России философско-мировоззренческом плюрализме, предполагающем сочетание юридико-позитивистских и естественно-правовых начал. Отсюда и методологическая позиция в анализе правовых пробелов, ориентированная различием права и закона и необходимостью формирования в конечном итоге как можно более полного выражения права именно в законе (в широком смысле этого слова), поскольку закон призван обеспечить формальную определенность права, необходимую полноту его нормативного выражения, его единообразное понимание и применение.

Соответственно, Конституционный Суд РФ признает существование так называемых *неформальных источников права* и, в частности, активно оперирует при осуществлении конституционного контроля общими принципами права и правовыми принципами, а также конституционными ценностями, вытекающими в том числе из духа Конституции. Конституционный Суд РФ не раз указывал на то, что в соответствии с этими конституционными ценностями и принципами права должны находиться (регулироваться, применяться, истолковываться), в частности, как права и свободы человека и гражданина, так и законодательные механизмы, действующие в сфере публичной власти. Так, опираясь на конституционные ценности правосудия и свободных выборов, которые должны действовать согласованно, Конституционный Суд РФ в Постановлении от 26 июня 2014 г. № 19-П⁶ пришел к выводу, что отсутствие в действующем законодательстве специальных

⁶ См.: Постановление КС РФ от 26 июня 2014 г. № 19-П по делу о проверке конституционности положений части 18 статьи 35 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», пункта 4 статьи 10 и пункта 2 статьи 77 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и пункта 3 статьи 7 Закона Ивановской области «О муниципальных выборах» в связи с жалобой граждан А.В. Ерина и П.В. Лебедева // СЗ РФ. 2014. № 27. Ст. 3849.

норм, непосредственно регулирующих порядок самороспуска представительного органа муниципального образования, включая обжалование в судебном порядке такого рода решений и их правовые последствия в связи с необходимостью безотлагательного проведения досрочных выборов, не может ставить под сомнение необходимость гарантирования судебной защиты прав депутатов представительного органа, принявшего решение о самороспуске, и вместе с тем соответствующие судебные процедуры, касающиеся проверки законности решения о самороспуске, должны быть в любом случае завершены до наступления назначенной с учетом установленных законом кратчайших сроков даты проведения досрочных выборов в данный представительный орган нового созыва. Тем самым Конституционный Суд на основе названных конституционных ценностей преодолел вызванную неполнотой правового регулирования ситуацию, при которой судебное решение о признании незаконным решения представительного органа о самороспуске вступает в силу после избрания представительного органа нового созыва, что делает неопределенными как возможности реального восстановления нарушенных прав депутатов прежнего созыва, так и правовой статус вновь избранного представительного органа.

Другим примером может служить Постановление Конституционного Суда РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П⁷. Оценивая законодательное регулирование, на основании которого решался вопрос о возможности судебной проверки актов Федеральной налоговой службы, содержащих разъяснения по вопросам, связанным с применением налоговыми органами норм налогового законодательства, Конституционный Суд пришел к выводу, что ни основания и условия, ни процессуальный порядок оспаривания заинтересованными лицами такого рода актов, фактически обладающих нормативными свойствами, четко в законодательстве не установлены, что препятствует эффективному судебному оспариванию таких актов и ухудшает положение подпадающих де-факто под их действие лиц в связи с ненадлежащей нормотворческой деятельностью государства. Поскольку такое снижение уровня гарантий судебной защиты прав этих лиц по сравнению с лицами, оспаривающими акты, имеющие официальный, формализованный нормативный статус, нельзя признать справедливым и соразмерным, Конституционный Суд констатировал, что выявленный им пробел в правовом регулировании приобретает конституционное значение. И это обязывает Конституционный Суд принимать решение исходя из того, что отсутствие необходимого законодательного механизма не может приостанавливать реализацию вытекающих из Конституции прав и закон-

⁷ См.: Постановление КС РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П по делу о проверке конституционности пункта 1 части 4 статьи 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» и абзаца третьего подпункта 1 пункта 1 статьи 342 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой открытого акционерного общества «Газпром нефть» // СЗ РФ. 2015. № 15. Ст. 2301.

ных интересов граждан. В соответствии с этим Конституционный Суд, исходя из конституционных ценностей приоритета прав человека и их универсального гарантирования посредством правосудия, признал противоречащим Конституции законоположение, не допускающее разрешение судом административных дел об оспаривании таких актов Федеральной налоговой службы, которые не соответствуют предъявляемым к нормативным правовым актам федеральных органов исполнительной власти формальным требованиям по форме, субъекту и порядку принятия, регистрации и опубликования, но при этом содержат обязательное для всех налоговых органов разъяснение (нормативное толкование) налоговых законоположений, которое может противоречить их действительному смыслу и тем самым нарушать права налогоплательщиков. Федеральному законодателю было поручено восполнить этот пробел, а впредь до внесения в действующее правовое регулирование надлежащих изменений, Конституционный Суд постановил рассмотрение дел об оспаривании таких актов Федеральной налоговой службы осуществлять в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством для оспаривания нормативных правовых актов.

В этом последнем примере отчетливым образом проявляется и весьма важная для оценки правовых пробелов с позиций конституционной дефектологии методологическая идея о том, *что в основе выявления, преодоления, устранения конституционных пробелов лежит в конечном итоге прямое действие Конституции в режиме ее верховенства*, и именно в этом состоит исходное логическое основание для снятия конституционно-дефектной пробельности в законодательстве посредством конституционной юстиции. Весьма показательным в этом плане является, в частности, Определение Конституционного Суда РФ от 18 сентября 2014 г. № 1828-О⁸, вынесенное в связи с жалобой осужденной, чье заявление в суд, в котором оспаривался отказ применения к ней акта об амнистии, было возвращено без рассмотрения с указанием на то, что такой отказ не подлежит обжалованию в судебном порядке. Проанализировав действующее правовое регулирование, Конституционный Суд установил, что действительно какой-либо специальный механизм судебного обжалования решений уполномоченных органов, за исключением органов предварительного расследования и суда, по вопросам об освобождении от уголовной ответственности и от наказания в связи с амнистией не предусмотрен. Тем не менее Суд констатировал, что наличие данного пробела не позволяет само по себе толковать положения действующего законодательства как препятствующие обжалованию в суд таких решений и рассмот-

⁸ См.: Определение КС РФ от 18 сентября 2014 г. № 1828-О по жалобе гражданки Зубилевич Алеси Игоревны на нарушение ее конституционных прав статьей 84 Уголовного кодекса Российской Федерации, постановлением Государственной Думы от 2 июля 2013 года № 2559-6 ГД «Об объявлении амнистии» и постановлением Государственной Думы от 2 июля 2013 года № 2562-6 ГД «О порядке применения постановления Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об объявлении амнистии» // Вестник КС РФ. 2015. № 1.

рению по существу соответствующих обращений, поскольку восполнение пробелов в законодательном регулировании общественных отношений (как и правоприменение в целом) требует от судов учета нормативного единства российского права, в системе которого Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие. Следовательно, при наличии пробела в вопросах процедуры судебного обжалования решения должностного лица исправительного учреждения или следственного изолятора должна применяться - впредь до принятия нормативного правового акта, регулирующего эти вопросы, - непосредственно ст. 46 Конституции РФ, которая гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод. Каких-либо исключений из этого конституционного принципа ни Конституция РФ, ни действующее законодательство не допускают.

Таким образом, непосредственное применение Конституции, обращение к конституционной аксиологии, а также к конституционным принципам, в том числе в их нормативной связи с общепризнанными принципами и нормами международного права, можно рассматривать как *триединое методологическое основание преодоления конституционных пробелов*.

3. Конституционный пробел – путь к правовой неопределенности и неконституционности нормативного правового акта.

В свете конституционной дефектологии следует признать, что правовой пробел – это одна, но не единственная разновидность конституционных дефектов, хотя и оказывающая, как правило, наиболее серьезные негативные последствия. Это связано с тем, *что правовой пробел по своей сути является нарушением требования формальной определенности права*. Конституционный Суд исходит из того, что требования формальной определенности, ясности, четкости, непротиворечивости правового регулирования являются одними из важнейших аспектов верховенства права, конкретизацией принципов равенства, справедливости и соразмерности, и в тех случаях, когда неполнота, пробельный характер правового регулирования приводят к коллизии правовых норм и столкновению реализуемых на их основе конституционных прав, вопрос об устранении такого дефекта приобретает конституционный аспект и, следовательно, относится к компетенции Конституционного Суда⁹.

Надо признать, что здесь существует целый ряд весьма непростых проблем, относящихся к различным сторонам не только компетенционных начал деятельности Конституционного Суда, форм и методов конституционно-судебного преодоления пробелов, но и вопросов, связанных,

⁹ См.: Постановление КС РФ от 13 мая 2014 г. № 14-П по делу о проверке конституционности части 1 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина А.Н. Якимова // СЗ РФ. 2014. № 21. Ст. 2764.

например, с допустимостью оценки закона на его конституционность в связи с пробельностью и т.д.

С учетом временных лимитов остановлюсь на некоторых основных соответствующих правовых позициях Конституционного Суда.

Важно учитывать, что *сама по себе постановка вопроса о наличии пробела в законе не образует допустимости обращения в Суд*. Впервые такой вывод Конституционный Суд РФ сделал в Определении от 11 июля 1996 года №94-О¹⁰. В последующем данная правовая позиция не только была подтверждена с точки зрения решения вопроса о допустимости (подведомственности) таких обращений, но она получила развитие в следующих положениях и выводах, имеющих относительно самостоятельное значение:

- а) сама по себе пробельность правового регулирования не связана с вопросом конституционности¹¹;
- б) возникновение существенного пробела в законодательстве в связи с возможным признанием оспариваемых законоположений неконституционными, если это может повлечь нарушения конституционных прав и свобод человека и гражданина, должно служить основанием для признания жалобы недопустимой¹²;
- в) возникновение в случае признания оспариваемых законоположений неконституционными существенного пробела в правовом регулировании, образующего угрозу для нарушения прав и свобод граждан, обязывает КС РФ воздерживаться от признания неконституционности таких положений¹³.

Вывод Суда о том, что сам по себе правовой пробел не свидетельствует о допустимости запроса, подкрепляется правовой позицией принципиального значения, которая сводится к тому, что *восполнение пробелов в правовом регулировании, понимаемое как принятие отсутствующих актов, не относится к компетенции КС РФ и является прерогативой законодателя*. Важно подчеркнуть, что в данном случае речь идет именно о *восполнении пробелов* как сфере законодательной

¹⁰ См.: Определение КС РФ от 11 июля 1996 г. № 94-О об отказе в принятии к рассмотрению запросов военных судов Тюменского и Канского гарнизонов как не соответствующих требованиям Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Архив КС РФ. 1996.

¹¹ См.: Постановление КС РФ от 16 октября 1997 года №14-П по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 49 ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. №42. Ст.4902.

¹² См.: Постановление КС РФ от 3 ноября 1998 года №25-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 4 Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» в связи с запросами Волгоградской областной Думы, Дмитровского районного суда Московской области и жалобой гражданина В.А.Мостипанова // СЗ РФ. 1998. №45. Ст. 5603.

¹³ См.: Постановление КС РФ от 5 февраля 2007 года №2-П по делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 ГПК РФ в связи с запросом Кабинета министров Республики Татарстан, жалобами ОАО «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан // СЗ РФ. 2007. №7. Ст. 932.

компетенции; Конституционный Суд же призван *преодолевать пробелы* специфическими способами конституционного контроля. Таким образом, из правовых позиций Конституционного Суда РФ вытекает, что *“восполнение” и “преодоление” пробелов – понятия близкие, взаимосвязанные, но не тождественные.* В одном из Определений прямо указывается на этот счет: **“Восполнение пробелов** в правовом регулировании и уточнение тех или иных формулировок, содержащихся в законе, является прерогативой законодателя и не относится к полномочиям Конституционного Суда РФ”¹⁴ (Выделено мною - Н.Б.).

4. Способы конституционно-судебного преодоления правовых пробелов.

Реагирование Конституционного Суда на выявленный правовой пробел может быть различным, предполагает возможность использования всего доступного конституционному правосудию правового инструментария.

Во-первых, Конституционный Суд может *дисквалифицировать составляющие предмет его проверки законоположения в связи с их пробельностью,* если соответствующий дефект носит фундаментальный, структурный характер. Так, в период 2013-2015 гг. Конституционным Судом было вынесено 10 постановлений, содержащих подобный вывод. В частности, это касалось таких ситуаций, как:

- отсутствие в законодательстве регулирования вопроса применения к юридическим лицам административных взысканий ниже низшего предела, в связи с чем невозможно во всех случаях в полной мере учесть характер совершенного административного правонарушения¹⁵;
- норма материального права не снабжена правовым механизмом реализации – процедурой ее применения¹⁶;

¹⁴ См.: Определение КС РФ от 12 мая 2005 года №127-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Н.А. Пелевиной на нарушение ее конституционных прав пунктом 4 Указа Президента РФ «Об утверждении перечней государственных должностей федеральной государственной службы» и пунктом 5 Положения об установлении, выплате и перерасчете размера ежемесячной доплаты к государственной пенсии лицам, замещавшим государственные должности Российской Федерации и государственные должности федеральной государственной службы // Архив КС РФ. 2005; См. также: Определение КС РФ от 3 июля 1997 года №87-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса судьи Московского областного суда Н.В. Григорьевой // ВКС РФ. 1997. №5; Определение КС РФ от 18 июля 2006 года №321-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина С.И. Шведа на нарушение его конституционных прав рядом статей ГПК РСФСР, ГПК РФ, Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», а также пробелами процессуального законодательства // Архив КС РФ. 2006; и др.

¹⁵ См.: Постановление КС РФ от 17 января 2013 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положения части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Маслянский хлебоприемный пункт» // СЗ РФ. 2013. № 4. Ст. 304.

¹⁶ См.: Постановление КС РФ от 21 марта 2013 г. № 6-П по делу о проверке конституционности подпункта «в» пункта 2 статьи 51 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» в связи с жалобами граждан Р.В. Боскачева, И.В. Овсянникова и Д.А. Савельева // СЗ РФ. 2013. № 13. Ст. 1635.

- невозможность применения принудительных мер медицинского характера в отношении лиц, совершивших в состоянии невменяемости запрещенное уголовным законом деяние, отнесенное к преступлениям небольшой тяжести, и при этом по своему психическому состоянию представляющих опасность для себя или окружающих¹⁷;
- введение правоограничительных мер без установления срока их действия (бессрочно) и, соответственно, без дифференциации срока их действия¹⁸ и др.

Во-вторых, Конституционный Суд может *выявить позитивный, соответствующий Конституции смысл проверяемого законоположения* и тем самым преодолеть конституционно-дефектную пробельность средствами интерпретации. Общий методологический подход Конституционного Суда, применимый в данном случае, состоит в том, что если в результате судебного применения норм в конкретном деле им был придан неконституционный смысл, Конституционный Суд, проявляя разумную сдержанность, вправе — не удаляя саму оспариваемую заявителем норму из правовой системы, поскольку это может существенно повлиять на ее функционирование в целом и создать трудности в правоприменении, в частности обусловленные повышением уровня пробельности правового регулирования, — устранить неопределенность в интерпретации данной нормы с точки зрения ее соответствия Конституции, признав не противоречащей Конституции в выявленном в результате конституционного судопроизводства конституционно-правовом смысле и, следовательно, определив конституционные условия ее действия и применения, за пределами которых норма утрачивает свою конституционность¹⁹.

Один из недавних примеров — Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2016 года № 17-П²⁰, посвященное вопросу об от-

¹⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 мая 2013 г. № 10-П по делу о проверке конституционности частей второй и четвертой статьи 443 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С.А. Перова и запросом мирового судьи судебного участка № 43 города Кургана // СЗ РФ. 2013. № 22. Ст. 2861.

¹⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 10 октября 2013 г. № 20-П по делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 3.2 статьи 4 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», части первой статьи 10 и части шестой статьи 86 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Г.Б. Егорова, А.А. Казакова, И.Ю. Кравцова, А.В. Куприянова, А.С. Латыпова и В.Ю. Синькова // СЗ РФ. 2013. № 43. Ст. 5622.

¹⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 7 ноября 2012 г. № 24-П по делу о проверке конституционности части первой статьи 2 Федерального закона от 12 февраля 2001 года № 5-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС» в истолковании, приданном ее положениям в правоприменительной практике после вступления в силу Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2010 года № 21-П, в связи с жалобой гражданина Р. Инамова // СЗ РФ. 2012. № 47. Ст. 6551.

²⁰ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2016 г. № 17-П по делу о проверке конституционности положений частей второй и восьмой статьи 56, части второй статьи 278 и главы 40.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Д.В. Усенко // СЗ РФ. 2016. № 31. Ст. 5088.

сутствии в уголовно-процессуальном законодательстве специальных положений о статусе лица, уголовное дело в отношении которого было выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве. В данном решении Конституционный Суд, в частности, пришел к следующему заключению: "Факт недостаточной определенности в действующем уголовно-процессуальном законодательстве статуса участника производства по уголовному делу сам по себе не предопределяет вывод о наличии оснований для признания соответствующего регулирования противоречащим Конституции Российской Федерации, тем более если средствами конституционно-правового истолкования представляется возможным установить наличие соответствующих гарантий прав как самого этого лица, так и иных лиц в рассматриваемых правоотношениях".

5. Конституционно-дефектная пробельность может проявляться в правовом регулировании независимо от сферы предметного охвата, и, соответственно, практика Конституционного Суда дает примеры выявления преодоления пробелов в законоположениях, относящихся как к правовому статусу личности, включая инструменты юридической ответственности, так и к институтам публичной власти, ее организации и функционирования.

Так, если говорить о *ситуациях правового пробела, оказывающего воздействие на правовой статус личности*, то можно сослаться, в частности, на Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2015 г. № 22-П²¹. В этом решении была выявлена конституционно-дефектная пробельность, связанная с отсутствием в действующем законодательстве правил, которые однозначно определяли бы, каким должно быть перемещение сильнодействующих веществ, входящих в состав лекарственных средств и не являющихся наркотическими средствами, через Государственную границу Российской Федерации, не подпадающее под критерии противозаконного. В итоге наличие такого пробела препятствовало конституционному применению нормы уголовного права, устанавливающей ответственность за контрабанду сильнодействующих веществ, поскольку не предполагалась возможность учета специфики перемещения таких веществ, осуществляемого физическими лицами в целях личного использования, и эти лица не могли осознавать общественно опасный и противоправный характер своих действий и предвидеть их уголовно-правовые последствия.

Что касается конституционных пробелов в сфере публичной власти, то это может быть связано, например, с использованием законодателем

²¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июля 2015 г. № 22-П по делу о проверке конституционности положения статьи 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Республики Казахстан О.Е. Недашковского и С.П. Яковлева // СЗ РФ. 2015. № 30. Ст. 4659.

широких смысловых конструкций для описания общей компетенции того или иного уровня публичной власти без сопровождения их специальными определениями в соответствующем отраслевом законодательстве, что не позволяет четко установить субъекта, ответственного за реализацию конкретной отраслевой функции и связанных с ней финансовых обязательств. Так, термин "организация", использованный законодателем для описания общих функций местного самоуправления в сфере обращения с отходами, на практике получил, в частности, такое толкование, при котором на органах местного самоуправления лежит вся полнота ответственности в этой области, и Конституционный Суд столкнулся с необходимостью преодоления пробельности в законодательстве этой части через уточнение разграничения полномочий между субъектами РФ и муниципальным образованием²². Другой пример – Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 2015 г. № 2-П²³, в рамках которого Суд столкнулся с ситуацией пробельности в регулировании **порядка реализации полномочий органа публичной власти**. Предметом проверки были положения Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации", которые, как полагали заявители, закрепляя в общей форме полномочия прокуратуры по проведению проверок исполнения законов, в частности некоммерческими организациями, не содержат точного перечня оснований для проведения таких проверок, не устанавливают конкретный порядок, периодичность и сроки их проведения, включая обязательное уведомление субъектов проверки о ее организации и составе участников, не закрепляют права и гарантии для проверяемых субъектов, что приводит к произвольному усмотрению органов прокуратуры при определении длительности и числа проверок, проводимых в отношении одной и той же некоммерческой организации за один и тот же период, свидетельствует о непропорциональном и чрезмерном ограничении права на объединение и свободу деятельности общественных организаций. Конституционный Суд установил, что оспариваемое правовое регулирование действительно не является в достаточной степени полным, содержит элементы пробельности. Вместе с тем Суд ука-

²² См.: Постановление КС РФ от 5 июля 2016 г. № 15-П по делу о проверке конституционности положения части первой статьи 24.18 Федерального закона «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» в связи с жалобой администрации муниципального образования города Братска // СЗ РФ. 2016. № 29. Ст. 4900.

²³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 2015 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобами межрегиональной ассоциации правозащитных общественных объединений «Агора», межрегиональной общественной организации «Правозащитный центр «Мемориал», международной общественной организации «Международное историко-просветительское, благотворительное и правозащитное общество «Мемориал», региональной общественной благотворительной организации помощи беженцам и вынужденным переселенцам «Гражданское содействие», автономной некоммерческой организации правовых, информационных и экспертных услуг «Забайкальский правозащитный центр», регионального общественного фонда «Международный стандарт» в Республике Башкортостан и гражданки С.А. Ганнушкиной // СЗ РФ. 2015. № 9. Ст. 1389.

зал, что "соблюдение вытекающего из Конституции Российской Федерации требования формальной определенности закона, подразумевающего в том числе понятный для субъектов соответствующих правоотношений нормативно-правовой механизм реализации прокуратурой полномочий по осуществлению надзора за исполнением законов, обуславливается как содержанием конкретных нормативных положений, включая нормы названного Федерального закона, так и наличием системных и иерархических взаимосвязей различных нормативных предписаний"; "степень определенности правового регулирования должна оцениваться путем выявления всей системы взаимосвязей правовых предписаний и с учетом особенностей реализуемых прав и законных интересов граждан". В связи с этим Конституционным Судом был выявлен конституционно-правовой смысл оспариваемых законоположений, исключающий их произвольное применение. В то же время Конституционный Суд пришел к выводу, что средства конституционного толкования не позволяют преодолеть пробельность оспариваемых норм в той части, в какой они не устанавливают общие (предельные) сроки проведения органами прокуратуры проверки исполнения законов некоммерческими организациями, а также не регламентируют конкретные сроки исполнения таких требований. Определение таких сроков связано с усмотрением законодателя, и Конституционный Суд не может диктовать здесь какие-то четкие временные лимиты; поэтому проверяемые нормы в этой части были признаны неконституционными.

6. Выбор норм, подлежащих применению при пробеле в правовом регулировании, в соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ является прерогативой общеправовой юрисдикционных и арбитражных судов. Так, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 года №19-П по делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции РФ прямо указывается: "Статья 125 Конституции РФ, определяя полномочия Конституционного Суда РФ, не ограничивает правомочий других судов самостоятельно решать, руководствуясь статьей 120 (часть 2) в ее взаимосвязи со статьей 76 (части 3, 5 и 6) Конституции РФ, какой закон подлежит применению в рассматриваемом деле в случаях противоречия между законами, обнаружения в правовом регулировании пробелов..."²⁴.

²⁴ См.: СЗ РФ. 1998. №25. Ст.3004; см. также: Постановление КС РФ от 23 февраля 1999 года №4-П по делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 ФЗ от 3 февраля 1996 года «О банках и банковской деятельности» в связи с жалобами граждан О.Ю. Веселяшкиной, А.Ю. Веселяшкина и Н.П.Лазаренко // СЗ РФ. 1999. №10. Ст.1254; Постановление КС РФ от 14 мая 2003 года №98-П по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 14 ФЗ «О судебных приставах» в связи с запросом Лангепасского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа // СЗ РФ. 2003. №21. Ст.2058; и др.

7. Конституционный Суд РФ выработал правовые позиции, определяющие сам *порядок, способы преодоления пробельности в процессе правоприменительной деятельности*. К ним относятся следующие конституционно-судебные положения:

- а) устранение противоречивой пробельности законодательства должно осуществляться путем *прямого применения норм Конституции РФ*²⁵;
- б) преодоление пробелов путем толкования и применения к конкретным ситуациям соответствующих общих положений, относящихся к данной отрасли, институту²⁶;
- в) устранение пробелов в законодательстве возможно путем *применения аналогии*²⁷. Конституционный Суд прямо указывал на то, что сами законоположения, допускающие применение законодательства по аналогии, направлены на исключение пробелов в правовом регулировании, а в конечном итоге – на защиту интересов участников соответствующих правоотношений²⁸. В одном из решений Конституционный Суд РФ дал развернутую характеристику данного способа преодоления пробельности: **“Применение аналогии закона обусловлено необходимостью восполнения пробелов в правовом регулировании тех или иных отношений. Закрепление подобного права ... вытекает из принципа самостоятельности судебной власти и является одним из проявлений дискреционных полномочий суда, необходимых для осуществления правосудия, поскольку невозможность применения норм права по аналогии при наличии неурегулированных отношений привела бы к невозможности защиты прав граждан и, в конечном итоге, к ограничению их конституционных прав”**²⁹;

²⁵ См.: Постановление КС РФ от 31 июля 1995 года №10-П по делу о проверке конституционности Указа Президента РФ от 30 ноября 1994 года №2137 «О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики», Указа Президента РФ от 9 декабря 1994 года №2166 «О мерах по пресечению деятельности незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и в зоне осетино-ингушского конфликта», Постановления Правительства РФ от 9 декабря 1994 года №1360 «Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности Российской Федерации, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа», Указа Президента РФ от 2 ноября 1993 года №1833 «Об основных положениях военной доктрины Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. №33. Ст. 3424.

²⁶ См.: Определение КС РФ от 3 июля 2008 г. № 734-О-П по жалобе гражданки В. на нарушение ее конституционных прав статьей 151 Гражданского кодекса Российской Федерации // СЗ РФ. 2009. № 5. Ст. 678.

²⁷ См.: Постановление КС РФ от 28 ноября 1996 года №19-П по делу о проверке конституционности статьи 418 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края // СЗ РФ. 1996. №50. Ст.5679.

²⁸ См.: Постановление КС РФ от 24 марта 2015 г. № 5-П по делу о проверке конституционности статьи 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М. Богатырева // СЗ РФ. 2015. № 14. Ст. 2197.

²⁹ См.: Определение КС РФ от 16 марта 2006 года №76-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ю.Н. Миронова на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 1 ГПК РФ // Архив КС РФ. 2006.

- г) пробелы могут восполняться путем *прямого применения норм международно-правовых актов*. В силу статьи 15 (часть 4) Конституции РФ соответствующие акты являются составной частью правовой системы Российской Федерации и "подлежат применению во всех случаях, когда ими устанавливаются иные правила, нежели предусмотренные законом, в том числе если внутреннее законодательство не содержит ни противоречащих этим правилам, ни корреспондирующих им предписаний, т.е. **фактически при наличии пробела**"³⁰.
- д) Конституционный Суд РФ указал также на допустимость устранения пробелов в законодательстве путем "указного" нормотворчества – "при условии, что **такие указы не противоречат Конституции РФ и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается периодом до принятия соответствующих законодательных актов**"³¹.

8. Важно обратить внимание на правовые позиции Конституционного Суда, определяющие своего рода *правила восполнения пробелов, связанных с признанием оспариваемых законоположений неконституционными*. К ним относятся, в частности:

- а) обязанность провоприменительных органов руководствоваться в процессе преодоления правовых пробелов действующим законодательством в его конституционном истолковании. При этом Конституционный Суд исходит из того, что при выявлении в процессе рассмотрения конкретного дела признаков того, что на подлежащие применению в этом деле нормы правового акта распространяется правовая позиция Конституционного Суда, ранее сформулированная в отношении подобных нормативных положений, содержащихся в иной части текста того же правового акта либо в другом нормативном правовом акте, и, соответственно, эти нормы должны истолковываться и применяться с учетом выработанных Конституционным Судом требований, суд общей юрисдикции или арбитражный суд не вправе оставить это обстоятельство без внимания и обязан в

³⁰ См.: Определение КС РФ от 6 марта 2001 года №79-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина А.Б. Пономарева на нарушение его конституционных прав и свобод положениями статей 220.1, 220.2 и 223 УПК РСФСР // Архив КС РФ. 2001.

³¹ См.: Постановление КС РФ от 30 апреля 1996 года №111-П по делу о проверке конституционности Указа Президента РФ от 3 октября 1994 года №1669 «О мерах по укреплению единой системы исполнительной власти в Российской Федерации» и пункта 2.3 Положения о главе администрации края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа Российской Федерации, утвержденного названным Указом // СЗ РФ. 1996. №19. Ст.2320; см. также: Постановление КС РФ от 30 апреля 1997 года №7-П по делу о проверке конституционности Указа Президента РФ от 2 марта 1996 года №315 «О порядке переноса срока выборов в законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов Российской Федерации», закона Пермской области от 21 февраля 1996 года «О проведении выборов депутатов Законодательного Собрания Пермской области» и части 2 статьи 5 Закона Вологодской области от 17 октября 1995 года «О порядке ротации состава депутатов Законодательного Собрания Вологодской области» (в редакции от 9 ноября 1995 года) // СЗ РФ. 1997. №20. Ст. 2383.

- случае, если придет к выводу о невозможности самостоятельно решить вопрос о том, является ли подлежащая применению норма по своей сути такой же, как та, конституционно-правовое истолкование которой дано Конституционным Судом, обратиться в Конституционный Суд с запросом о проверке конституционности подлежащих применению в конкретном деле нормативных положений³². Одновременно существует обязанность федерального законодателя принять федеральный закон в порядке устранения правового пробела³³;
- б) возможность преодоления пробелов в правовом регулировании порядка реализации конституционных прав в рамках правоприменительной деятельности может оказаться недостаточной для надлежащего обеспечения конституционных прав и свобод³⁴;
- в) пробел, возникший в результате признания норм неконституционными, может быть временно восполнен системным действием общих принципов Конституции РФ и положений отраслевого законодательства³⁵;
- г) возникновение пробела при признании норм неконституционными может служить основанием для установления особенностей исполнения решения Конституционного Суда РФ в части отсрочки его введения в действие³⁶.

Таковы лишь некоторые вопросы преодоления конституционно-конфликтной пробельности правового регулирования в свете практики Конституционного Суда РФ.

³² См.: Постановление КС РФ от 26 апреля 2016 г. № 13-П по делу о проверке конституционности пункта 18 части 1 статьи 14 и пункта 14 части 1 статьи 15 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой администрации муниципального образования «Нерюнгринский район» // СЗ РФ. 2016. № 19. Ст. 2774.

³³ См.: Постановление КС РФ от 28 октября 1999 года №14-ПР по делу о проверке конституционности статьи 2 ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О налоге на прибыль предприятий и организаций» в связи с жалобой ОАО «Энергомашбанк» // СЗ РФ. 1999. №45. Ст.5478.

³⁴ См.: Постановление КС РФ от 23 марта 2000 года №4-П по делу о проверке конституционности части второй статьи 3 Закона Оренбургской области от 18 сентября 1997 года «о выборах депутатов Законодательного Собрания Оренбургской области» в связи с жалобами граждан Г.С.Борисова, А.П.Бучнева, В.И.Лошманова и Л.Г.Маховой // СЗ РФ. 2000. №14. Ст.1429.

³⁵ См.: Постановление КС РФ от 16 мая 2000 года №8-П по делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой компании «Timber holdings international limited» // СЗ РФ. 2000. №21. Ст.2258; Постановление КС РФ от 15 января 2002 года №1-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 64 ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и статьи 92 ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А.М.Траспова // СЗ РФ. 2002. №6. Ст.626.

³⁶ См.: Постановление КС РФ от 14 июля 2005 года №8-П по делу о проверке конституционности отдельных положений федеральных законов о федеральном бюджете на 2003 год, на 2004 года и на 2005 год и Постановления Правительства РФ «О порядке исполнения Министерством финансов Российской Федерации судебных актов по искам к казне Российской Федерации на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти либо должностных лиц органов государственной власти» в связи с жалобами граждан Э.Д.Жуховицкого, И.Г.Пойма, А.В.Понятовского, А.Е.Чеславского и ОАО «Хабаровскэнерго» // СЗ РФ. 2005. №30 (ч.2). Ст.3199; Постановление КС РФ от 28 февраля 2006 года №2-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ФЗ «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа // СЗ РФ. 2006. №11. Ст.1230.

SUMMARY

The article deals with the problems associated with the legal gaps in the law, and this issue is of interest primarily in the light of the assessment as one of the varieties of the constitutional defects of laws.

Constitutional gaps are relatively independent scientific category, and in no way can be equated with the term "constitution gap"; in addition, the constitutional gaps in their content-volume characteristics may include not only constitutional and legal, but the entire legal system of regulation of defects.

The constitutional nature of the gaps may occur in the criminal and civil law, as well as in any other branch of law, and the constitutional nature of the gaps is due to the peculiarities of the gaps themselves. The author notes that the elimination of the controversial omissionship of the legislation may be achieved by direct application of the norms of the Constitution, by the interpretation and application to specific situations relevant to the general provisions relating to the given field or institution through the implementation of analogies, as well as by direct application of international legal instruments.



CONSTITUTIONAL MONITORING IN OVERCOMING THE DEFICIT OF CONSTITUTIONALISM

MARIO JELUŠIĆ

Justice of the Constitutional Court of the Republic of Croatia

1. Introduction

Legal concept of *constitutionalism* requires that state institutions in their functioning are to respect the limits of constitution as the highest source of the law, as well the other regulations. Constitutionalism is not only an apolitical theory, although it is widely considered being above everyday politics, but every day political practice and abuse of constitutional provisions represents the *deficit of constitutionalism*. Constitutionalism is also a value loaded concept and legal approach to promoting the rule of law with the aim of achieving the legal security, certainty and predictability. But it is necessary to keep in mind that it is not possible to completely realise the idea of solving political disputes without getting in danger to turn the "juridisation of politics" into "politicization of the constitutional review". This paper tries to elaborate what can be done to improve such a situation and to correct it by the constitutional review, and it gives the example of the Constitutional Court of the Republic of Croatia (further: the Croatian Constitutional Court).

2. Constitutionalism and its deficits

2.1. Definition of the constitutionalism

Constitutionalism as a theory that a government should be based on a constitution includes *political* and *legal* theories based on the principle of *people's sovereignty* and ideas of the *natural law*. Public institutions in their functioning should respect the limits and due procedures of the constitution as the highest source of the law, as well the other regulations. These public institutions should act in the interest of each individual that is a member of the political community. Furthermore, constitutionalism comprises the system of constitutional institutions that aim at realising the constitutional rule by the limitation and mutual control of all institutions within the state, founded on the principle of *separation of powers*, *constitutional review* of the legislative, *independence of judiciary*, *decentralization and local government*, as well as on constitutional guarantees on the protection of human rights and fundamental freedoms. Finally, the constitutionalism

requires the true democratic political system that is functioning on the mentioned principles, and within the framework of the constitutional solutions developed pursuant to the constitution. In such political systems the state power is grounded on the confidence of the voters expressed in elections, and it is responsible before the people or before the representative bodies elected by the people. That is why the state power takes care of the supremacy of the constitution in the legal system and practical activities.¹ It is important to mention that the majority of agents of the *constitutionalization* are scholars, not politicians.² So the main task of the constitutionalism and its supporters is that the executive branch should function within the constitutional framework, because the politicians that make the executive tend to create arrangements that do not always follow the constitution and its regulation. On the other hand, constitutionalism may be criticised as an unrealistic "promise of the end of politics".³ The answer to that can be found in two things: the law is simultaneously a product of political activity and its organizer that limits the political action. Moreover, the constitutional law and politics are mutually constitutive, so the constitutionalism is not only the apolitical theory, although it is widely considered being above everyday politics.⁴

The principle of the *rule of the law* is an essential requirement for the constitutionalism. This principle, as well as the principle of *separation of powers*, is the ideal of the idea about the constitutional rule and fundamental principle of the relations between the rulers and those that are being ruled that expresses the idea that all free citizens are being ruled by the laws and not by men. It requires the respect of the Constitution and of the entire legal system.

The sense of the requirement for obedience to the law is different towards that what represents a duty of the state bodies from that what is required from a citizen. In principle, the citizens are allowed to do everything that is not forbidden by the constitution or by the regulations grounded on the constitution. On the contrary, the sense of this requirement towards administrative and judicial bodies that directly apply the law is reverted. These bodies may act only within the limits allowed by the law and make decisions grounded on the law.

2.2. Deficits of the constitutionalism

Criticism of the constitutionalism is based on the thesis that this theory is often undemocratic. According to such view, constitutions do not exist just

¹ See more: *Branko Smerdel*: "Ustavno pravo europske Hrvatske" ("Constitutional Law of European Croatia"), Zagreb, 2013, p. 9 -14

² See: *Anne Peters*: "The Merits of Global Constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16; 2009., p. 401

³ *Jan Klabbers*: "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review. Rev.*, 2004, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, p. 31, 48

⁴ *Anne Peters*, *infra* note 1, p. 407.

to limit and restrain the power, they are supposed to give the power to the ordinary people in the democratic process allowing them to control the sources of the law as well the executive branch according to their aspirations, what is surely democratic political statement, not constitutional.⁵ Perhaps such criticism of constitutionalism is expressed mostly by the political scientists, not lawyers. But everyday practice in the work of the executive branch, state administration or their activities within the work on legislative projects often leaves to the constitutionalists a wide space for criticism.⁶ The written constitutions often lack precise regulation given that they entail only the legal principles that ought to be implemented within the legislation, so sometimes the interpretation comes to play. As a medium for solving possibly wrong interpretation of the relatively short constitution, the Constitution of the Republic of Croatia (further: the Croatian Constitution), for example, contains special article that provides a list of the highest constitutional values which serve as a criterion for its interpretation.

As many others, the Croatian Constitution is grounded on the *ethic principle*, expressed through the fundamental values. These fundamental values of the Croatian Constitution, referred in the Constitution as *the highest values*, are stipulated in its Article 3. They are 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*.⁷ These values have already been prescribed by the 1990 Constitution as the basis for the creation of modern democratic state. Afterwards, the Croatian Constitution was amended for the first two times in 1997 and in 2000, and in Article 3 was added the provision stipulating that these highest values are the basis for the interpretation of the Constitution. At the same time another value was added as well – *equality of gender*. All these highest values represent the fundamental ethic concept underlying the Croatian Constitution.

Observed through the principles of *constitutionalism*, the importance of Article 3 of the Croatian Constitution is in the fact that it entails the list of the highest *criteria* for the interpretation of each constitutional provision, given that the text of the Constitution is relatively short. It comprises 152

⁵ *Jeremy Waldron*: "Constitutionalism – A Skeptical View", in Thomas Cristiano, John Christman: "Contemporary Debates in Political Philosophy", Wiley-Blackwell, 2009, p. 279.

⁶ Sanja Barić analyses the main objections to the legislative process in Croatia that occur from time to time, referring to the transparency and participation of citizens in the debate that precedes the legislative process in the Parliament, and gives some recent examples. See: *Sanja Barić*: "Predklinički problemi hrvatskog konstitucionalizma: dvojbena funkcioniranje vladavine prava u formalnom smislu" (*Preclinical Problems of the Croatian Constitutionalism: Doubtful Functioning of the Rule of Law in a Formal Sense*), Zbornik Ustav i demokracija i domaći odgovori, HAZU, Zagreb, 2012, pp. 256-264.

⁷ Drafts of the Croatian Constitution in 1990 did not content the same number of highest constitutional values. After many sessions the Constitutional commission that prepared the text of the final draft has foreseen the article 3 with the largest list of the values, as are listed today. See Duka arin, "Nastanak hrvatskog Ustava" (Creation of the Croatian Constitution), Narodne novine, 1997, p. 270.

articles, and sometimes they have to be interpreted to match the precise and real meaning of the entire Constitution as well as its single provisions, especially regarding some very wide terms as *social justice or inviolability of ownership*. To avoid arbitrary and voluntary comprehension and interpretation, the Croatian Parliament has introduced these criteria in the text of the Constitution by enumerating the highest values which must inspire the interpretation of every single provision.⁸ The Croatian Constitutional Court has developed very significant practice of interpretation of almost every of these values.⁹ The only value that has not been subjected to the further interpretation until now is the *peace*, just because the Constitutional Court has not yet received a case that would require the further interpretation of this value. At the same time, the highest constitutional values in Article 3 of the Constitution serve also as guidelines to the Croatian Parliament (*Hrvatski Sabor*) for elaborating single rights and freedoms in the legislation. After some doubts, the Croatian Constitutional Court has found that the highest values cannot be considered direct constitutional grounds for the protection of the constitutional human rights and freedoms through the institute of constitutional complaint, but they have to be taken into consideration together with other guarantees of rights and freedoms. Furthermore, the highest values have to be taken into account by the judges of regular courts as guidelines in solving concrete cases, because the courts have to judge on the basis of the Constitution, laws, international agreements and other valid sources of the law.^{10,11} Within the process of accession of the Republic of Croatia to the European Union, the respect of human rights was very strictly supervised.¹²

3. Constitutional monitoring and the deficit of constitutionalism

The constitutional principle of *constitutionality and legality* obliges the legislator and other secondary creators of legislation to obey the Constitution and law, including the *acquis* of the Council of Europe with the European

⁸ See Arsen Bačić, "Mjesto i uloga ustavnih vrednota u demokratskom konstitucionalizmu" (*Position and Role of Constitutional Values in Democratic Constitutionalism*), in collected works "Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske" (The twentieth Anniversary of the Constitution of the Republic of Croatia), Croatian Academy of Sciences and Arts, Zagreb, 2011, p. 137-142; the same author, *Ustavno pravo Republike Hrvatske (Constitutional Law of the Republic of Croatia)*, Split, 2006, pp. 105, 106.

⁹ Analysis of the interpretation within the deliberations and decisions of the United States Supreme Court throughout the history may be found in *Antonin Scalia, A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1997, pp. 37-47; the comments of *Ronald Dworkin* in the same book, pp. 115-127.

¹⁰ See Branko Smerdel, *Temeljne značajke ustavnog poretka Republike Hrvatske na dvadesetu obljetnicu „Božićnog Ustava“ (Fundamental Characteristics of the Constitutional Order of the Republic of Croatia on the 20th Anniversary of the „Christmas Constitution“)* in *Ustav Republike Hrvatske (Constitution of the Republic of Croatia)*, Informator, XV ed., Zagreb, 2010, pp. 98, 99.

¹¹ Comparative analysis of the interpretation methods of constitutional provisions see in Peter Häberle, *Ustavna država (Constitutional State)*, Politička kultura, Zagreb, 2002, pp. 115, 116.

¹² The respect of human rights, including the rights of national minorities, is a fundamental issue for accession to the European Union. See the contemporary survey of these rights and political criteria in Tanja Cerruti, *L'Unione Europea alla ricerca dei propri confini (The European Union in Search of its Own Boundaries)*, G. Giappichelli editore, Torino, 2010, pp. 102-125.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as its most important source.¹³

The lack of respect or neglect of the constitution is often the executive power's *modus operandi*, either through its own decisions and secondary legislation, either through legislative bills and proposals, which are very often passed in the parliament without serious critical debate. After all, majority of members of parliament are not experienced lawyers who would be able to see which solutions proposed by the government are not in line with the constitution or other regulations. Anyway, democratic multiparty system is the guarantee of freedom as well the realization of fundamental constitutional principles through the competition of political parties and peaceful change of the government by the decision of voters on elections. Pluralism of political parties with the existence of the opposition is essential for the criticism of the government and offering of the alternative to the voters. The competition between political parties has to ensure the responsibility before the constitution and law, as well as the general supervision of functionaries that are actually in office.

That is why the concept of *constitutionalism* –the *constitutional review* –has some specific aspects as well. In the American debate, the constitutional scholars and lawyers are unanimous that a strong conception of constitutionalism, especially as articulated through a strong version of judicial review, is one that compromises democracy.¹⁴ The Croatian Constitutional Court,¹⁵ for instance, in its constitutional position follows classic examples of the Austrian and German Constitutional Courts based on the ideas of Hans Kelsen's theory of constitutional review, but it also develops its own system and practice.¹⁶ The Croatian Constitutional Court has really many

¹³ Comprehensive analysis of the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its implementation in the case-law of the European Court for Human Rights in Strasbourg, which is being followed and implemented by the Constitutional Court of Croatia, can be found in the book written by its former president. See: *Jasna Omejec: "Konvencija za zatitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava" (European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Case-law of the European Court of Human Rights)*, Novi informator, Zagreb, 2013.

¹⁴ See: *Ronald Dworkin: "Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution"*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 18, 19.

¹⁵ According to the Croatian Constitution, the Constitutional Court of the Republic of Croatia is a separate body with special competences, and its decisions may have impact on all the three branches of the state power. The Constitutional Court is not part of the judicial system, but the state body *sui generis*. It consists of 13 judges elected by the Croatian Parliament for a term of 8 years from among notable jurists, especially judges, public prosecutors, lawyers and university professors of law. The main constitutional guarantees for the independent and stable position of the Constitutional Court are the stability of the position of its justices, and their immunity. See: *Davor Krapac: "Postupak pred Ustavnim sudom Reoublike Hrvatske – ustrojstvo i proceduralni elementi ustavnog nadzora"* (Procedure before the Constitutional Court of the Republic of Croatia – Organization and Procedural Elements of the Constitutional Review), Narodne novine, Zagreb, 2014, pp. 22 – 60.

¹⁶ According to Peter Hgberle it impossible to implement one country's model of constitutional judiciary in another country. "Every single constitutional culture of certain country has grown individually and has to be respected as "autonomous" (translated and quoted from the Croatian edition). See: *Peter Hgberle, "Ustavna država" (Der Verfassungsstaat – The Constitutional State)*, Politička kultura, Zagreb, 2002, p. 119.

competences, but there are three of them that are the most important for the topic that is being discussed in this paper. The most important one is that the Court decides on the constitutionality of laws enacted by Croatian Parliament and may repeal a law if it finds that it is unconstitutional. The task of the Constitutional Court is, by following the Kelsen's juridical model of the constitutional review by the interpretation of the Constitution, to prevent the arbitrariness of the authorities and serious structural aberrations.¹⁷ The Court also decides on the constitutionality and legality of regulations passed by the executive branch of power (President of the Republic, the Croatian Government and ministries) and by the public administration, as well as by local units. The Court may repeal or annul any such regulation if it finds it unconstitutional or illegal, and in that way the Constitutional Court contributes to the realization of the concept of constitutionalism, because it serves as a last corrective element within the Croatian system of state power and its institutions. If some laws or secondary legislation are unconstitutional, the Constitutional Court shall repeal them, and the Parliament is obliged to pass the new regulation that is in accordance with the Constitution. So, the whole system is envisaged to correct itself.¹⁸

On the other side, the Constitutional Court protects human rights and fundamental freedoms in proceedings instituted by a *constitutional complaint*.¹⁹ In such proceedings the Constitutional Court may quash any judgment passed by any Croatian national court, including judgments of the Croatian Supreme Court, and any individual act passed by any other authorized administrative body (or independent bodies with public competences), if it finds this act violates the constitutional right of the citi-

¹⁷ Compare to *Jasna Omejec: "Novi europski tranzicijski ustavi i transformativna uloga ustavnih sudova"* (New European Transitional Constitutions and Transformative Role of Constitutional Courts), *Zbornik Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske*, Zagreb, 2011, pp. 61-85.

¹⁸ Constitutional courts should take into account that their activity is based on the principle of self-restraint. At the same time, they have to respect the life conditions of the society they function in. If their inappropriate decisions sought to create, let's call them so - ideal legal proverbs, then such decisions would not represent more than a utopia, and would probably turn life to hell of a real chaos, although they sought perfection in the realization of the highest constitutional principles. At the same time there is the danger that constitutional courts, in meeting their goal of achieving a fair balance between individual rights and general interests of a society, end up in impermissible political conformism opposite to their existence as institutions that protect the constitutional order and its constitutional values. See: *Mario Jeluić: "O odnosima izvrne vlasti s pravosuđem i Ustavnim sudom"* (On the Relations of the Executive Branch with the Judiciary and Constitutional Court), *Zbornik Konstitucionalizacija demokratske politike*, HAZU, Zagreb, 2014, pp. 81-83.

¹⁹ Human rights are ethic principles that set out standards of human behavior. In modern democratic countries they are regularly protected as legal rights, but they are also protected by the international law. Human rights are generally understood as *inalienable fundamental rights* to which a person is inherently entitled as a human being. That is why they are conceived as *equal* and *universal*, that is to say *the same for everyone and applicable everywhere*. In last decades the doctrine of human rights has been highly influential within the international law, global and regional institutions. *Respect for human rights* is the basis for actions of state and other bodies, but also for relations of single individuals within the state. In addition to the Constitution, other most important source of law in Croatia regarding human rights is the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

zen in question. In this case, the bodies that have passed the quashed decision are obliged by the Constitution to repeat the respective procedures (judicial or administrative) and to bring the new decision in line with the legal opinion of the Constitutional Court expressed in the quashing decision. This is how the constitutional rights of citizens and others are being protected, and this is another corrective way of contributing to the constitutionality and achieving all that is required by the political and legal theory of constitutionalism. In other words, the constitutional monitoring overcomes the deficit of constitutionalism in this way.

4. Conclusion

Although the political and legal concept of *constitutionalism* requires from the state institutions to respect the limits and due procedures of the constitution as the highest source of the law, everyday political practice shows something quite different. Political abuse of constitutional order is often considered as the *deficit of constitutionalism*, so there is no other way to correct it on the legal level than by the constitutional review. The constitutional review and the protection of human rights and fundamental freedoms by repealing the unconstitutional legislation contributes to the concept of constitutionalism and serves as the last corrective element within the system of state power and its institutions. It contributes to overcoming the deficits of constitutionalism caused by the imperfection of the work of the state institutions or by the raw politics. To achieve these goals, the constitutional courts need to be impartial, independent and well flanked by legal professionals of various specialisations that are decisive factor for opposing to the violation of the constitutional concept. Only in that way the deficit of constitutionalism shall decrease.

By way of conclusion, let me repeat the words of Neil Walker that "democratic incompleteness remains the main justificatory foundation for contemporary constitutionalism and the main reason why that justificatory foundation remains inherently fragile"²⁰.

²⁰ See more: Neil Walker: „*Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship*“, Netherlands Journal of Legal Philosophy, No. 3/2010, pp. 206, 207.

РЕЗЮМЕ

Хотя политическая и правовая концепции конституционализма требуют от государственных учреждений соблюдать установленные Конституцией границы и надлежащую процедуру, повседневная политическая практика свидетельствует о другом. Политическое злоупотребление конституционным порядком зачастую рассматривается как дефицит конституционализма, и нет никакого другого способа его преодоления на правовом уровне, помимо конституционного контроля. Конституционный контроль и защита прав человека и основных свобод путем отмены неконституционной нормы способствуют становлению концепции конституционализма. Контроль способствует преодолению дефицита конституционализма, вызванного несовершенством работы государственных учреждений. Для достижения этих целей конституционные суды должны быть беспристрастными, независимыми и иметь хороших юристов с разной специализацией. Только таким образом может быть сокращен дефицит конституционализма.



THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AND CONSTITUTIONAL TRADITIONS

ROBERT SPANO

Judge of European Court of Human Rights

Ladies and gentlemen,

1. The two concepts which form the subject of today's talk, subsidiarity and constitutional traditions, fortunately for me, complement and reinforce one another. As such, I am not tasked with the difficulty of resolving disputes between them, either during today's talk, or in my day-to-day work as a judge at the European Court of Human Rights. The two principles, in fact, allow for a mutual dialogue of respect. Subsidiarity offers transitioning democracies the chance to evolve and prosper in a climate that is respectful of human rights, while constitutional traditions provide, at their core, the opportunity to maintain national values in a way that protects all citizens.

2. The principle of subsidiarity, rather than placing the European human rights system on a pedestal, demands that the Court is secondary to the national judicial systems. In practical terms, this means that the responsibility for protecting and promoting human rights lies with member States themselves, in accordance with Article 1 of the Convention, with the Strasbourg Court merely acting as a safeguard for individuals and organisations to fall back on when national authorities fail to protect them. This fundamental principle, enshrined in the Court's case-law for almost fifty years, ensures that human rights are applied in compliance with Convention standards in a manner which is harmonised but takes into account national differences. As has often been said by the Court, "By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries", the Contracting States remain best placed to decide how best to uphold human rights on their territories.

3. The Court's role is thus not to take the place of the domestic authorities, but rather consists in external human rights oversight. This is clear from two concepts inherent in the Convention system: first, the requirement that remedies be exhausted at the domestic level (under Article 35(1) of the Convention) and, second, the doctrine of the margin of appreciation,

which accords to States discretion as to how they wish to implement the rights protections demanded by the Convention. So rather than erasing constitutional traditions, the Court instead concentrates on determining the realities of the member State in question. This allows the Court to fulfil two main aims: effectiveness, and pluralism.

4. Subsidiarity seeks to fulfil these aims through three main functions. First, it reverts to domestic authorities for the protection of fundamental rights and freedoms. Second, where necessary, it reviews the decisions of those authorities. Finally, and this is a crucial point, it provides support in remedying the defects it finds at the domestic level. In this way, the Court seeks to strengthen the dialogue between national judicial systems and the Convention institutions, in order to give full effect to the subsidiarity principle (of which it is an avid and ongoing supporter). In this way, subsidiarity promotes reciprocal cooperation and shared review between the Strasbourg and domestic judges.

5. The element of cooperation is what keeps the Convention an effective living instrument, able to adapt to changing societies and take account of different constitutional traditions. Far from wishing to retain jurisdiction of all domestic disputes for itself, the Court seeks to encourage the fulfilment and promotion of subsidiarity, and frequently states its support of this principle in explicit terms in its judgments. The Convention system therefore respects constitutional traditions and, in return, asks that domestic judges respect the principles it safeguards through careful, reasoned and applied decision-making that keeps the goal of fundamental rights protection firmly in mind.

6. Two requirements consequently arise out of the subsidiarity principle. The first relates to the way national judiciaries protect human rights. It is clear that the most effective way to implement rights protections is to allow them to flow throughout the domestic legal system. As such, individual judges should infuse European human rights principles at the national level in a way that harmonises the two systems and allows for an organic appreciation of the relevant principles. This will inevitably lead to the blossoming of democratic freedoms and effective direct application of rights protections at the national level. In this way, domestic judges can limit the subjective and discretionary decision-making that leads applicants to seek recourse at the Strasbourg Court.

7. Implementing European human rights law in domestic decisions will not only help to make the rights protected by the Convention meaningful for all citizens. It will also ensure that the rule of law is upheld and that the

existing constitutional mechanisms seeking to guarantee fundamental freedoms are improved, thereby strengthening and reinforcing rights-facing constitutional traditions. It is clear, then, that the notion of subsidiarity has been largely undervalued in the development and flourishing of transitioning democracies. Rather than being regarded as an external entity imposing itself at the top of the domestic legal hierarchy, the Court and its case-law should be regarded as invaluable tools to help guide the development process.

8. The second requirement arising out of the subsidiarity principle is that States bring their national legal order in line with the Convention. As I have already mentioned, the most effective way to protect human rights is for domestic judges to infuse the relevant principles into their legal systems in a way that harmonises constitutional traditions with European human rights law. When national judges take the Convention into account during their decision-making, a body of domestic jurisprudence develops which systematically takes into account the principles laid down in Strasbourg. This undoubtedly offers stronger protections for those present on the State's territory, who, where necessary, are able to rely on domestic decisions that have been taken in the context of local constitutional traditions, rather than having to seek remedy at Strasbourg. Effective harmonisation of European human rights law by domestic judges is what truly embeds respect for rights and freedoms in national legal systems and in societies as a whole.

9. To conclude then, the role of domestic judges, the most crucial one to the effective functioning of the Convention system, is to decide every case in careful consideration of the principles set out in Strasbourg. Subsidiarity allows the role of national courts as judges of the Convention to be enhanced. It also allows the European Court to take into account the practical differences which arise between Convention states, seeking to create an effective dialogue rather than a solitary didactic address. This works because, fundamentally, the national and Strasbourg courts do not share diametrically opposed visions of human rights. Judges at both levels have, as their priority, the rule of law and protection of fundamental rights. Subsidiarity therefore grants the perfect opportunity to allow the relationship of cooperation and mutual respect — for constitutional traditions on the one hand and for European case-law on the other — to grow. Ultimately, therefore, the national courts have the most prominent role to play in upholding human rights, while the Strasbourg Court remains in the background, ready to act not only as a supervisory safety net but, more importantly, as a willing collaborator.

В докладе рассматриваются два основных понятия: субсидиарность и конституционные традиции.

Субсидиарность дает странам с переходной демократией возможность развиваться и процветать в среде, где уважаются права человека, в то время как конституционные традиции, по своей сути, дают возможность защищать национальные ценности.

Субсидиарность в практическом плане означает, что ответственность за защиту прав человека лежит на самих государствах-членах в соответствии со статьей 1 Конвенции, а Страсбургский суд просто выступает в качестве гаранта защиты прав, когда национальные органы не в состоянии сделать это. Суд стремится к укреплению диалога между национальными судебными системами и учреждениями Конвенции. Субсидиарность предоставляет прекрасную возможность развивать сотрудничество конституционных традиций и европейского прецедентного права, и привести их в соответствие друг с другом.

Таким образом, национальные суды имеют наиболее важную роль в защите прав человека, в то время как Страсбургский суд занимает незаметную позицию и готов действовать по мере необходимости.



**THE CONSTITUTIONAL ACTION
FRAMEWORK OF THE CONSTITUTIONAL
COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA
FOR THE REVIEW AND APPRAISAL
OF THE CONSTITUTIONALITY
OF LEGAL GAPS**

MATO ARLOVIĆ

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Croatia

Abstract

Any constitutional order ideally desires to use its sources of law to govern all issues in social relations that need to be regulated. Other regulations are then used to elaborate on the realisation of such social relations where individual acts are used to apply general norms to specific relations between natural and legal persons. However, despite the ongoing development and improvement of constitutional orders and an increase in the number and type of the generally binding formal sources of law, it is never possible to legally regulate in advance all relations in society. The said situation is a result of the fact that relations in real life develop and change very quickly. Relations in real life are too complex to be anticipated by law.

This situation is the critical reason for legal gaps to occur in the legal system, specifically those that the legal system cannot keep up with in view of the faster development of social relations and which are referred to as *ex post facto* legal gaps. However, one should not neglect those legal gaps that appear at the moment of adoption of a legal act (norm), because at the time of regulating a social relation to which such a generally normative and legally binding legal act refers the legislator failed to regulate them.

This paper examines how the term legal gap is defined from the aspect of doctrine and from the aspect of constitutional case law.

The aim of this paper is to examine the impact of legal gaps on the fundamental values and principles of the constitutional order and on the constitutional order as a whole. The paper also examines the competence of the Croatian Constitutional Court to identify legal gaps and its role in the elimination of such gaps in order to prevent them from causing instability in the constitutional order

by jeopardising the rule of law, legal certainty, and the principles of constitutionality and legality.

Keywords: legal gaps, monitoring compliance with the Constitution and laws, supervisory control of the passing of laws for the execution of the Constitution, laws and other regulations, constitutional complaint, human rights and fundamental freedoms, rule of law, constitutionality and legality, legal certainty, notifications.

1. Introduction

Any constitutional order ideally aims to have a legal situation where all issues arising from social relations that need to be legally regulated are wholly and consistently regulated by its legal sources. However, despite the ongoing development of legislation and the never-ending multiplication of legislation that regulates social relations, experience tells us incontestably that in social relations it is never possible to anticipate and legally regulate everything.

The consequences in any legal system are legal gaps or legislative omissions. A similar situation arises if one analyses any of the social relations in segments, based on its characteristics, and also the legislation that regulates it. Indeed, legal gaps and legislation go hand in hand, simply because life is always more complex and faster in its development and in its changes than law can follow. In this sense, legal gaps or legislative omissions are an inevitable consequence of an imperfect constitutional order. It is thus indisputable that, to a greater or lesser extent, they exist in any constitutional order. The existence of legal gaps or legislative omissions within a constitutional order has a generally negative impact on its consistency, uniformity and effectiveness, as well as on its highest values, in particular the rule of law, legal certainty, and constitutionality and legality. In specific social relations, legal gaps lead to inequality before the law and to the unequal application of the law in identical cases, thus potentially leading to discrimination of those participating in legal relations.

Legal gaps are a problem encountered by all bodies enforcing, construing and applying legislation in specific cases. Such bodies endeavour to resolve the problem of legal gaps in specific cases via interpretative methods and the method of analogy, where, to fill the legal gap, they create a rule which is in conformity with the aim and spirit of the legislation where the legal gap is found, which does not undermine the principle of constitutionality and legality, and which naturally applies only to that case. Under no circumstances may it become a rule – a source of law – for resolving all other identical or similar cases. Besides, it cannot and may not be obligatory as a source of law for the body that created it at the time of resolving some new or a similar case to appear before it.

In other words, the body concerned may resolve a new case differently, precisely because the rule that fills a particular legal gap, created by the competent authority applying the legal act that manifests a legal gap, is not a source, since it is not a generally binding legal norm adopted as a generally normative legal act by the body competent to execute it.

In the field of criminal law, legal gaps are impermissible.

Legal gaps, in view of their impact on the fundamental values of the constitutional order and its principles, such as the rule of law, constitutionality and legality, legal certainty and the protection of human rights and fundamental freedoms, are a matter of interest not only, for example, for civil law but also for constitutional law, thus necessarily being a matter of interest for the Constitutional Court.

In the Republic of Croatia, the relationship, jurisdiction and activity of the Constitutional Court towards legal gaps arise from the concept used to constitutionally regulate the position, tasks and jurisdiction of the constitutional adjudication process.

In terms of legal gaps or legislative omissions, the Croatian constitutional order does not recognise the terms expressly and neither does it empower the Constitutional Court to examine and conduct a review of the constitutionality and legality of legal gaps. The Constitutional Court of the Republic of Croatia took a stand that it is not competent to decide on the existence of legal gaps in proceedings for the review of constitutionality of a law and the constitutionality and legality of other regulations, although for the Constitutional Court and for legal theory it is indisputable that legal gaps are indeed encountered in such proceedings. However, legal gaps exist not only in cases where there is no legal norm, but in cases where legal provisions are partial and incomplete, and therefore constitutionally unacceptable because, for example, they lead to the inequality of legal subjects included in the provision stipulating a particular right of such subjects who are not in a particular position on account of the omission of the legislator, even though they should have been. All such questions, as well as others, have a constitutional dimension that is quite significant for constitutionality and legality and for the protection of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution.

Thus, they are a matter of interest for the Constitutional Court and the constitutional adjudication process. How and in what way is the Constitutional Court of the Republic of Croatia handling the question? What is its jurisdiction in terms of legal gaps and how can it influence the filling of such legal gaps through its actions, and how can it protect the principles of constitutionality and legality and the rule of law and legal certainty? These are all matters that will be examined further in this paper.

2. On the term “legal gaps”

The question of legal gaps in the Republic of Croatia has primarily been part of the work of theorists of law and theorists of the state. For the purposes of the best possible understanding of the problem, I shall present certain theoretical positions relating to legal gaps.¹

Professor Berislav Perić, in his stance on legal gaps, starts with the following position: “There will always be cases that cannot be subsumed under ‘their own’ norm, because the legislator did not anticipate a case of that kind (he did not anticipate that it would appear) or omitted (forgot) to provide for it. Therefore the legal system is ‘porous’ (‘it has holes’), it is unfinished, unstated. Phenomena of this kind are known as legal gaps. These are legal phenomena when a case occurs that should be legally covered, regulated and resolved, but the necessary legal norm to do so does not exist”.²

Professor Nikola Visković devotes even more detail and space to legal gaps in his book entitled “The State and Law”. He defines the terms, establishes causes for their occurrence, and offers a classification of gaps, while at the same time establishes both the definitions and their differentiation on the basis of such definitions. He writes:

"(...) in any society there are certain kinds of relationships that have the three characteristics mentioned that make them ‘governable by law’ (importance for the survival and good of society, containing strong conflicts of interest and externally controllable), which shows that they should be legally regulated, but they nonetheless remain either completely legally unregulated or insufficiently regulated. Such relations are called legal gaps.

This (...) mostly happens for two reasons:

First, when one state and legal system are overthrown (by revolution, coup, secession), the lawmakers of the new state and legal system may not immediately create new legal regulations immediately to replace all those that have been repealed, so that for a time some social relations remain unregulated. This happens rarely, at least in modern societies, because the new lawmakers usually avoid the grave consequences of legal gaps by either permanently taking over the legal norms of the old order, or by immediately enacting new ones to replace those being repealed. This was, for example, done when the Republic of Croatia gained independence from the SFR Yugoslavia in 1990.

The second and more common reason for legal gaps is the appearance of new kinds of socially important and conflicting relations that the lawmakers do not

¹ The Constitutional Court of the Republic of Croatia provided a fine overview of the doctrinal approach to the term and the types of legal gaps in its materials entitled “Problems of Legal Gaps in Legislative Practice”, Constitutional Court of the Republic of Croatia, No. SuP-MS-2/2008. This material was used as a source in the writing of this paper.

² B. Perić: “Država i pravni sustav” [The State and Law], Zagreb, 1994, pp. 223-225.

immediately recognise as such or those relations are for various reasons late to regulate. This is the reason for most of the legal gaps in modern societies where technical advance with increasing frequency and suddenness brings new relations that could not even have been anticipated several decades or years earlier, so the lawmakers could not recognise them when they first appeared or assess their importance. In the modern world, these are relations in the fields of: a) ecology; b) health; c) bioethics; and d) culture.

(...)

Besides the basic meaning of the term 'legal gap', legal experts also recognise technical legal gaps and value legal gaps. Unlike the basic meaning, where the gap lies outside legal regulation (as a relation that has not been regulated), legal gaps in these two meanings lie within legal regulation. A technical legal gap results from the insufficient normative covering of a legal relation, of poor normative regulation, a) either because some important element is missing, e.g., sanctions or the jurisdiction for taking legal actions are not prescribed; or b) because the regulation is expressed using unclear and undetermined concepts, e.g., abstract concepts or so-called 'legal standards', such as conscientiousness, integrity and confidence, restraint, incompatibility of character. A value legal gap is the view of some subjects that the norm regulates a social relation unjustly or in some other value-deficient way, and that it must therefore be changed or brought into harmony with the values that these subjects uphold."³

Professor Đuro Vuković has a particularly interesting approach to legal gaps, especially in terms of the reasons for their appearance. In "The Legal State", he writes: "Gaps can appear when the legislator does not delve deeply enough into the material he is regulating. They can also be the result of insufficient knowledge of legislative technique. The legislator may also intentionally fail to regulate a particular issue, leaving the matter to be solved in practice. Legal gaps can appear initially, when the legislator, after passing the general act, does not regulate all the issues. Legal gaps can also appear later when social conditions change and the legislator does not keep up with the changes and does not react in time".⁴

Professor Fuad Muhić, a theorist of state and law from Bosnia and Herzegovina, embraces a similar approach concerning legal gaps. In his book "Theory of the State and Law", he writes about this concept by stating, among other things: "Situations that are not regulated by a general legal norm, but the content of which is still of interest to the order, which is why the order requires them to be subjected to subsequent legal treatment. Legal gaps undoubtedly appear for at least two reasons: life is incomparably richer than the need of the order to be

³ N. Visković: "Država i pravo" [The State and Law], Birotehnika, Zagreb, 1997, pp. 218-220.

⁴ D. Vuković: "Pravna država" [The State Governed by Law], Zgombić i Partneri, Zagreb, 2005, pp. 107-108.

comprehensive, which makes the order helpless when it comes to the exact prognosis of situations that will appear; and the order itself, even if it were to have a certain ability to make prognoses, does not have adequate, technical means for each individual regulation“.⁵

It is evident from this overview of doctrinal approaches to the problem of the concept of legal gaps that there is essentially a relatively high degree of agreement among theorists, despite certain differences, concerning the definition of legal gaps, their causes, and types. Basically, a legal gap can be defined in simple terms as the absence of “rules for resolving a particular case”. In other words, a particular social relationship that needs to be legally resolved is one of those cases “that cannot be subsumed under their norm, because the legislator has failed to anticipate such a case (did not foresee that it would appear) or failed (omitted) to resolve it”.⁶ However, the recognition of legal gaps and how to differentiate them from the so-called autonomous situation where the legislator does not want to regulate legally and leaves it up to the autonomous decisions of legal entities (e.g., in accordance with the customs and traditional conventional rules of conduct) is not easy, but not impossible either. Professor Duško Vrban holds that in the implementation of this legal transaction, legal experts start from the nature of law and the use of legal techniques. He considers that this is so because “legal gaps appear only under the following circumstances: a) the legislator did not consciously (intentionally) leave out some beings, actions and conditions; b) an important legal area or legal branch is not regulated and by its nature should be; and c) filling the gap will not contradict the basic principles of the country’s legal order. If these circumstances are not fulfilled, it is the case of a legally irrelevant or indifferent space”. If the matter concerns an area of social relations that are not “irrelevant” or “indifferent”, the question of the way of completing such gaps arises in the resolution of specific legal relations. In such situations, judges are on the one hand authorised to interpret legal legislation and apply the method of analogy and other common legal techniques by examining and acting further to value criteria.⁷

Still, one should mention that the legal norm that was identified to fill a legal gap in the resolution of a particular case is not in the formal legal sense a new source of law, although it can be the basis for resolving other cases in court or administrative practice. Whether it will be used in this way or not will depend on the discretionary decision of the authority resolving the case, but such authority is not under any obligation to accept it and apply it. Further, such legal norm is not binding on the authority (e.g., the court) that adopted it in the resolution of future cases. Namely, the authority may decide to resolve some “new” case differently.

⁵ F. Muhić: "Teorija države i prava" [Theory of the State and Law], Sarajevo, 1998, p. 326.

⁶ B. Perić: *ibid.*, p. 225.

⁷ D. Vrban: "Država i pravo" [The State and Law], Golden marketing, Zagreb, 2003, p. 462.

In terms of social relations that govern criminal law, the theorists of legal sciences agree, even further to express criminal legislation, that a legal gap may not exist in Europe. Namely, in this field of social sciences, starting from the principles of the rule of law, legal certainty, and the constitutionality and legality that apply to this area in the strictest form, especially with a view to protecting human rights and fundamental freedoms, legal gaps are impermissible. This follows from the rule that criminal acts may be laid down only by law, that is, that the old maxim of Roman law should be respected: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

3. The constitutional framework for the position of the Constitutional Court on legal gaps

Legal gaps can and do have considerable impact on the consistency of the constitutional legal order and on achieving compliance with the Constitution and laws, but also, in specific cases resolved by the competent authorities, on the exercise of the principle of the equality of all before the law, and that the law is applied uniformly in cases of the same kind.

This is why they cannot and may not be circumvented in constitutional law proceedings conducted by constitutional courts. Constitutional courts encounter legal gaps both in proceedings concerning abstract control of constitutionality and legality and in specific constitutional disputes following constitutional complaints where they examine and decide on violations of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the constitution. The form and content of actions that are taken by constitutional courts regarding legal gaps are defined and stipulated in the relevant legislative acts (in the Republic of Croatia, exclusively those with constitutional force and of a constitutional nature) as one of the competences of the Constitutional Court.

Jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia is regulated by norms having constitutional force, that is, it is regulated by the Constitution and the Constitutional Act on the Constitutional Court, which has the same force as the Constitution, since the framer of the Constitution stipulated in Article 132 of the Constitution that it is “adopted in accordance with the procedure determined for amending the Constitution”.⁸

Certain authors hold that it is possible to divide activities of the Constitutional Court of the Republic of Croatia arising from its competence into basic and other competences laid down in the Constitution (e.g., B. Smerdel and S. Sokol included such a division of activities in their book: “Ustavno pravo” [Constitutional Law], Zagreb, 2003).

⁸ Constitution of the Republic of Croatia, Article 132.2, Official Gazette 85/2010 – consolidated text.

Basic competences would be those expressly stated in Article 129 of the Constitution, including those to:

- decide upon the compliance of laws with the Constitution;
- decide upon the compliance of other regulations with the Constitution and laws;
- decide on the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of other regulations which are no longer valid, provided that less than one year has elapsed from the moment of such cessation until the filing of a request or a proposal to institute proceedings;
- decide on constitutional complaints against individual decisions taken by state bodies, bodies of local and regional self-government and legal persons vested with public authority where such decisions violate human rights and fundamental freedoms, as well as the right to local and regional self-government guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia;
- monitor compliance with the Constitution and laws and [...] report to the Croatian Parliament on detected violations thereof;
- decide upon jurisdictional disputes between the legislative, executive and judicial branches;
- decide, in conformity with the Constitution, on the impeachment of the President of the Republic;
- monitor compliance of the platforms and activities of political parties with the Constitution and [...], in compliance with the Constitution, ban non-compliant parties;
- monitor whether elections and referenda are conducted in compliance with the Constitution and laws and [...] resolve electoral disputes falling outside the jurisdiction of the courts;
- perform other duties specified by the Constitution.⁹

Such other duties as referred to in the Constitution are actually part of the competence of the Constitutional Court of the Republic of Croatia in terms of form and content. They are also defined by the norms of the Constitution. They are not included in Article 129, but in the provisions of other articles that regulate specific issues in the constitutional structure, and the need arises from the substance of the constitutional relationship when constitutionally prescribed circumstances for the operation of the Constitutional Court of the Republic of Croatia are met. The competences relate to:

- general supervision of the adoption of legislation (laws and other regulations) for the execution of the provisions of the Constitution if the Constitutional

⁹ Article 129 of the Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette 85/2010 – consolidated text.

Court establishes that a competent body charged with enacting a regulation has failed to do so: “it shall notify the Government thereof, and shall notify the Croatian Parliament when the Government has been charged with enacting such regulation and failed to do so”;¹⁰

- hearing a solemn oath of the President of the Republic declaring loyalty to the Constitution;¹¹
- making a decision concerning the existence of circumstances that the President of the Republic is prevented from discharging his/her duties as a result of illness or incapacity and when the Speaker of the Croatian Parliament assumes the office of President *pro tempore*;¹²
- making decisions about the onset of circumstances, such as the death, resignation, or decision of the Constitutional Court on the responsibility of the President of the Republic of Croatia for a violation of the Constitution, when his/her office terminates, and the office of President is assumed by the Speaker of the Croatian Parliament *pro tempore*;¹³
- deciding on the prior approval of detention or instigation of criminal prosecution against the President of the Republic;¹⁴
- deciding on an appeal of a judge against a decision relieving him/her of judicial office;¹⁵
- deciding on an appeal against decisions of the National Judicial Council on the disciplinary accountability of judges;¹⁶
- deciding on the constitutionality of a referendum question that requires the calling of a referendum further to an initiative of the people.¹⁷

It follows from the provisions of the Constitution and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia that the Constitutional Court holds very wide competence, but despite this it is evident that none of the two legal acts (and they are the only acts that regulate the competence of the Constitutional Court) regulates its competence to examine and appraise the constitutionality of legal gaps, that is, legislative omissions in the constitutional law order expressly, that is, *expressis verbis*. Of course, this does not mean that the Constitutional Court of the Republic of Croatia has not encountered the problem of legislative omissions or legal gaps in its case law and has not adopted positions concerning them. It has been able and has been obliged to do this fur-

⁹ Article 129 of the Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette 85/2010 – consolidated text.

¹⁰ Ibid, Article 130.

¹¹ Ibid, Article 95.6.

¹² Ibid, Article 97.2.

¹³ Ibid, Article 97.3.

¹⁴ Ibid, Article 106.2.

¹⁵ Ibid, Article 123.3.

¹⁶ Ibid, Article 123.4.

¹⁷ Ibid, Article 95.

ther to its duty to “guarantee compliance with and application of the Constitution of the Republic of Croatia and base its work on the provisions of the Constitution of the Republic of Croatia and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia”.¹⁸

In other words, pursuant to the Constitutional Act, the Constitutional Court must base its competence laid down in the Constitution and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia on the provisions thereof, but it is even more significant that its operation should be based on the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia, as they are the very foundation for interpreting the Constitution.¹⁹ Along with a number of highest values, those that concern the rule of law and respect of human rights are somewhat more pronounced. In this sense, any legal gap or legislative omission violating the highest values either directly or indirectly presents a constitutional question that is within the competence of the Constitutional Court.

Indirect competence of the Constitutional Court regarding legal gaps arises precisely from its direct duty to guarantee respect for and implementation of the Constitution by interpreting its individual provisions and the Constitution as a whole based on the highest values of the constitutional order. For advocates of the theoretical concept of court activism, this is also the basis for its implementation in the proceedings of the Constitutional Court when it encounters the question of legal gaps. B. Smerdel writes concerning this problem: “The creed of court activism says that if there is a legal gap in law, constitutional judges must resolve it based on their understanding of the constitutional provisions and principles. The teleological method, as the most important method of interpretation (J. Barbić), ... starting with the totality of the constitutional text and the valid sources of international law, through a combination of other interpretation methods, in most cases enables interpretation by which any unclear or incomplete provisions of law are adjusted to the aims set out in the constitution”.²⁰ Professor S. Sokol, one of the former presidents of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, holds that if a legal gap is established, one should bear in mind that it should be resolved, but in a way that does not result in a violation of the principle of (and, in the constitutional law order, one of its highest values) the rule of law. He begins by saying that “the principle of the rule of law is accepted and elaborated by the Constitutional Court as the basic collective criterion in its approach to constitutional interpretation. Accordingly, the rule of law is an aim that in the specific case of constitutional interpretation

¹⁸ Article 2.1 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette 49/2002 – consolidated text.

¹⁹ Article 3 of the Constitution of the Republic of Croatia.

²⁰ B. Smerdel: "Ustavno uređenje Europske Hrvatske" [The Constitutional Organisation of European Croatia], "Narodne novine", Zagreb, 2013, p. 90.

can support the Constitutional Court in its adjudication that a legal provision is unconstitutional because of a legal gap in the regulation of a particular relationship, which, for example, leads to inequality or discriminates against a particular group. This, in our opinion, is the line that the Constitutional Court should not cross, even when it comes to the rule of law, in order to avoid becoming the legislator. This is why we are of the opinion that the Constitutional Court should not, and would hardly be able to, intervene by issuing a repealing decision if the legislator failed to regulate a particular social relationship or relationships, which means that there is no legal provision within which a legal gap would be found or to which it could be connected".²¹

I support the said position, although I must say that, in terms of content, previously there were discrepancies in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia. In truth, this was the consequence of a situation in constitutional law that put the Constitutional Court, one could say, in a state of emergency. Namely, after the independence of the Republic of Croatia, the Constitutional Court was forced to resolve legal gaps that existed in the provisions concerning constitutional procedure by interpreting certain legal provisions. In the first Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, procedural questions were not explained, and they were also insufficient, so there was a legal gap in that respect. In order to adjudicate, the Constitutional Court had to elaborate on certain procedural issues relevant for its proceedings by interpreting procedural provisions in its case law, and some questions that could not be answered by interpretation were regulated autonomously in its Standing Orders to enable adjudication in constitutional law matters.

Regarding queries and objections that the Constitutional Court had encroached in the field of the positive legislator that were presented in the request for the review of the constitutionality of certain provisions of its Standing Orders, the Constitutional Court responded in its ruling no. U-I-252/95 of 16 May 1995. In that matter, the Ombudsperson of the Republic of Croatia filed for the review of the constitutionality and legality of Article 53.2 of the Standing Orders of the Republic of Croatia (Official Gazette 29/94; hereinafter Standing Orders).

"The proponent holds that the provision is contrary to Article 127.3 of the Constitution of the Republic of Croatia and Articles 1 and 18, in conjunction with Articles 28 to 30 of the Constitutional Act. Article 53 of the Standing Orders is a norm of a substantive law nature and cannot be subsumed under the term of prescribing the internal organisation of the Court.

²¹ S. Sokol: "Ustavni sud Republike Hrvatske u zaštiti i promicanju vladavine prava" [The Constitutional Court of the Republic of Croatia in the Protection and Promotion of the Rule of Law], *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No. 6/2001, p. 1163.

Further, the proponent shows that the nomotechnical method of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia does not foresee the temporary suspension of execution of an individual act that is disputed in a constitutional complaint; this possibility is only foreseen in relation to an individual act based on law or other regulation whose constitutionality or legality is under review, while Title IV, “Protection of Constitutional Freedoms and Human and Civil Rights”, does not allow for the above possibility.

The proposal finds further support for the position in linguistic inconsistencies, since Article 18 of the Constitutional Act uses the wording “temporarily suspend execution”, and in Article 53.2 of the Standing Orders the wording “postpone execution” is used.

In the proponent’s view, in the disputed part, the Standing Orders have become a higher-ranking legal act than the Constitutional Act, although pursuant to Article 70, in conjunction with Article 80 of the Constitution of the Republic of Croatia, they rank fifth in the hierarchy of legal acts.

Based on the foregoing, it is proposed that the Constitutional Court of the Republic of Croatia repeal Article 53.2 of the Standing Orders.

The proposal is not well founded.

The duties and work of the Constitutional Court are defined not only in Article 125 of the Constitution of the Republic of Croatia, which lays down its jurisdiction, but by the totality of the constitutional provisions overall, the structure of state authority in which the Constitutional Court has a special place and powers outside the legislative, executive and judicial branches, as laid down in Article 4 of the Constitution of the Republic of Croatia.

The Constitution and the Constitutional Act define the constitutional powers and position of the Court in such a way that they are not under the authority of any state body. Only the Parliament of the Republic of Croatia is empowered to regulate the jurisdiction of the Constitutional Court in the procedure for passing the Constitution and the Constitutional Act.

Under Article 127.3 of the Constitution, the Constitutional Court of the Republic of Croatia shall regulate its internal structure by its Standing Orders. Paragraph 1 of the same Article sets out the matter that is to be regulated by a constitutional act, and this includes “other issues important for performing the duties of the Constitutional Court”.

This determination is also contained in Article 1 of the Constitutional Act in the text ‘other issues of importance for the performance of the duties and functions of the Constitutional Court’.

Internal organisation should include, besides issues that form part of the

usual content of the Standing Orders, all other issues of significance for successful work and performance of the role of the Constitutional Court that is set out in the Constitution of the Republic of Croatia and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia.

The Constitutional Court regulated some of the matters defined in Article 127.1 of the Constitution. Some of the matters essential for performing the duties and work of the Constitutional Court are regulated only in principle, leaving specific decisions to the Court. It is obligated to resolve these matters in such a way that it can perform its duties in accordance with its constitutional position and powers.

In the section on the protection of constitutional freedoms and human and civil rights, the Constitutional Act includes only three articles on the constitutional complaint (Articles 28 to 30) and these regulate only questions of admissibility, the preclusive deadline for lodging a complaint, and the contents of a decision of the Constitutional Court further to a constitutional complaint.

No proceedings in connection with a constitutional complaint can be carried out on the grounds of such sparse procedural regulation. Therefore, the Constitutional Court, faced with a legal gap regarding the procedure for acting in matters of constitutional law, had the power and duty to create procedural norms in the course of specific proceedings.

In the course of specific proceedings, the Constitutional Court thus created rules of procedure for proceedings in connection with a constitutional complaint by using the relevant procedural rules from other procedural acts (Civil Procedure Act, General Administrative Procedure Act, Criminal Procedure Act, etc.), and in certain cases, acknowledging the special nature of proceedings before the Constitutional Court, it created new rules for its own procedure.

Other courts and bodies vested with public authority use a similar approach, with the difference that legal gaps in other procedural laws are relatively rare and do not appear in such a breadth of procedural questions as in the case of proceedings in connection with a constitutional complaint provided for in the Constitutional Act.

The Constitutional Court, of course, considers itself bound by the rules of procedure that it created during its own practice, as described above, and it acted in this way from the very beginning of its work until its Standing Orders were adopted. This way of creating procedure could have continued, but the constitutional demand of the legal security of those who address the Court for constitutional and legal protection lies at the very heart of proceedings before the Constitutional Court.

The so-called system of precedent binds the Court, which knows its procedural rules based on precedent, but this way of work creates considerable problems for citizens who turn to the Constitutional Court because they cannot be expected to know the case law of the Constitutional Court.

It is therefore useful that rules of procedure, formulated in earlier proceedings, are adequately brought together, regulated, and made public.

That is also the reason why the Constitutional Court included many rules of procedure in its Standing Orders. In this way it restricted itself, because it is obliged to act according to the rules of its own creation; and, what is even more important, these rules of procedure are now published in the official journal of the Republic of Croatia – *Narodne Novine* – and are accessible to everyone, which has also ensured legal security of natural and other legal subjects who seek or will seek the protection of the Constitutional Court.

Concerning Article 53.2 of the Standing Orders (which is not a provision of substantive law, as the applicant states, but of procedural law), it should be stated that this institute represents a civilising development in procedural law. This is why it must be allowed for in constitutional proceedings instituted by a constitutional complaint against a possible violation of fundamental freedoms and basic human and civil rights – constitutional rights.

Constitutional jurisprudence has introduced the temporary postponement of the execution of decisions challenged under a constitutional complaint in the interest of the person seeking constitutional justice. This brings it into complete harmony with the basic goals of constitutional protection, i.e., the protection of fundamental freedoms and human and civil rights, which, pursuant to Article 125.3, is within the competence of the Constitutional Court.

If it were not so, in many cases constitutional protection – without the timely postponement of the disputed provision – would not have any real effect on the constitutional rights of the person requesting their protection.

What has been said above shows that Article 53 of the Standing Orders serves for the effective protection of constitutional rights.

It therefore follows that Article 53 does not deviate in content and legal logic from the legal logic of Article 18 of the Constitutional Act.

The term used (postponement of execution) is a legal concept valid in legal terminology and leaves no room for doubt, especially if these are cases of the protection of a constitutional right of a particular individual or legal person. Thus, there is no terminological disharmony which might affect the constitutionality of the disputed provision of the Standing Orders”.

Perhaps the Constitutional Court showed its position regarding the filling of legal gaps even more clearly when referring to the cited ruling in its ruling nos.

U-I-238/1995 and U-I-797/1997 of 11 June 1998. These cases also concern the procedure of the review of the constitutionality and legality of the Standing Orders and its Title Three – Articles 22 to 71. The proponents held that the challenged provisions of the Standing Orders were contrary to the provision of (then) Article 127.1 and 127.3 of the Constitution of the Republic of Croatia, since the said article expressly provides that the procedure before the Constitutional Court is regulated by the Constitutional Act. The Constitutional Court did not accept the proponents' proposals, holding them to be unfounded. In the mentioned rulings, it adopted the position that: a) it had already resolved the matter in its ruling no. U-I-252/1995 of 16 May 1995; and b) that the "Court, faced with a legal gap in terms of the rules of procedure in matters of constitutional law, was authorised and obliged to create procedural provisions in the course of the proceedings in question".

The said situation in which the Constitutional Court filled the legal gap itself, regardless of the fact that it was out of "necessity", is in my opinion indisputably a step forward in the field of the positive legislator. However, the step forward was temporary, since it was later eliminated in the new Constitutional Act on the Constitutional Court that incorporated the provisions of the Standing Orders disputed in the cases concerned in its text.

Besides these situations, the Constitutional Court of the Republic of Croatia is still competent to act under the Constitution and the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia and to contribute in a constitutionally admissible and appropriate way in the resolution of problems concerning legal gaps. The cases arise from its own jurisdiction: a) monitoring compliance with the Constitution and laws; b) monitoring the adoption of legislation for executing the Constitution, laws and other regulations; c) acting further to constitutional complaints to protect human rights and fundamental freedoms guaranteed in the Constitution.

Subjects and the institution of proceedings by which the Constitutional Court would find out about legal gaps or legislative omissions are not expressly stipulated. In principle, when it comes to such issues, the Constitutional Court of the Republic of Croatia discovers information from applicants' submissions by which they initiate or propose the initiation of proceedings for the review of constitutionality or legality via requests or proposals and for the review of constitutionality and legality of other regulations, regardless of whether in such submissions the applicants refer to a legal gap or not. A similar situation occurs in the monitoring of constitutionality and legality and in the monitoring of the adoption of legislation for implementing the Constitution, laws and other regulations. In its case law, the Constitutional Court has taken the position that within the meaning of the provisions of Articles 104 and 105 of the Constitutional Act on the Constitutional Court, a motion to instigate proceedings for the

review of legal gaps may be lodged by any natural and legal person competent to initiate the proceeding for the realisation of such competences of the Constitutional Court. It is understandable that regarding all these proceedings the Constitutional Court may institute proceedings to examine the existence of legal gaps or legislative omissions on its own initiative and after such proceedings are over adopt the relevant decisions and take the necessary actions.

An analogous situation regarding the initiation of a review of the existence of a legal gap, that is, legislative prohibition, exists in cases that are opened further to actions taken following a constitutional complaint for the protection of human rights and fundamental freedoms. Naturally, this is done always bearing in mind who is authorised to lodge constitutional complaints.

4. Monitoring compliance with the Constitution and laws, and legal gaps

The Constitutional Court of the Republic of Croatia, pursuant to Article 129.5 of the Croatian Constitution, is competent to monitor constitutionality and legality within the scope of its operation and report to the Croatian Parliament on detected cases of unconstitutionality and illegality. Its procedure in the performance of its duties in this respect is regulated in Article 104 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. The Constitutional Court exercises its competence via regular monitoring of compliance with the Constitution and laws in such a way that it identifies cases of unconstitutionality and illegality and those where a legal gap in a legal provision in the regulation of a particular social relationship leads to unconstitutionality and illegality and results in discrimination and inequality of a particular group of natural or legal persons. This situation is very similar to the situation where the Constitutional Court, in the procedure of the review of the constitutionality of a law or in the procedure of the review of the constitutionality and legality of other regulations, decides in such a procedure, on its own initiative, pursuant to Article 129.6 of the Constitution and Article 104 of the Constitutional Act on the Constitutional Court, to submit a notification on such unconstitutionality and/or illegality to the Croatian Parliament. In the notification, legal gaps are not mentioned expressly, but the Croatian Parliament is notified that in view of the unconstitutionality and illegality observed there is a need to supplement certain legal provisions. For example, in the review of the constitutionality of the Pension Insurance Act, in Case no. U-I-1152/2000 et al., the Constitutional Court decided to notify the Croatian Parliament of an instance of unconstitutionality. Unconstitutionality was manifested in the unequal legal position in the realisation of the right to family pension of family members who are common-law widows/widowers in comparison to family members who are widows/widowers.

Given that the Constitutional Court does not repeal laws and other regulations or particular provisions of such laws and other regulations when in the procedure of reviewing their constitutionality and legality it establishes that there is a legal gap or legislative omission, it notifies the Croatian Parliament about the need to supplement a particular provision or to remedy a legislative omission. In the mentioned case concerning the review of constitutionality of the Pension Insurance Act, it did so in Notification no. U-X-1457/2007 of 18 April 2007, stating in the statement of reasons:

“In the Republic of Croatia the family is under the special protection of the state, so it represents a protected constitutional benefit. Marriage and common-law marriage are constitutionally recognised unions. In family matters, the Constitution makes no difference between marriage and common-law marriage. Both unions are recognised in the Constitution and both are regulated by law.

Starting from the provision of Article 61 of the Constitution, which recognises two kinds of family unions (marriage and common-law), and taking into account the legal nature and purpose of a survivor’s pension in the pension insurance system, which is based on the obligation of the insured person to support family members (see first point of this Notification), the Constitutional Court finds that the Pension Insurance Act (PIA) should regulate entitlement to a survivor’s pension not only for married widows, but also for common-law widows and widowers.

4. In examining the issues concerning the entitlement to a survivor’s pension of common-law widows/widowers, the Constitutional Court bore in mind the fact that the Family Act (Official Gazette nos. 116/03, 17/04 and 136/04) regulates the legal effects of a common-law union between a woman and a man, and that in inheritance relations, pursuant to the law, the common-law spouse, who is in the same position as a married spouse regarding inheritance right, is also entitled to inherit the testator (Article 8/2 of the Inheritance Act, Official Gazette nos. 48/03).

Although the above acts are not directly applicable in the pension insurance system regulated by PIA, they represent the framework for regulating the right to a survivor’s pension for widows/widowers in that system.

5. Finally, the Constitutional Court stresses that the Act on the Rights of Croatian Homeland War Defenders and Members of their Families (Official Gazette no. 174/04, hereinafter ARCHWD) explicitly recognises the position of a close family member for common-law widows/widowers, and therefore also the right to a survivor’s pension.

The common-law spouse of a deceased, captured or missing Croatian defender

is recognised as a close family member provided that, before the defender's death, capture or disappearance, they lived in a common household for at least three years, where the common-law marriage status, with the purpose of establishing the rights recognised in ARCHWD, is established in a non-contentious court proceeding (Art. 6 paragraphs 2 and 3 ARCHWD).

6. Starting from the fact that the rights recognised in ARCHWD (including the right to a survivor's pension) are funded from the State Budget (Article 106 ARCHWD), it could be said that the common-law spouse (also), as a close family member of a deceased, captured or missing Croatian defender, is entitled to some kind of state pension. The Constitutional Court therefore finds even stronger grounds to recognise, in the pension insurance system regulated by PIA, the common-law spouse of a deceased insured person as a family member, because this system is financed by the contributions paid by the insured persons.

In connection with this the Constitutional Court notes that, pursuant to Article 2 paragraph 4 indent 1 of the Constitution, the Croatian Parliament is empowered to regulate all issues regarding the right of a common-law spouse to a survivor's pension (e.g. which union of a man and woman would be considered a common-law marriage within the meaning of PIA, the manner of proving it, under which special conditions the right to a survivor's pension would be recognised to a common-law spouse, to what extent, etc.).

7. In accordance with the above, the Constitutional Court notifies the Croatian Parliament about the need to amend PIA with the purpose of regulating the legal conditions for entitlement to a survivor's pension of a common-law widow/widower, as a member of the deceased insured person's family."

The second case is specific in that it is a consequence of the decision of the Constitutional Court to repeal a law or a provision of a law resulting in the appearance of legal gaps or legislative omissions, because the legislator did not adopt a new law or amend the repealed provisions, and the repealing provision entered into force. In its case law to date, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has had only one such case. Namely, on 31 March 1998, the Constitutional Court adopted Decision no. U-I-762/1996 repealing a provision of Article 40.2 of the Act on the Lease of Apartments (Official Gazette No. 91/96). In that decision, it was decided that the repealed legal provision would cease to be valid six-months after the publication of the decision in the Official Gazette.

Within the mentioned period, the Croatian Parliament did not align the Act on the Lease of Apartments with the decision of the Constitutional Court; after its

entry into force, Article 40.21 ceased to have effect, resulting in the occurrence of a legal gap. After several years, during which the Croatian Parliament did not align the Act with the decision of the Constitutional Court, the Court sent Notification no. U-X-2191/2007 (Official Gazette 67/2007) to the Croatian Parliament, notifying it about the unconstitutionality observed and the existence of a legal gap. The said Notification states:

"The Constitutional Court pointed out as follows in the decision repealing Article 40.2 of the Act on the Lease of Apartments (point III.12):

'The disputed provision conditions the right of a landlord to terminate a lease agreement if he/she intends to move into the apartment himself/herself or intends to move his/her descendants, parents or persons he/she is, pursuant to separate regulations, obliged to support, with the obligation to provide the lessee with another appropriate apartment with living conditions not less favourable for the lessee, that is, in the same way as stipulated in Article 21.2 of the Act on the Lease of Apartments which the Court found in breach of the Constitution. Therefore, the reasons stated under III.6 stand here as well, for which reasons, and also for not being sufficiently selective, the provision should have been repealed in relation to protected tenants also. However, due to its correlation with the provision of paragraph 1 of the same Article the effect of its repeal should have been postponed within the meaning of Article 21.2 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia (Official Gazette 13/91), which was done in point I.2 of the Decision. The legislator can, within the determined period of six months, appropriately regulate the requirements for termination within the meaning of the provision of Article 40.1.1 of the Act on the Lease of Apartments.

Along with the above, the provision of Article 40.1.2, stipulating the obligation of a unit of local self-government, i.e., the City of Zagreb, to provide the lessee with another appropriate apartment, has no effect on the review of the disputed provision of paragraph 2.'

We enclose with this notification the Decision of the Constitutional Court No. U-I-762/1996 of 31 March 1998.

2. The Government of the Republic of Croatia informed the Constitutional Court that the first reading of the Proposal for Amendments to the Act on the Lease of Apartments was deliberated at the 29th session of the Croatian Parliament, held on 29 January 2003,

The Constitutional Court observes that the Croatian Parliament failed, in the period from the publication of the said Constitutional Court decision (6 April

1998) to the date when its repealing effect enters into force (6 October 1998), to revise or amend Article 40 of the Act on the Lease of Apartments in accordance with the legal stand expressed in the stated Constitutional Court decision and has failed do so until the day of this Notification.

3. In the period after the Constitutional Court decision was delivered, i.e. after the repealed legal provision lost its legal force, apartment owners (landlords) filed a considerable number of proceedings before the competent courts to terminate lease agreements, pursuant to Article 40.1.1 of the Act on the Lease of Apartments.

According to the Constitutional Court records, the Constitutional Court received constitutional complaints against the decisions of courts on the suits filed by the owners of apartment (landlords) to evict the lessees, with no prior determination of the requirements for such evictions in the Act on the Lease of Apartments. Constitutional complaints were lodged, depending on the judgment, by the owners and lessees, because they deemed that these judgments violated their constitutional rights.

In response to such constitutional complaints, the Constitutional Court, in two cases (U-III-135/2003, U-III-485/2006), postponed the eviction of lessees until the constitutional complaint was decided on. The Constitutional Court did not deliver its decision on the stated constitutional complaints because the Croatian Parliament had failed to execute the repealing decision of the Constitutional Court, which is a prerequisite for deciding on the substance of the case in such constitutional complaints.

4. According to Article 31 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia (hereinafter: the Constitutional Act), decisions of the Constitutional Court are obligatory and all bodies of state administration shall, within their constitutional and legal jurisdiction, execute decisions of the Constitutional Court.

The Constitutional Court notes that within its jurisdiction, it has no authority to remove the inconsistency in the application of the Act on the Lease of Apartments that came about after the repealed legal provision lost its force. Decisions of the Constitutional Court (acceptance or refusal of constitutional complaints) would lead to further inequality before the law, which is contrary to the constitutional guarantee under Article 14.2 of the Constitution. Therefore, the existing normative situation is unacceptable and inadmissible in constitutional law, since it fails to solve the entire problem of the application of the Act on the Lease of Apartments in the same way for all.

It follows that only the legislator is empowered to regulate, by passing the respective revisions and amendments to the Act on the Lease of Apartments, the disputed legal relations in the manner that will ensure the equality of all before the law.

5. Monitoring conformity with the constitution and laws and bearing in mind the obligatory execution of Constitutional Court decisions (Article 31 of the Constitutional Act), pursuant to Article 128.5 of the Constitution of the Republic of Croatia and Article 104 of the Constitutional Act, this notification is delivered to the Croatian Parliament.”

Although this is an individual case of the non-execution of a Constitutional Court decision by the Croatian Parliament, in the context of this paper it deserves attention for at least two reasons. To begin with, this could be a case where “the legislator does not regulate a particular issue on purpose, leaving it to practice for it to be resolved.”²²

However, in a situation like this there is a legal gap, because the legislator did not and/or does not want to resolve something and the Constitutional Court is not competent to decide in review proceedings on the constitutionality of laws and on the constitutionality and legality of other regulations or individual provisions.

It only has the right and duty to notify the Croatian Parliament if, as a result of such a legal gap or legislative omission, unconstitutionality or illegality is detected. Secondly, in the constitutional order of the “Republic of Croatia, there are no mechanisms by which the Croatian Parliament or the Government of the Republic of Croatia would be forced to execute Constitutional Court decisions repealing laws or other regulations or some of the provisions thereof as a result of nonconformity with the Constitution”,²³ that is, nonconformity with the Constitution and law in the case of other regulations. If the legislator chooses such an option, and the Government of the Republic of Croatia follows with its (even tacit) approval, provided that the adoption of legislation or individual provisions is within its powers, Article 31 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, despite all its good solutions, remains a dead letter. Naturally, we do not enter into other forms, including political ones, of their responsibility, because of which they could be subjected to pressure to eliminate unconstitutionality and illegality resulting from legal gaps or legislative omissions arising from the entry into force of the repealing decisions of the Constitutional Court.

5. Supervisory control over passing regulations for executing the Constitution, laws and other regulations, and of legal gaps

Supervisory control over passing regulations - for executing the Constitution, legislation and other regulations - is one of the duties of the Constitutional

²² D. Vuković: "Pravna država" [The State Governed by Law], Zgombić i Partneri, Zagreb, 2005, p. 108.

²³ M. Arlović: "Međuodnos između pozitivnog i negativnog zakonodavca u Republici Hrvatskoj" [The Correlation between the Positive and Negative Legislator in the Republic of Croatia], Pravni vjesnik Pravnog fakulteta u Osijeku, No. 3.-4./2015, p. 257.

Court of the Republic of Croatia, subsumed in Article 129 of the Constitution under the indent “shall perform other duties specified by the Constitution”. This is why this competence, the so-called second job, is also regulated in the Constitution, i.e., Article 30, which in terms of content relates to the regulation of this activity in its totality. The protocol followed by the Constitutional Court in such cases of supervisory control is stipulated in Article 105 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. It stipulates the protocol in two cases where supervisory control is executed over the passing of regulations for the execution of the Constitution, laws and other regulations. Firstly, according to Article 105.1,²⁴ this is a situation where, “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”. Secondly, pursuant to paragraph 2 of the same article, “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”. Naturally, by the nature of things, but also further to the obligation set out in paragraph 3 of the same article, the notification on supervisory control in the event referred to in paragraph 1 of the article is submitted in written form to the Prime Minister of the Republic of Croatia, and the notification referred to in paragraph 2 of the article, to the Speaker of the Croatian Parliament.

The specific nature of the situation in constitutional law that occurs when in the procedure of supervisory control of the passing of laws for the execution of the Constitution, laws and other regulations, the Constitutional Court establishes that the competent authority did not adopt such a regulation, it establishes the existence of a legal gap *nolens volens*, and in the case of a regulation for the execution of the Constitution, then it is in principle a legislative omission. The said legal gaps and legislative omissions by their very nature have a negative impact on the rule of law, especially its content-related elements expressed in the principles of constitutionality and legality and legal certainty. Particularly serious consequences for these principles result from a legislative omission when a regulation (constitutional act or law) for the execution of the Constitution is not passed. The obligation for adopting regulations for the execution of the Constitution or some of its provisions leads to the conclusion that the provisions of the Constitution are such that they are not suitable for direct implementation. The failure to pass regulations for the execution of the Constitution prevents *de facto* and *de jure* its implementation and harms its standing, which results in violations of the highest values of the constitutional order, in particular the rule of law, constitutionality and legality, and legal certainty.

²⁴ Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette 49/2002 – consolidated text.

By notifying the Government of the Republic of Croatia and the Croatian Parliament that in the performance of its supervisory control it established that the competent authorities have failed to pass the relevant legislation for the execution of the Constitution, laws and other regulations, the Constitutional Court simultaneously warns the bodies of the following: a) the existence of legal gaps and legislative omissions leading to porousness in the constitutional order by which its consistency, uniformity, applicability, and efficiency are undermined; b) that such legal gaps and legislative omissions are ongoing causes of violations of the principles of constitutionality and legality, legal certainty, and the rule of law, both as principles and as some of the highest values of the constitutional order, with a continued and devastating effect on them and on the overall efficiency and stability of the constitutional order. Naturally, for each regulation that is not passed, pro rata to its position in the hierarchy of the legal system, and the role and significance for the execution of a higher regulation, because of which it had to be adopted; c) that it is not competent to decide initially on the existence of legal gaps and legislative omissions, and to examine their constitutionality and legality, but that it is competent to act in a way that when it establishes such a situation in the course of implementation that it notifies the competent authorities about how it intends to enable the makers of legislative policies and the implementation thereof to conduct adequate actions to fulfil their constitutional and legislative obligation and adopt a regulation required for the execution of the Constitution, laws and other regulations. Thus, the Constitutional Court fulfils its role as the negative legislator through a specific form of constitutional law activism towards the positive legislator.

There have been situations in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia to date where, by referring to Article 30 of the Constitution together with Article 105 of the Constitutional Act on the Constitutional Court, it submitted a notification on the non-adoption, or the adoption after the expiration of the deadline, of regulations required for the execution of higher legal acts. To illustrate, let me remind you of Notification to the Croatian Parliament no. U-X-835/2005 of 24 February 2005. In that notification, the Constitutional Court, *inter alia*, warned that “subordinate legislation is often adopted after the legal deadline for its adoption expires, which is not in conformity with the principle of constitutionality and legality”.

In the performance of both its activities, regardless of whether with respect to monitoring compliance with the Constitution and laws or supervisory control of the passing of legislation for the execution of the Constitution, laws and other regulations, the Constitutional Court finds itself in a position where it detects the existence of legal gaps or legislative omissions and, by preparing its notification, it examines their impact on the rule of law, constitutionality and legality, legal certainty and, ultimately, on the effectiveness of the constitutional law

system. In its notification, it reports to the competent authorities about its findings, enabling them to take legal action as soon as possible as the positive legislator in the form of passing the required legislation or amending its provisions, thus eliminating legal gaps or correcting legislative omissions in the legal system.

It is evident from the foregoing that the notifications are a very important instrument of action for the Constitutional Court in the implementation of its duty to respect and execute the Constitution. The primary reason is that the Constitutional Court provides information on its findings to the highest bodies of the legislative and executive branches and about what they should do in their remit to execute the principle of constitutionality and legality, and the rule of law and legal certainty. It is precisely because of the significance of the notifications for all of them and further to Article 104 and Article 105 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia that it prescribes that they are decided by a session of the Constitutional Court.²⁵

6. On legal gaps in proceedings further to constitutional complaints

Human rights and fundamental freedoms in the constitutional system of the Republic of Croatia, just as in other constitutional democratic states characterised by the rule of law, are among the more important elements of its constitutionalisation.²⁶ The Croatian legislator confirms such an approach to human rights and fundamental freedoms, in addition to other bases, with the following: a) they are established, regulated and protected by the constitution, that is, the norms of constitutional law, and they are elaborated in laws;²⁷ b) their protection is secured internally at the level of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, and supranationally at the level of the European Court of Human Rights in Strasbourg; c) the framer of the Croatian constitution assigned to them legal power above the law, although below the Constitution, in the legal acts of supranational law regulating them within the meaning of Article 141;²⁸ and d) in its constitutional case law, the Constitutional Court of the Republic of Croatia accepted the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a sub-constitutional legal act.²⁹ Such a position of human rights

²⁵ Ibid; see Article 104.2 and Article 105.4.

²⁶ For more on constitutionalism as a theoretical concept of contemporary constitutional democratic state of human rights and fundamental freedoms and the rule of law, see A. Bačić: "Hrvatska i izazovi konstitucionalizma" [Croatia and the Challenges of Constitutionalism], Split, 2011.

²⁷ See Article 83.2 of the Constitution of the Republic of Croatia, Official Gazette 85/2010 – consolidated text.

²⁸ Ibid; Article 141 reads: "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 altered or repealed only under the conditions and in the manner specified therein or in accordance with the general rules of international law".

²⁹ I borrowed the term "sub-constitutional" from J. Omejec, former president of the Constitutional Court of the Republic of Croatia, which she used in her paper: "The New European Transitional Constitution and the Transformative Role of Constitutional Courts" in "The Twentieth Anniversary of the Constitution of the Republic of Croatia", Collection of Papers of the Croatian Academy of Sciences and Arts, Zagreb, 2011, pp. 61-85.

and fundamental freedoms in constitutional law requires that they be guaranteed and, on the other hand, that their protection be prescribed through the norms of constitutional law before the Constitutional Court.

Consequently, it is logical that the framer of the Croatian constitution stipulated in Article 62 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia:

“(1) Everyone may lodge a constitutional complaint with the Constitutional Court if he/she deems that the individual act of a state body, a body of local and regional self-government, or a legal person with public authority that decided about his/her rights and obligations, or about suspicion or accusation for a criminal act, has violated his/her human rights or fundamental freedoms guaranteed by the Constitution, or his/her right to local and regional self-government guaranteed by the Constitution (hereinafter: constitutional right).

(2) If some other legal remedy is provided for against the violation of constitutional rights, a constitutional complaint may be lodged only after this remedy has been exhausted.

(3) In matters in which an administrative dispute is provided for, or a review of a civil or non-contentious procedure, remedies are exhausted after the decision has been rendered upon these legal remedies.”

Acting in proceedings further to constitutional complaints, such as proceedings for controlling and protecting human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution, the Constitutional Court has encountered the question of legal gaps (directly or indirectly). In such proceedings, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has discussed and examined whether in court (and/or administrative) proceedings the competent authority provided an interpretation of the existing legal gap in accordance with the Constitution, or, to be more precise, in accordance with the rights and fundamental freedoms guaranteed in the Constitution. In other words, it has asked whether by such an interpretation it has established, accepted and applied a legal rule by which it fills the legal gap and, by applying it to the case concerned, adopts it by a decision by which it did or did not ensure the protection and exercise of human rights.

Three types of cases concerning the review of and decision-making on legal gaps further to constitutional complaints have crystallised in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia.³⁰

The first can be illustrated with the following example.

In Case no. U-III-1621/2001 of 30 March 2005, the Constitutional Court decid-

³⁰ For more detail, see very informative and expertly prepared material of the Constitutional Court of the Republic of Croatia drawn up in answers to the questionnaire for the XIV Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Case no.: SuP-MS-2/2008.

ed on a constitutional complaint in which the applicant referred, among other things, to a violation of the right to the equality of all before the law and the right to work, earnings and social security. He appealed against a judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia which finalised a labour dispute in which the Supreme Court found that the applicant's employment had ended because a new firm had been created from a working unit of the former firm on the grounds of the Decree on the Prohibition of the Disposal and Transfer of Assets of Certain Legal Entities in the Territory of the Republic of Croatia (Official Gazette 52/1991). The Constitutional Court quashed the judgment of the Supreme Court of the Republic of Croatia by the said decision, and in its statement of reasons it stated among other things:

"The Constitutional Court of the Republic of Croatia finds no grounds for the view expressed by the review court. The provision of Article 6 of the 1991 Decree recognises the right of workers in a working unit to decide how they will set up the new form of organisation, which also implies their right to decide on their status in labour law. Otherwise, the form of organisation would be to the detriment of the workers, which contravenes the legal purpose of the Decree which was issued to protect the economic interests of the Republic of Croatia under the current circumstances.

It must also be noted that the said Decree of 1991, although it does not explicitly regulate relations in labour law and the status in labour law of the existing workers, cannot be interpreted to the detriment of the workers because of the existence of a legal gap. Accepting the legal opinion of the Supreme Court would imply that the new legal person has the right to organise itself without any obligation towards the fact that it employs workers at the moment of its organisation, which was undoubtedly not the purpose of the Decree."

The Constitutional Court embraced this position in other equivalent cases. See, for example, Case no. U-III-1027/1998 of 26 January 2001.

Secondly, the group of cases in which the Constitutional Court encountered legal gaps further to constitutional complaints is connected with objections claiming violations of the right of the applicants to a trial within a reasonable time and the right of access to court in proceedings for the compensation of damages caused by acts of terrorism, or by members of the Croatian Army and the police forces, connected with the performance of their service during the Homeland War. Regarding these issues that were presented by applicants in their constitutional complaints, in the Amendments to the Civil Obligations Act,³¹ the legislator set an instructional deadline for the legislator to adopt new regulations. The legislator did not comply even remotely with the deadline but

³¹ Act on Amendments to the Civil Obligations Act, "Narodne novine" no. 7/1996.

adopted the regulations after the deadline had expired. However, during the legal gap (considering that special regulations were not adopted), the competent courts were prevented (by force of the amended Civil Obligations Act) from taking action connected with adjudication on the complaints lodged. Beyond any doubt, the legal gap had a negative impact on the exercise and protection of human rights for the Constitutional Court. Namely, in its decisions (for example, Decision no. U-III A-892/2002 of 7 July 2004), the Constitutional Court held that in view of such proceedings of regular courts (which had to respect the legal gap caused by legislative omission, i.e., the legislator's inactivity) there was a violation of the right to a trial within a reasonable time and a violation of the right of access to court, and so it accepted the constitutional complaints and awarded the applicants appropriate compensation for the violation of their constitutional rights.

Thirdly, a certain type of proceedings that lead to decisions on legal gaps further to constitutional complaints is connected with Article 63 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia. Namely, it provides for an exception that imposes an obligation on the Constitutional Court to institute proceedings further to a constitutional complaint even before the legal path is exhausted. Naturally, where the court does not decide on the rights and obligations of a party or the suspicion or accusation of criminal acts within a reasonable time, or where the disputed individual act gravely violates constitutional rights, it is wholly evident that the failure to institute constitutional proceedings could result in serious and irreparable consequences for the applicant.³²

Apart from the said participation and decisions on legal gaps by the Constitutional Court, a reminder is in order that the framer of the Croatian constitution laid down duties for the authorities that executed acts that were the cause of violations of human rights and fundamental freedoms. Namely, in the event that the Constitutional Court accepts a constitutional complaint and thus repeals the disputed (individual) act, the competent judicial or administrative authority, the body of local and regional self-government or legal persons vested with public authority whose act was quashed must adopt a new act to replace it.³³ When adopting a new act, such bodies are obligated to conform to the legal positions of the Constitutional Court adopted in the decision that quashed the act by which a particular human right and fundamental freedom of the applicant was violated.³⁴

At the end of this paper, it is worth stating again that the framer of the Croatian

³² For more detail, see Article 63 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, Official Gazette No. 49/2002 – consolidated text.

³³ Ibid; for more detail, see Article 76.

³⁴ Ibid; for more detail, see Article 77.2.

Constitution has provided the Constitutional Court, when it establishes that its repealing decision (in abstract control) may lead to a legal gap in the legal order, with a mechanism to remedy fully or significantly its negative effect on the rule of law and legal certainty. The Constitutional Act on the Constitutional Court has provided the Croatian Constitutional Court with the possibility to apply a so-called postponement.³⁵ This constitutional mechanism enables the Constitutional Court of the Republic of Croatia, on a case-by-case basis, always to review the time that is needed by the legislator to adopt a new law or other regulation or a particular provision and to set the point in time by relying on the type and scope of the repealed act or its individual provisions, its significance and impact on social relations. In its constitutional case law, the Constitutional Court of the Republic of Croatia has used this mechanism on several (but not too many) occasions, for example in its Decision no. U-I-1569/2004 of 20 December 2006, etc.

7. Final remarks

There is no doubt that legal gaps or legislative omissions are to a greater or lesser extent part of any constitutional law system. They have a negative impact on the consistency and integrity of the legal system, but also on the rule of law, legal certainty, and constitutionality and legality.

There are many causes of legal gaps or legislative omissions, the most significant certainly being the imperfect nature of the legal system and its inability to anticipate legal regulation proportionate to the expansion and development of existing and new social relations. In their essence, they are decisive proof that life always develops more quickly than law can anticipate.

Constitutional law orders foresee possibilities and prescribe foundations in legislation for judicial, administrative and other bodies of local, regional or other public authorities to use in dealing with legal gaps and legislative omissions in decision-making proceedings and in the execution of the law. Naturally, this involves the use of various methods for interpreting legislation and its provisions and applying it to a specific case by analogy. A rule engendered in this way and applied in a particular case in European continental law generally applies only to that case and may not be the source of law for anyone, including for a body that created it when resolving a new case.

In terms of the resolution of specific cases, legal gaps or legislative omissions are often the cause of violations of the principle of equality, even discrimination. It is for this reason that they are excluded and prohibited in criminal law. Legal gaps and legislative omissions affect both the structure and execution of

³⁵ Ibid; Article 55.2.

the legislative order. This is why they are significant both for the theory of constitutional law and for constitutional case law.

In the constitutional system of the Republic of Croatia, legal gaps or legislative regulations are not mentioned *expressis verbis*. Of course, this does not mean that they do not exist.

Since legal gaps are not expressly mentioned in the constitutional order, it is understandable that at the time of prescribing the jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Croatia the framer of the Croatian Constitution laid down nothing about its authority to decide on legal gaps or legislative omissions. Consequently, the Constitutional Court embraced a firm position that it does not decide on their constitutionality and legality.

However, at the same time, such a constitutional situation does not mean that the Constitutional Court does not encounter and examine legal gaps and legislative omissions. It encounters them both in the abstract control of the constitutionality of laws, the constitutionality and legality of other regulations, and in acting in specific constitutional disputes for the protection of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Constitution. Further, it encounters them in the execution of its other competences established in the Constitution and in the Constitutional Act on the Constitutional Court: a) monitoring compliance with the Constitution and laws; and b) supervisory control of the passing of regulations for the execution of the Constitution, laws and other regulations. This paper has dealt with the proceedings of the Constitutional Court of the Republic of Croatia concerning legal gaps and legislative omissions, and the activities that it may conduct, so I shall not repeat them here.

In conclusion, the following should perhaps be pointed out.

First, the Constitutional Court establishes that it is not competent to decide on the existence of legal gaps and legislative omissions in proceedings involving the review of the constitutionality of laws, and of the constitutionality and legality of other regulations.

Second, in proceedings of abstract control, *inter alia*, it establishes the existence of legal gaps and legislative omissions and then, as a rule, either submits a notification to the Croatian Parliament about such observed unconstitutionality or illegality or, within its competence to conduct supervisory control of the passing of regulations for the execution of the Constitution, laws and other regulations, notifies the Government or the Croatian Parliament that the competent authority, that is obligated to execute a particular regulation, did not execute it either fully or partially. By such action, it contributes to the elimination or filling of legal gaps or legislative omissions.

Therefore, we may truly say that the Constitutional Court of the Republic of Croatia has certain legal instruments at its disposal to examine legal gaps (it is

another matter whether they are entirely sufficient). Its constitutional case law shows that it uses them and thus, by filling legal gaps and dealing with legislative omissions, it generally manifests Constitutional Court activism by influencing the formation of laws and other regulations.

In the performance of this activity, the Constitutional Court and the legislator build relations of cooperation and mutual checks, and in so doing they soften the sharp edges between them as the negative and the positive legislators.

РЕЗЮМЕ

Несомненно, правовые пробелы или упущения в законодательстве в большей или меньшей степени являются частью системы конституционного права. Они имеют отрицательное воздействие не только на согласованность и целостность правовой системы, но и на верховенство права, правовую определенность и конституционность.

Имеется много причин возникновения пробелов в законодательстве. Наиболее значимыми, безусловно, являются несовершенство правовой системы и ее неспособность предвидеть правовое регулирование и развитие существующих и новых общественных отношений. По сути они являются доказательством того, что жизнь всегда развивается гораздо быстрее, чем закон может предвидеть.

В системе конституционного права Республики Хорватия правовые пробелы или законодательные упущения *expressis verbis* не упоминаются. Однако это не означает, что они не существуют. Конституционный Суд Республики Хорватии согласно Конституции не имеет право принимать решения касательно правовых пробелов или законодательных упущений, что не означает, что Конституционный Суд не сталкивается с ними и не изучает их. Он сталкивается с ними как при абстрактном контроле конституционности законов, конституционности и законности других правовых актов, так и при рассмотрении конкретных конституционных споров о защите прав человека и основных свобод, гарантированных Конституцией.



ДОКТРИНА ВОЗОБНОВЛЕННЯ ДЕЙСТВИЯ ПРЕДЫДУЩЕЙ РЕДАКЦИИ НОРМ ЗАКОНОВ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ

СЕРГЕЙ ВДОВИЧЕНКО

Судья Конституционного Суда Украины

1. Возобновление действия предыдущей редакции норм законов: научная основа

Вопрос относительно такого способа юридической техники, как возобновление действия предыдущей (старой) редакции закона вследствие признания КСУ внесенных в него изменений неконституционными, можно считать недостаточно исследованным в украинской юридической науке. Данная статья, по сути, является продолжением исследований автора¹, связанных с применением вышеуказанной юридической техники в некоторых решениях КСУ.

На наш взгляд, возобновление ранее действующих положений закона вследствие признания неконституционными внесенных в него изменений можно считать особенным способом его ретроактивного действия². Хотя такой правовой технике присущи и черты ультраактивного действия закона во времени, поскольку положения закона, утратившие силу в связи с изменениями, через определенное время (после соответствующего решения КСУ) опять вступают в законную силу, а нормы-изменения теряют юридическую силу.

По мнению некоторых ученых, ультраактивность (переживание) старого закона (нормы) означает, что нормативный акт, отмененный новым, в какой-то мере продолжает действовать и после утраты им юри-

¹ См., например: Вдовиченко С.Л. Відновлення дії попередньої редакції нормативно-правового акта внаслідок визнання Конституційним Судом України внесених до нього змін неконституційними / С.Л. Вдовиченко // Вісник Конституційного Суду України. — 2011. — № 2. — С. 73–81; Вдовиченко С.Л. Наступний конституційний контроль змін до Основного Закону України: перевірка часом / С.Л. Вдовиченко // Контроль за додержанням належної конституційної процедури. — К.: Алерта, 2011. — С. 20–31.

² О действии нормативных актов во времени см. например: Пушняк О.В. Право і час: моногр. — Х.: Вид-во «ФІНН», 2009. — 176 с.; Теньков С.О. Дія закону у часі / С.О. Теньков // Вісник господарського судочинства. — 2002. — № 4. — С. 147–150; Мазан Л.М. Дія законів та інших нормативно-правових актів у часі в Стародавній Римській державі / Л.М. Мазан // Держава і право: Зб. наук. пр.: Юрид. і політ. науки. — К., 2011. — Вип. 52. — С. 60–65; Ришелюк А.М. Дія закону у просторі, часі та за колом осіб // Ришелюк А.М. Законотворчість в Україні: навч. посіб. — К.: Ін-т законодавства, 2013. — С. 72–97.

дической силы. Но такое переживание, как и обратное действие, — это исключение из общего правила немедленного действия нормативного акта во времени³. Другие ученые выделяют темпоральное действие утратившего силу нормативного акта в случае возобновления его действия и не относят его ни к одному из видов действия во времени такого акта (ни к обратной, ни к переживающей)⁴.

Очевидно, что, признавая законы или отдельные их нормы неконституционными, органы конституционной юрисдикции тем самым создают пробел в правовом регулировании, поскольку неконституционные положения исключаются из правовой системы.

Необходимость определенного, иногда длительного времени для заполнения законодателем такого пробела влечет за собой возможность возникновения ситуации, когда субъект правоприменения, который должен неотлагательно применить норму права (особенно в процессе защиты прав и свобод граждан), должен применять аналогию права или же откладывать принятие управленческого решения, что не всегда является позитивным⁵.

Это свидетельствует о том, что законодатель не всегда оперативно может заполнить возникший пробел, а посему орган конституционной юрисдикции должен всегда прогнозировать последствия своих решений о неконституционности законов или их отдельных положений и по возможности не допускать пробелов, применяя разные правовые способы, в том числе возобновление действия предыдущей редакции правовых норм.

2. Возобновление действия предыдущей редакции норм законов в практике Суда

В конституционном праве тема о возобновлении действия предыдущей редакции закона в случае признания внесенных в него изменений или дополнений неконституционными, как было сказано, еще недостаточно исследована. До недавнего времени эта тема не была предметом обсуждения и в КСУ.

³ См.: Бахрах Д.Н. Действие правовой нормы во времени // Советское государство и право. — 1991. — № 2. — С. 13, 15.

⁴ Пушняк О.В. Ультраактивна дія в часі нормативно-правових актів / О.В. Пушняк // Державне будівництво та місцеве самоврядування: Зб. наук. пр. — Х., 2005. — Вип. 9. — С. 158.

⁵ Так, например, после Решения КСУ от 9 сентября 2010 года № 19-рп/2010, согласно которому были признаны неконституционными некоторые положения Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно подведомственности дел, связанных с социальными выплатами», возникла ситуация, при которой суды общей юрисдикции приостанавливали судопроизводство по делам до урегулирования отдельных процессуальных вопросов на законодательном уровне. Согласно указанным законодательным изменениям рассмотрение дел, связанных с социальными выплатами, осуществляется в порядке гражданского, а не, как было ранее, административного судопроизводства. Введение такого порядка рассмотрения дел, как установил КСУ, сужает объем права граждан на судебную защиту в спорах с органами государственной власти. Кроме того, при разрешении споров в порядке административного судопроизводства граждане освобождаются от платы за материально-техническое обеспечение рассмотрения дел.

Однако, к примеру, в практике Суда существует немало решений, в которых он признавал неконституционными отдельные положения законов о государственном бюджете, которые временно, на бюджетный год приостанавливали действие (исполнение) некоторых социальных законов⁶. Юридически КСУ таким образом возобновлял действие этих социальных законов, даже не прибегая к формулированию правовых позиций по этому поводу, то есть такое возобновление подразумевалось автоматически.

В этом же аспекте еще одним примером восстановления Судом нарушенных прав и свобод граждан может послужить Решение по делу об административной ответственности в сфере обеспечения безопасности дорожного движения⁷. В этом решении КСУ, признавая неконституционными некоторые положения Кодекса Украины об административных правонарушениях, фактически возобновил предыдущее состояние правового регулирования о привлечении лиц к административной ответственности, в частности, временно изменил процедуру применения мер воздействия к нарушителям, рекомендовав, руководствуясь частью второй статьи 70 Закона Украины «О Конституционном Суде Украины»⁸, Верховной Раде Украины привести в соответствие к этому Решению порядок привлечения лиц к административной ответственности.

В любом случае, если бы КСУ не применял при необходимости и процедурной возможности такую правовую технику, как возобновление действия предыдущей редакции норм законов, то его решения о признании неконституционными положений законов (законодательных изменений) в отдельных случаях однозначно приводили бы к пробелам в законодательстве. Если после признания Судом неконституционными отдельных положений закона законодатель не принимает мер по оперативному выполнению соответствующего решения КСУ и не заполняет образовавшийся в регулировании общественных правоотношений пробел, то очевидно, что вследствие этого могут быть ограничены социальные, политические, экономические или другие права и свободы человека и гражданина.

По сути, процедура возобновления Конституционным Судом Украины ранее действующей редакции норм закона не была исследована де-

⁶ См., например: Рішення КСУ від 1 грудня 2004 року № 20-рп/2004 (справа про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій і гарантій) // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 6; Рішення КСУ від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 (справа про соціальні гарантії громадян) // Вісник Конституційного Суду України. — 2007. — № 4.

⁷ Рішення КСУ від 22 грудня 2010 року № 23-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Багінського Артема Олександровича щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 141 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про адміністративну відповідальність у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху) // Вісник Конституційного Суду України. — 2011. — № 1.

⁸ Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 року № 422/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 49. — Ст. 272.

тально на доктринальном уровне и поэтому на практике применялась крайне редко до недавнего времени.

Одним из показательных примеров применения такой процедуры является Решение КСУ по делу о соблюдении процедуры внесения изменений в Конституцию Украины⁹.

В этом Решении КСУ применил юридическую технику возобновления действия предыдущей редакции норм Конституции Украины от 28 июня 1996 года, которые были изменены, дополнены и исключены согласно Закону Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины» от 8 декабря 2004 года № 2222 – IV¹⁰. Этот Закон Суд признал неконституционным из-за нарушения процедуры его принятия.

Применив в Решении указанную юридическую технику, КСУ определил, что таким образом обеспечиваются стабильность конституционного строя, гарантирование конституционных прав и основных свобод человека, целостность, незыблемость и непрерывность действия Конституции, ее верховенство как Основного Закона государства на всей территории Украины.

Следовательно, КСУ, рассматривая это дело, был юридически и фактически обязан не допустить правового вакуума, который мог образоваться в результате признания закона о внесении изменений неконституционным. Поскольку данные изменения касались значительного количества конституционных норм, это могло бы привести к нарушению целостности Основного Закона Украины, и Суд фактически мог оставить страну без Конституции. Данное обстоятельство повлияло на Решение Суда, который, опираясь на теорию и практику применения принципа ретроактивного действия правовых актов, указал в мотивировочной его части о необходимости приведения нормативно-правовых актов в соответствие с Конституцией Украины от 28 июня 1996 года в редакции, существовавшей до внесения в нее изменений согласно Закону № 2222.

По мнению некоторых ученых, указав в Решении о «возобновлении действия предыдущей редакции норм Конституции Украины», КСУ пересмотрел существующий строй публичной власти и перебрал на себя полномочия законодательной власти в государстве. А некоторые политики утверждали и продолжают утверждать, что таким образом КСУ поменял конституционный строй в государстве (совершил государственный переворот).

Очевидно, что это не так, хотя бы потому, что в данном Решении Суд

Рішення КСУ від 30 вересня 2010 року № 20-рп/2010 у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222 – IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) // Вісник Конституційного Суду України. – 2010. – № 5.

¹⁰ Про внесення змін до Конституції України: Закон України від 8 грудня 2004 року № 2222 – IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 2. – Ст. 44.

не вышел за пределы своих полномочий. Ведь контроль за процедурой внесения изменений в Основной Закон Украины — это такая же часть его полномочий, как и контроль за материальным содержанием любого проекта закона о внесении изменений в Конституцию.

Следует отметить, что подобную правовую позицию изложил также Конституционный Суд Молдавии, который в Постановлении от 4 марта 2016 года признал неконституционным Закон «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Молдова» от 5 июля 2000 года № 1115—XIV¹¹. В пункте 211 этого Решения Конституционный Суд Молдавии отмечает, что «природа Конституции, как высшего закона, и идея конституционности говорят о том, что в Конституции нет и не могут быть недостатки или внутренние противоречия». Далее, в следующем пункте, Конституционный Суд Молдавии, ссылаясь на свою правовую позицию, изложенную ранее в Постановлении от 10 октября 2013 года № 33, указывает на то, что положения Конституции после признания неконституционными внесенных в них законом изменений вновь начинают действовать, становясь частью активного права. Также Конституционный Суд Молдавии установил, что до принятия парламентом новых положений применяются положения, предшествовавшие измененным.

Соответственно, в пункте 8 резолютивной части указанного Постановления Конституционный Суд Молдавии также указал, что определенные положения (части первая, третья, четвертая статьи 78 и статья 89) Конституции Молдавии, действовавшие до принятия Закона «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Молдова» от 5 июля 2000 года, вновь вступают в силу и становятся частью активного правового фонда со дня вынесения настоящего Постановления. Таким образом, конституционные положения, утратившие свою силу, через 16 лет возобновили свое действие по решению Конституционного Суда Молдавии.

Следует отметить, что для КСУ тема возобновления предыдущей редакции норм законов очень важна и актуальна. Обуславливается это и тем, что на сегодняшний день в производстве Суда находится более десятка дел, в которых субъекты обращения ставят вопрос о неконституционности законов (их отдельных положений) о внесении изменений в другие законы, либо о неконституционности отдельных положений законов с последующими законодательными изменениями или изложенными в новой редакции. Это в основном категория социальных дел, в которых ставятся вопросы о пенсионном обеспечении и других социальных выплатах граждан¹².

¹¹ Постановление № 7 от 4 марта 2016 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=558&l=ru>

¹² Перечень конституционных представлений, находящихся на рассмотрении КСУ по состоянию на 15 ноября 2016 года [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://ccu.gov.ua/novyna/konstytuciyeni-podannya-za-stanom-na-15-lystopada-2016-roku>

Некоторые судьи КСУ считают, что такие законы (о внесении изменений в другие законы) вообще не должны быть предметом рассмотрения Суда, так как они выполнили свою функцию и их положения уже стали частью других (первичных) законов. Ставя под сомнение такую точку зрения, считаю возможным для применения Судом некоторых критериев, при наличии которых закон о внесении изменений может и должен быть предметом проверки на соответствие Конституции Украины. Предполагаю, что данные критерии на доктринальном уровне могут быть классифицированы на безусловные и условные.

К безусловным основаниям для проверки конституционности закона о внесении изменений в другие законы можно отнести: нарушение процедуры рассмотрения, принятия и вступления в силу закона о внесении изменений, а также, например, исключение нормы из первичного закона, то есть когда непосредственно ее невозможно оспорить.

К условным критериям относятся следующие:

во-первых, несоответствие оспариваемых положений закона конституционной норме-принципу, в соответствии с которой при внесении изменений не допускается сужение сути и объема существующих прав и свобод человека и гражданина;

во-вторых, закон о внесении изменений подлежит проверке Судом, если он вносит изменения в закон, который еще не вступил в силу, то есть когда законодатель отсрочил вступление в силу закона из-за определенных обстоятельств, событий и т. д. В связи с этим еще не произошло, так сказать, стадия замены норм.

К этим же критериям также можно отнести случаи, когда оспариваются отдельные нормы Переходных или Заключительных положений закона о внесении изменений, и они не становятся составной частью первичного или базового закона, то есть их невозможно оспорить.

К сожалению, законодатель в последнее время прибегает к некоторым хитростям и осуществляет урегулирование общественных отношений, то есть размещает нормы материального характера именно в Переходных или Заключительных положениях закона, а не в основной его части. Но ведь назначение Переходных или Заключительных положений совершенно иное, они должны быть направлены на реализацию положений основной части закона.

Необходимо учитывать, что существование первичных норм закона неразрывно связано с практикой Суда по их возобновлению в связи с признанием изменений или дополнений в такие первичные законы неконституционными. Однако, как свидетельствует конституционная практика, такая правовая техника может быть применена Судом не в каждом конкретном случае. Понятно, что она может быть применена, если закон (его отдельные положения) имеет предыдущую редакцию, а так-

же если эта предыдущая редакция положений закона не имеет, как могут оценить судьи в процессе судопроизводства, признаков неконституционности.

Также следует отметить, что законы о внесении изменений являются предметом проверки соответствия конституции в конституционных судах, например, Республики Беларусь¹³, Республики Армения¹⁴, Республики Казахстан¹⁵, Румынии¹⁶ и др.

3. Практика зарубежных органов конституционной юрисдикции относительно исполнения их решений

Анализ деятельности конституционных судов зарубежных стран также свидетельствует о существовании разных способов юридической техники, используемой ими во избежание пробелов в правовом регулировании, которые могут возникнуть в случае принятия ими решения о признании закона или другого правового акта (их отдельных положений) неконституционными¹⁷.

Ввиду того, что обмен опытом и восприятие практики зарубежных стран относительно функционирования механизмов исполнения решений органов судебного конституционного контроля всегда являются полезными, поскольку позволяют обозначить как позитивные, так и негативные тенденции на этой стадии конституционного судопроизводства, остановимся детальнее на некоторых способах исполнения решений конституционных судов в аспекте избежания законодательных пробелов.

В зарубежных странах существуют различные механизмы исполнения решений конституционных судов, например:

¹³ Решение КС РБ от 14 октября 2016 года № Р-1076/2016 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Беларусь «О ветеринарной деятельности» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=44823>; Решение КС РБ от 12 апреля 2016 года № Р-1029/2016 «О соответствии Конституции Республики Беларусь Закона Республики Беларусь «О внесении дополнений и изменений в некоторые законы Республики Беларусь». // [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=42873>

¹⁴ См. Постановление Конституционного Суда Республики Армения от 7 июля 2015 года ПКС-1224 по делу об определении вопроса соответствия принятого Национальным Собранием РА Закона РА «О внесении изменений в Закон РА «О накопительных пенсиях» [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.concourt.am/russian/decisions/common/index2015.htm>

¹⁵ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 февраля 2009 года № 1 «О проверке Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам свободы вероисповедания и религиозных объединений» на соответствие Конституции Республики Казахстан [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.ksrk.gov.kz/rus/resheniya/?cid=10&rid=476>

¹⁶ См. Решение Конституционного Суда Румынии от 8 июля 2014 года № 440 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: https://www.ccr.ro/files/products/Decizie_440_2014_reviz.pdf

¹⁷ Форум: исполнение решений конституционных судов // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — № 3 (40). — 2002. — С. 40–76.

- отсрочка официального опубликования решения (Литва, Польша, Беларусь);
- установление решением поздней даты вступления в законную силу (Армения, Эстония, Турция, Чешская Республика);
- констатация конституционным судом того факта, что оспариваемый правовой акт временно соответствует конституции, с одновременным указанием на то, что этот акт будет противоречить конституции, если не будет изменен новым законом до определенного срока (Латвия, Словения, Хорватия, Венгрия);
- признание правового акта противоречащим конституции в результате законодательного упущения, без исключения его из правовой системы, или объявление акта утратившим силу (такая техника применяется, в частности, Конституционными Судами Эстонии, Испании, Германии, Хорватии и др.)¹⁸.

Следует отметить, что, например, Конституционный Суд Латвийской Республики с целью недопущения законодательных пробелов может: координировать деятельность судов общей юрисдикции; обязать законодателя устранить пробел, образовавшийся в результате признания нормы неконституционной (в то же время Конституционный Суд Латвийской Республики может определить дату, до которой неконституционная норма будет являться действующей). Также этот Суд, как и другие зарубежные конституционные суды, при принятии своих решений руководствуется такими правовыми методами, используемыми в демократическом правовом государстве в целях достижения справедливого решения, как: «*intra legem*», «*praeter legem*», «*extra legem*», «*contra legem*».

Таким образом, можно полагать, что если положения акта, принятые на замену или в дополнение к этому же акту, признаны неконституционными, то в таком случае во избежание правового вакуума должны действовать первичные положения этого акта (при условии, что они являются конституционными).

Такая судебная практика, в частности и Конституционного Суда Украины, пребывает в русле развития современных общих принципов права и принципов конституционного судопроизводства, верховенства права, надлежащей конституционной процедуры и т. д.

Заключение

Вышеизложенное позволяет прийти к выводу о том, что доктрина возобновления действия предыдущей редакции законов в случае проце-

¹⁸ Бирмонтене Т., Ярашноас Э., Спруогис Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (г. Вильнюс, 3–6 июня 2008 года) // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. – Вып. 2(40)–3(41). – 2008. – С. 208–218.

дурной возможности должна применяться в практике конституционных судов, в частности КСУ. Ведь конституционный суд при рассмотрении каждого дела о неконституционности положений закона должен анализировать и оценивать последствия своего решения, особенно в части обеспечения прав и свобод человека и гражданина, и в случае угрозы возникновения пробела в законодательном регулировании возобновлять действие предыдущей редакции норм соответствующего закона, если это процедурно возможно.

Данная тема является актуальной для последующих научных исследований в сфере конституционного права. Вопрос возобновления действия предыдущей редакции законов Судом требует более глубокого изучения в части предпосылок и пределов применения такой юридической техники, оценки на предмет конституционности возобновляемой редакции законов.

Следует также отметить, что в Украине до судебной реформы (имеется в виду внесение в 2016 году изменений в Конституцию Украины в части правосудия¹⁹) было невозможно применять любой из перечисленных зарубежных механизмов исполнения решений. Однако после конституционных изменений (в части правосудия) часть вторая статьи 152 Конституции Украины была дополнена и, по сути, наделила КСУ дискреционными полномочиями в части определения момента утраты юридической силы неконституционных положений законов, других актов.

Вероятно, что в новом проекте Закона Украины «О Конституционном Суде Украины», над которым в данный момент работает рабочая группа, будет детализировано это конституционное положение. И наряду с юридической техникой возобновления ранее действующего положения правового акта, Суд, возможно, обретет и другие правовые механизмы исполнения решений во избежание законодательных пробелов. Кроме того, следует отметить, что в указанном законопроекте о Конституционном Суде Украины предусмотрено, что Суд должен проверять конституционность даже утративших силу актов (их отдельных положений), если это необходимо для защиты и восстановления прав человека, направившего конституционную жалобу.

¹⁹ См. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 року № 1401–VIII // Відомості Верховної Ради України. — 2016 р. — № 28. — Ст. 532. Следует отметить, что согласно данным конституционным изменениям КСУ лишен полномочия относительно официального толкования законов (их отдельных положений). В то же время КСУ наделен новым полномочием рассматривать конституционные жалобы граждан о защите конституционных прав и свобод.

SUMMARY

The article deals with the theoretical and practical aspects of legal technique applied by the Constitutional Court of Ukraine (hereinafter – CCU, Court) to resume the previously acting edition of the norms of the law unconstitutional due to the recognition of any revision.

As the practice of activities of constitutional courts shows, the adopted decisions on recognition of legal-normative acts and their separate provisions as unconstitutional do not always lead to positive results due to the formed gap in the regulation of certain social relations.

During the examination of the cases, CCU often faces with issues related to the action of legal acts (mostly laws) in time, their retroaction, resumption of the previous edition, etc.

The resumption of the previously existing provisions of the law due to their recognition as unconstitutional by the CCU due to the amendments is a new subject for scientific discussions in Ukraine not only by the constitutionalists, but also theorists, specialists in the field of civil and administrative law.



THE GUARANTEE OF THE CONSTITUTION AND THE ENFORCEMENT OF CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS¹

JOÃO PEDRO CAUPERS

Vice President of the Constitutional Court of Portugal

§1. Constitutional context

The effectiveness of the Constitutional text demands that mechanisms are laid down in order to guarantee its protection against unconstitutional acts; otherwise the hierarchical supremacy of its provisions could not be upheld. The Constitution of the Portuguese Republic (CPR) accordingly lays down the general principle that any acts that violate its provisions and principles are void. Simultaneously, it lays down the general principle of civil liability for acts committed against the CPR.

Judicial review is the Constitution's major protective tool, in particular the scrutiny led by the Constitutional Court². According to Paragraph 277 of the CPR, the control of the Court is a normative one, implying that it does not judge concrete cases. The Court's task is that of monitoring whether legal rules – particularly those set out in laws and legislative decrees – comply with the Constitution.

There are two main means of control: the concrete control and the abstract one. While the latter is performed regardless of the implementation of the rule in any case (it is not called on in order to settle a specific case or dispute), the former looks at the enforcement of rule in a case.

The concrete control is based on two main judicial remedies: those against decisions refusing to apply a legal rule on the grounds of unconstitutionality; and those against decisions applying a legal rule whose constitutionality has been challenged during the proceedings.

The abstract control includes prior (or anticipatory) review of constitutionality and general (or *ex post*) review of constitutionality. Review requests may be submitted to the Court by several entities, such as The President of the Republic, the President of the Assembly of the Republic, the Prime

¹ By JOÃO CAUPERS, Vice-President of the Portuguese Constitutional Court, with the assistance of BÁRBARA CHURRO, judge.

² In spite of being a court, the Constitutional Court is not ruled by the Portuguese Constitution in the same chapter as that of the other courts. It is a “one of a kind court”: ten of its thirteen judges are elected by the parliament, the other three are co-opted by the elected judges. Six of the judges are professional ones, seven are lawyers mainly chosen within the academic world, all of them appointed for a 9-year non-renewable term of office.

Minister, the Ombudsman, the Attorney-General or one-tenth of the Deputies of the Assembly of the Republic. The abstract control also encompasses the so called review on the grounds of unconstitutionality by omission (lack of legislative action).

§2. Case review

This type of review uses a diffused system: besides the Constitutional Court each and every one of the Portuguese courts (ordinary courts or administrative and fiscal courts³), is, in a way, a “constitutional court”, deciding matters of constitutionality raised in the cases that come before them (we don’t have in Portugal a reference for a preliminary ruling proceedings to the Constitutional Court). According to Paragraph 204 of the Constitution, if a court believes that any legal rule contravenes the provisions of the Constitution, it must refuse to enforce it. However, the decisions in constitutional issues taken by any other court are not final: they can always be reviewed by the Constitutional Court, which is the only authority vested with the ultimate jurisdiction to review the constitutionality⁴. The Constitutional Court’s decision has the force of *res judicata* (i.e. definitively decides the issue of constitutionality in the case).

It is case review that gives citizens in general access to the Constitutional Court. If, in a case that is being heard by a court, one of the parties invokes the unconstitutionality of a rule and the court nevertheless enforces that rule, because it takes the view that it is not unconstitutional, the party that raised the matter can lodge an appeal to the Constitutional Court. If, otherwise, the court refuses to enforce a rule on the grounds of its unconstitutionality, a mandatory appeal shall be addressed to the Constitutional Court by the Public’s Prosecutor Office.

It must also be mentioned that Portugal does not have mechanisms like the German *Verfassungsbeschwerde* or the Spanish *recurso de amparo*. Thus, as above mentioned, the Portuguese Constitutional Court – as well as every other Portuguese court, all of them entitled to perform judicial review of legislation, their decisions being subject to an appeal to the Constitutional Court – controls nothing but the constitutionality of legal rules (or an interpretation of them), not that of the decision *qua tale*, resulting in alleged violations of the CPR.

It should also be stressed that the Constitutional Court never settles the dispute that is the object of the proceedings; it only decides the question of constitutionality that has been raised in the case. Once the Constitutional Court passes its decision, the case returns to the court from which it came, so that the latter can proceed in accordance with the

³ Portugal has a dual courts system, inspired by the French one.

⁴ Paragraph 221 of Portuguese Constitution states “The Constitutional Court is the court that has specific power to administer justice in matters involving questions of legal and constitutional nature”.

Constitutional Court's judgement on the matter of constitutionality. As we said before, the Constitutional Court does not review decisions taken by other courts or any other organ; it reviews nothing but the constitutionality of rules, as they have been enforced (or as the court has refused to enforce them) in a case.

Unlike what happens in abstract reviews, in case review the decision is valid only for that case. Having said this, once the Constitutional Court has judged a given rule unconstitutional in three different cases, the rule can be declared unconstitutional with generally binding force.

§3. Abstract review

§3.1. *Prior (anticipatory) abstract review*

As its name suggests, preventive abstract review (of rules) can be prior to — *i.e.* before — the publication and entry into force of the normative act comprising it. It makes it possible to prevent unconstitutional rules (or rules whose constitutionality is controversial) from taking effect.

This control is provided for by Paragraph 278 of the Constitution, but it is only applicable to the more important rules in the legal order, such as those included in an international treaty or those included in a legislative act from the Assembly of the Republic (Law) or from the Government (Legislative Decree).

Preventive scrutiny can be carried out at the request of the President of the Republic, following the reception of the legislative act for enactment⁵, of the Representatives of the Republic in each of the Autonomous Regions, regarding any rule included in a regional legislative decree that is sent to him for signature, and of the Prime Minister or of one fifth of the members of the Assembly of the Republic, regarding a rule contained in a legislative act which the Assembly of the Republic has passed as an “organic law”⁶.

In prior review cases, besides decisions of a procedural nature (particularly as to whether or not to receive a request), the Constitutional Court issues two types of rulings: it either declares the (total or partial) unconstitutionality; or does not declare the unconstitutionality of each rule that was submitted to it.

When the Court declares a rule unconstitutional, the President of the Republic or the Representative of the Republic in an Autonomous Region is compelled to veto the text and return it to the body that passed it. This body can either reformulate the act (eliminating or correcting the rule that has been held unconstitutional), or confirm its approval, in which case it

⁵ Every law passed by the Assembly of the Republic and every legislative decree issued by the government must be enacted by the President of the Republic; rules included in international sources are sent to the President for ratification.

⁶ Laws with superior value or “force”, required in order to legislate on very important matters.

must do so by a qualified majority of two thirds of its members [Paragraph 279 of the Constitution]. The President of the Republic or the Representative of the Republic has then to enact or sign it. This does not prevent the Constitutional Court from holding that such rules are unconstitutional later on, as part of other means of reviewing constitutionality, as it did in the case we will later mention.

At the same time, if the text is reformulated and the amendments are not just limited to the removal of the rules that the Constitutional Court has declared unconstitutional, the President of the Republic or the Representative of the Republic, as appropriate, can request a new prior review of any rule [Paragraph 279(3) of the Constitution].

Until now, the Assembly of the Republic has never exercised the power to confirm the law, always choosing to reformulate or expunge norms that have been declared unconstitutional.

When the Court does not declare the text unconstitutional, the President of the Republic or the Representative of the Republic, as appropriate, must enact or sign it, unless he chooses to exercise his right to impose a political veto, the deadline for which runs from the publication of the Constitutional Court's decision [Paragraph 136(1) and (4) and 233(2) of the Constitution].

§3.2. *Successive abstract review*

As the name suggests, this is a means of constitutional review that takes place after the rules under scrutiny have been published. Every rule in the Portuguese legal system is subject to this type of review, from those contained in laws to those set out in local authorities' regulations. As we said before, this means of review can be initiated by the President of the Republic, the President of the Assembly of the Republic, the Prime Minister, the Ombudsman, the Attorney General, one tenth of the Members of the Assembly of the Republic, and also, when a breach of the autonomous region's rights is at stake, the Representatives of the Republic, the Legislative Assemblies of the Autonomous Regions, their Presidents or one tenth of their members, and the Presidents of the Regional Governments [Paragraph 281(2) of the Constitution].

We should recall that citizens cannot directly initiate an abstract review - only the persons and entities listed above can do that - but they can approach one of those persons or entities (namely the *Ombudsman* or the Attorney General), set out the question and ask them to initiate a review to the Constitutional Court.

Constitutional Court Justices and the Attorney General's representatives to the Court are also entitled to initiate this kind of review in relation to rules that have been deemed unconstitutional in three review cases [Paragraph 281(3) of the Constitution and Paragraph 82 of the Constitutional Court

Statute]. In successive abstract review cases the Constitutional Court decides whether each rule submitted to it is (totally or partially) unconstitutional or not unconstitutional.

Should the Constitutional Court figure out that one or more rules which it has been asked to review are unconstitutional, its decision has generally binding force. This means that the rule is eliminated from the legal system and can no longer be enforced, by the courts, the public administration, or private individuals. As a general rule, the declaration has retroactive effects going back to the moment in time when the rule declared unconstitutional came into force. Some of the specific problems raised by this system are addressed and settled by Paragraph 282 of the Constitution.

A decision not to declare a rule unconstitutional is not necessarily the end of the matter. In cases involving either abstract or concrete reviews, the Court can take another look at a rule that it has previously declared not to be unconstitutional, and then decide that it is in fact unconstitutional.

§4. Unconstitutionality by omission

Review on the grounds of unconstitutionality by omission is also exclusively carried out by the Constitutional Court. The court verifies whether there has been a breach of the Constitution, not because some legislative act is against its provisions, but as a result of the lack of enactment of legislative measures demanded by the Constitution. There is, therefore, a violation by inertia or failure to act. In such case the Constitutional Court is called upon to bring the omission to the attention of the relevant body, in order that it enacts the necessary legislative provisions.

Given the great sensitivity surrounding both the problem of "legislative omissions" and the Constitutional Court's fulfillment of this important duty, these proceedings can only be initiated by the President of the Republic or the Ombudsman, or, in cases in which the rights of an Autonomous Region are at stake, the President of the Legislative Assembly concerned.

§5. Proceedings concerning the review of legality

In some cases, the Constitutional Court also has the power to control the violation of certain rules which don't sit at constitutional level. The Court can then declare the illegality of a rule comprised in a legislative act if it finds it in breach of a law with "superior legal force"⁷.

The proceedings for reviewing the legality of rules is identical to those used to review constitutionality (as per Paragraph 280 and 281 of the Constitution), with the exception of the prior review, which is not allowed

⁷ To check what laws are included in this category, see Paragraph 112[3] of the Constitution. Within the hierarchy of law sources, this rules are placed somewhere between the Constitution and the ordinary laws.

in this case, and the control of unconstitutionality by omission, which would not make sense.

Case control may operate in another scenario, closely related to the review of legality – one in which a court refuses to enforce a rule laid down by legislation on the grounds that it contradicts an international convention. In such a case the Public Prosecutor's Office must appeal to the Constitutional Court, but only in reaction to issues of a legal-constitutional and legal-international nature that are implied in the decision against which the appeal is brought [Paragraphs 70(1) and 71(2) of the Constitutional Court Statute].

The control of legality is most relevant where the Autonomous Regions are concerned. The Court is thus called on to guarantee both the proper functioning of the autonomy regime which the Constitution lays down for Azores and Madeira and the respect for the division of powers between the central organs of the state and the regional organs.

§6. The impact of constitutional decisions

As we can see, both the prior and the ex-post control of the constitutionality of legal rules are enshrined in the Portuguese legal system. The work of the constitutional jurisdiction is often considered to be influenced by the political context and other circumstances; however, the problem of its "politicization" is at its most acute with regard to prior control.

The decision to prevent a rule from entering into effect is often seen as one that has a significant political impact and, at the end of the day, as a political weapon in the hands of the entities which are entitled (because they have procedural legitimacy) to initiate it. To put it another way, in prior control cases the Constitutional Court intervenes within the scope of the law making process while that process is still underway. This has led some people to feel that the Court, which is not a legislative body, intervenes in, or is at least in a position to influence, the decision making process which leads to the rule (or rules) considered unconstitutional.

Thus far in Portugal this question of the "political nature" of the Constitutional Court's work within the prior control, and concomitantly of the possibility of conflict between the organ that controls legal rules and the bodies that produce them, has not been enmeshed in either legal or political debate, and has rarely been raised with any vehemence. This may be due, on the one hand, to the restraint and reasonableness that the President of the Republic as well as the Representatives of the Republic have displayed at the moments when they have had the chance to ask the Constitutional Court to perform this kind of review; and, on the other hand, to the respect that Court's decisions have generally earned, with the majorities in the Assembly of the Republic and the Legislative Assemblies of the Autonomous Regions rarely making use of their ability to overcome

vetoed issued on the grounds of unconstitutionality. The above remarks in relation to prior review shall apply to the other review proceedings.

Even though the Constitutional Court does not play a part in the law making process, Court's rulings have consequences since several amendments made to existing legislation are the result of its decisions, either to incorporate or to set aside the Court's ruling on the subject.

An example, among many others, is Ruling 23/2006⁸, that declared unconstitutional, with general binding force, a paragraph of the Portuguese Civil Code concerning the deadline for filing court cases on the investigation of paternity and maternity. Later such rule was modified to provide an extended time limit (Law 14/2009). Sometimes the legislator acknowledges this influence by alluding to Constitutional Court's ruling while summarizing the intention of the legislature in passing the rule. An illustration is the preamble to Decree-Law 64-A/89 (regarding the termination of labour contracts) in which Ruling 107/88 (taken in a prior review case) is referred to as having given bounding guidelines.

Ruling 230/2013, also taken in a prior review case, is one of many other examples of cases in which the Constitutional Court rulings lead to amendments in legislation. In this case, the President of the Republic asked the Constitutional Court to run a prior review on the constitutionality of a rule comprised in the law that both created the Sports Arbitration Tribunal (SAT) and laid down the statute governing it.

The rule under scrutiny required parties to submit to arbitration disputes concerning sports (not, of course, disputes arising from sports games, but conflicts emerging from administrative decisions held by sports associations and federations) and simultaneously prohibited them from seeking access to state courts in order to protect their rights and interests. Making things as simple as possible it was forbidden to appeal to a state court against decisions taken within the scope of a mandatory SAT arbitration process.

The Court upheld the unconstitutionality, judging this ban a violation both of the right of access to the courts and of the principle of effective jurisdictional protection – fundamental rights which the Constitution assigns to all citizens in order to enable them to protect their rights and interests.

Subsequently the Law was vetoed by the President of the Republic and returned to the assembly for reconsideration. Following this, the Assembly approved a new Law with the same scope, allegedly including the amendments required by Ruling 230/2013. However, arguing that the amended rules were still unconstitutional, the President asked for a successive review of these rules (Ruling 781/13) which lead to a new declaration of unconstitutionality.

In order to better understand what was at stake let's take a closer look to the object of this rulings.

⁸ Every ruling mentioned is available for consultation at www.tribunalconstitucional.pt.

§7. Ruling 230/13

Executive Decree 128/XII, which contains the rule sub *judice*, created the Sports Arbitration Tribunal (SAT), assigning it exclusive jurisdiction to settle disputes in the field of the so called sports-related justice.

According to the Decree, SAT jurisdiction comprises both mandatory and voluntary arbitration competences. Mandatory arbitration, which is at stake in the case, encompassed disputes arising from acts and omissions by the sports federations and other sports bodies and professional sport leagues, as well as appeals against decisions taken by disciplinary bodies of sports federations, or against Portuguese Anti-Doping Authority (decisions with regard to breaches of anti-doping regulations).

We must also remark that in mandatory arbitration proceedings the SAT acts as a collegial body of three arbitrators. Each party chooses an arbitrator from a list (there is a list of SAT's arbitrators which is drawn up by the Sports Arbitration Council, a part of the SAT's organizational and functional structure), being this Council free to choose both the first level and the second level of arbitrators (these last ones amongst members of the SAT's appeals chamber). Together, these two arbitrators choose the third, who shall be the President of the Panel.

We should emphasize, as above mentioned, that the SAT was established as an independent jurisdictional entity with exclusive competences. SAT's rulings, in first or second level of jurisdiction, were meant to be final and binding and might not be challenged before state courts, with the exceptions of the appeal to the Constitutional Court and the annulment appeals against arbitration awards to the ordinary courts (more precisely, a second degree administrative court).

In accordance with the law acts undertaken by sports federations exercising their powers to regulate and discipline sporting activities are subject to the administrative jurisdiction. This is a logical consequence emerging from the public nature of the powers the state entrusts to them when it grants them public-interest status, that in turn assigns a sports federation the sole competence to exercise regulatory and disciplinary powers concerning a certain kind of sport.

These days it is widely accepted in Portugal that administrative courts are the ones with the competence to handle cases regarding acts of public authority performed by sports federations., except when at stake is a decision on a "strictly sporting matter" (one that arises from the enforcement of the "rules of the game"), decisions that cannot be qualified as administrative acts because they don't exercise a public power.

Administrative case law has sought to operationalize the concept of "strictly sporting matters" in order to define the scope of the administrative courts' own competence within the field of sports-related justice. The

Supreme Administrative Court (SAC) is restrictively interpreting the concept of "issues that concern strictly sporting matters", in the light of the constitutional right of access to the courts, in such a way not to exclude from the jurisdiction of the state those decisions that, undermining or negatively affecting fundamental rights, which the holders are not free to dispose of, or legal assets which are protected by legal rules other than those strictly relating to sporting practices, harm key values engraved in the core of the legal order.

Paragraph 202(4) of the Constitution, added by the 1989 Revision (embodied in Law 1/89) states that «The law may institutionalize non-judicial instruments and means of settling conflicts», making clear that arbitration tribunals may exist and are included within the types of courts established by Paragraph 209(2).

As the Court acknowledged in Ruling 230/86, arbitration tribunals are an autonomous type of courts, submitted to a statute alike to that of state courts and the decisions they hand down share the same executive authority as court sentences⁹, but they are not a part of the state courts. The task of arbitration tribunals, explicitly mentioned in the Constitution, is equivalent to a true private exercise of the jurisdictional function.

The Constitutional Court said that the explicit recognition of arbitration tribunals in the Constitution means that the legislator can create them in order to judge certain kinds of disputes, thereby compelling the citizens engaged in such disputes to resort to this jurisdictional conflict-solving path. However, it said that consequences must be drawn from the fact that mandatory arbitration has nothing to do with the autonomous will of the parties. If a dispute is submitted to mandatory arbitration, the decision to resort to the arbitration jurisdiction arises from the legislative act that makes it compulsory, and the interested parties are not allowed to access to either state jurisdiction or voluntary arbitration.

The Court stressed that resort to a state court is crucial to access the law. This comprises the hub of state courts' jurisdiction which simultaneously is the basis for the setting of limits to the creation of arbitration courts.

Having said this, the key issue is whether the guarantee of access to the courts can be fulfilled by means of an arbitration-based jurisdiction in a way that reviewing the case by a state court is always excluded, regardless of the nature and relevance of the rights and interests at stake.

In the request for the prior review, the President of the Republic had asked the Court to assess the constitutionality of the legal rule which created SAT as an independent jurisdictional entity with exclusive competences, whose decisions on the merits (i. e. excluding merely procedural decisions)

⁹ Nevertheless, they cannot be enforced by arbitration courts. Only state courts have that ability, emerging from the so called *jus imperii*, a state monopoly.

in mandatory arbitration proceedings could not be challenged before a state court, on the grounds that they violated both the right of access to the courts and the principle of effective jurisdictional protection – rights, as said before, assigned by the Constitution to all citizens in order to enable them to protect their rights and interests.

The Court found that, except in cases within the states courts' exclusive jurisdiction, the right of access to the courts may be ensured only at the appeal level. In such a case, one would be talking about a partially exclusive jurisdiction. And the Court emphasized that the absolute inability to appeal against arbitration awards implies a clear violation of the right of access to the courts, not only because these decisions are taken within a mandatory arbitration process, but also given the nature of the rights and interests and the fact that we face an exercise of delegated powers of state authority.

What is more, the way in which the rule proposed that arbitrators should be appointed, limited the parties' freedom - when it is precisely in that individual act of appointment, that we find the material grounds for the submission of a certain type of dispute to a legally required arbitration jurisdiction. Furthermore, the president of the tribunal could take a decision on a provisional settlement of the dispute without any need for acceptance or agreement by the parties.

These circumstances impose limitations on the parties' self-determination and undermine the requirements of independence and impartiality which an arbitration tribunal has to meet. As such, the inability to bring an appeal against an arbitration award on the merits before an administrative court also means a breach of the principle of effective jurisdictional protection¹⁰.

On these grounds the Court considered the rules included in Decree 128/XII unconstitutional.

§8. Ruling 781/13

As we said before, following Ruling 230/13, Decree 128/XII was vetoed by the President and sent back to the Assembly for reconsideration. In order to comply with that Ruling, the Assembly passed a new Decree (Decree 170/XII), with the same scope, introducing the amendments to the rules that had previously been the object of the prior review proceedings in Ruling 230/13.

¹⁰ One concurring and one dissenting opinion were attached to the Ruling. The dissenting Justice took the view that the guarantee of the fundamental right of access to the courts – a right that is linked to the monopoly of the jurisdictional function by these – doesn't apply only to state courts. In her opinion, although the TAD was not a state court, the fact that its creation arose from a legislative act and not a private-law private legal transaction, implied that its typically public nature was undeniable.

However, despite the changes made in the set of rules of the new Decree, the President asked for a successive review, arguing that the amended rules were also unconstitutional, because they disproportionately limited the right of access to the courts and to effective jurisdictional protection.

First of all, we should recall that in Ruling 230/13 the Court considered that it is not forbidden to submit to mandatory SAT arbitration disputes whose object is either an act or an omission by a sports federation or other sporting body exercising public powers. However, provisions must be made for tools that give the state courts the last word in the resolution of such disputes.

In other words, the fundamental right of access to the courts requires the parties to be able to debate the merits of an arbitration award before a state court, and that there will be no restriction on the right of access to state courts as a result of a lack of mechanisms for granting access to state justice. It is imperative remedy whereby a judicial state organ can re-examine common situations in which a private individual wishes to challenge a decision on the merits of the issue (or a decision which, while it does not go to the heart of the matter, does terminate the arbitration proceedings).

In Ruling 230/13 the Constitutional Court also made clear that the fundamental right of access to the courts tends to constitute a guarantee of access to state courts in particular – a tendency that emerges from the umbilical link between the right of access and the principle that jurisdiction is a monopoly belonging to those courts. It is only acceptable for an arbitration-based jurisdiction to be exclusive when access to the arbitration tribunal is free and voluntary.

Having said this, the issue to be settled is whether the way in which the challenged rules define the possibility of appealing against arbitration decisions regarding mandatory arbitration proceedings to state courts implies a breach of the right of access to the courts.

Decree 170/XII laid out two major differences in comparison with Decree 128/XII.

First of all, it gave up the explicit and unacceptable rule that SAT's arbitration awards could not be challenged on the merits of the award to the administrative (state) courts.

Secondly, it set out a new remedy: the awards of the SAT's appeal chamber might themselves be appealed to the Supreme Administrative Court.

The scrutiny run by the Constitutional Court has shown that in spite of these improvements, the new rules still contravened the Constitution. In fact, the awards of the SAT's appeals chamber could only be challenged before the SAC by means of an appeal only when the matter was one of

major legal or social importance, or on the grounds that the admission of an appeal to the SAC was essential to the interest of a better implementation of the law. In addition, SAC's dominant interpretation considered that this appeal was extraordinary and so that the SAC's intervention should only be accepted in "matters of noteworthy importance and complexity".

The access to a state court was no longer explicitly denied but the appeal was allowed only in exceptional circumstances, namely against disciplinary measures or when the award was contradictory with another decision of the same tribunal.

The Court underlined that, except with regard to issues other than "matters of noteworthy importance and complexity", the last word in the resolution of disputes submitted to mandatory SAT's arbitration still didn't belong to state courts. Mechanisms for granting access to state justice were yet insufficient, since they did not provide for a tool able to ensure that arbitration awards might be as a rule re-examined by a state judicial organ in ordinary situations, in which a private individual wants to challenge a decision taken by an arbitration body on the merits of the case or a decision that terminated the proceedings.

Besides, according to Portuguese legal tradition inspired by the French concept of *contentieux administrative*, the appeal to an administrative court was¹¹ primarily an objective one, not conceived as such to protect those rights and interests of private persons to which the law grants its protection. In addition, the appeal did not allow the parties to debate the merits of the arbitration award. This means that the appeal, as it was designed, would also fail to overcome the insufficiency of the alleged mechanisms able to ensure access to state justice – an insufficiency which the Constitutional Court had already pointed out in the earlier prior review case.

The Court restated the understanding expressed in the prior review of the earlier Decree setting up and governing the SAT: the creation of arbitration tribunals must take other constitutional principles into account – namely the guarantee of access to the courts and the guarantee that these courts have some exclusive jurisdiction. The access to a state court is the main means of access to the law itself, which implies that the existence of arbitration courts might be submitted to certain boundaries.

The Court emphasized that, although the possibility of resorting to arbitration in the administrative dispute field can sometimes apply to disputes concerning the exercise of Administration's powers of authority, the provision laid down in the SAT Law was of a different kind, because it stated that mandatory arbitration was the only way to settle those disputes. No

¹¹ It is no longer.

exception was made with regard to administrative acts that might come before an arbitration tribunal, because this mandatory system encompassed every act undertaken in the exercise of powers of authority, including those that entailed the imposing of sanctions.

The Court accepted that, with the exception of the cases in which the Constitution grants exclusive jurisdiction to state courts, the right of access to the latter may be provided only at the appeal level. In such cases one could say that there is a partially exclusive jurisdiction. However, in the present case there were special difficulties, because it concerned a mandatory means of arbitration and the administrative authority engaged in the arbitration process is a private entity that only intervenes in the performance of a task which pursues a public interest as a result of a transfer of the exercise of powers originally belonging to a public entity.

The Constitutional Court considered that it was unacceptable for the state to delegate powers of authority to a private entity, thereby effectively bringing about an organic privatization of the Administration's duty to perform a public task, while simultaneously giving up any jurisdictional control of the merits of administrative decisions taken by state courts within the legal framework of the delegated powers.

This is why, in spite of the reformulation of the rules that had already been the object of prior review, the Court stated that the rules included in Decree 170/XII were once again unconstitutional.

So, as you see, we did it twice. Not by stubbornness, but because the Portuguese Constitutional Court doesn't surrender its beliefs and it keeps on fighting for the respect of the Constitution and the enforcement of its principles, whatever the political, economic and social context may be. I shall remind you that *sub judice* was probably the most serious and disturbing level of legal uncertainty: not that one merely concerning the lack of an appropriate rule or the accurate interpretation of a rule, but that one which concerns the jurisdiction rule itself, *i. e.* the ascertainment of the judicial organ relevant to settle a dispute.

I guess you might be wondering what happened afterwards. Well, the Parliament passed another bill, modifying the Law in order to satisfy the demands of the Court.

Did it succeed?

Indeed, we don't know. The modified Law was never submitted to the control of the Constitutional Court and we lack the initiative to do that *ex-officio*. The last episode of this story is still not written.

РЕЗЮМЕ

Конституция Португальской Республики устанавливает общий принцип, согласно которому любые действия, нарушающие ее положения и принципы, считаются недействительными. Одновременно Конституция устанавливает общий принцип гражданско-правовой ответственности за действия, нарушающие Конституцию.

Судебный контроль является основным инструментом защиты Конституции, осуществляемой в основном Конституционным Судом. Имеются два основных вида контроля: конкретный контроль и абстрактный контроль.

В рамках конкретного контроля Конституционный Суд рассматривает не решения, принятые другими судами, а лишь вопрос конституционности подлежащего применению закона в связи с конкретным судебным разбирательством.

В португальской правовой системе предусмотрены как предварительный, так и последующий абстрактный контроль конституционности правовых норм.

В Португалии Конституционный Суд наделен исключительным полномочием проверять, имело ли место нарушение Конституции в результате бездействия, то есть непринятия законодательных мер.

Конституционное правосудие часто подвержено политизации, хотя вопрос ее недопустимости поставлен очень строго.



РОЛЬ И ЗНАЧЕНИЕ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОЙ ПАЛАТЫ ВЕРХОВНОГО СУДА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ В ПРЕОДОЛЕНИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПРОБЕЛОВ И ПРАВОВОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ

МЕЕРГУЛЬ БОБУКЕЕВА

*Судья-секретарь Конституционной палаты Верховного суда
Кыргызской Республики*

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Позвольте от имени Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики приветствовать участников настоящей Конференции и выразить благодарность ее организаторам за приглашение и возможность выступить на этом мероприятии.

Вопрос осуществления конституционного контроля является ключевым условием жизнеспособности и функционирования любой государственной и общественной системы.

Посредством своих правовых позиций органы конституционного контроля активно содействуют конституционализации нормотворческого процесса, ориентируя законодателя на последовательную и целенаправленную реализацию в законодательстве конституционных норм и ценностей.

Конституционное правосудие, являясь неотъемлемым признаком демократического правового государства, гарантией конституционной законности в государстве, обеспечивает верховенство права, защиту прав и свобод человека и гражданина.

Таким образом, основным институтом, призванным обнаруживать и исправлять нарушение основополагающих принципов правового регулирования, допущенных в процессе законотворчества, является орган конституционного правосудия.

Общеправовой принцип правовой определенности, который предполагает логическую согласованность правовых норм в системе правового регулирования, их ясность, точность и непротиворечивость, хоть и не

имеет прямого юридического закрепления, однако вытекает из закрепленного в преамбуле Конституции Кыргызской Республики принципа верховенства права.

Принцип правовой определенности выступает в качестве критерия конституционности нормативных правовых актов. Наличие правовой неопределенности приводит не только к нарушениям прав и законных интересов граждан, но и к злоупотреблениям со стороны правоприменителей. Неопределенность содержания правовой нормы допускает неограниченное усмотрение правоприменителя и ведет к нарушению принципов равенства, справедливости, соразмерности, баланса публичных и частных интересов.

Конституционная палата при рассмотрении дел о проверке конституционности законов и иных нормативных правовых актов разрешает вопрос правовой неопределенности, когда он является предметом рассмотрения или непосредственно связан с рассматриваемой нормой и когда он обнаружен при рассмотрении конкретной ситуации.

Так, например, в Решении Конституционной палаты № 45-Р от 4 сентября 2014 года отмечено, что Закон "О свободе вероисповедания и религиозных организациях в Кыргызской Республике" не определяет критерии согласования списка граждан – членов Учредительного совета, являющихся инициаторами создания религиозной организации, несоблюдение которого инициаторами при согласовании с местным кенешем (местным представительным органом) может привести к отказу в учетной регистрации. "Такая правовая неопределенность в вопросах порядка, сроков, критериев согласования приводит к различному толкованию и применению местными кенешами оспариваемой заявителем нормы. В то же время отсутствие закрепленной законом процедуры отказа при согласовании списка инициаторов для создания религиозной организации местным кенешем лишает обращающихся лиц защиты своих прав в судебном порядке. Это, в свою очередь, приводит к нарушению права на свободу объединения, закрепленного в Конституции", - отмечается в данном Решении.

Другим примером из практики Конституционной палаты является Решение №14-Р от 19 февраля 2014 года, когда был рассмотрен вопрос повышения сумм возмещения вреда в связи с повышением размера расчетного показателя. В этом Решении суд указал, что индексация в связи с повышением стоимости жизни проводилась в соответствии с Законом "Об индексации доходов и сбережений населения с учетом изменения цен на потребительские товары и услуги". В объекты индексации согласно указанному Закону в том числе входили и суммы, выплачиваемые в возмещение вреда. Однако законодатель в декабре 2008 года признал утратившим силу указанный Закон, но при этом не предусмотрел новое правовое регулирование данного вопроса. Ввиду этого установленная Трудовым кодексом индексация сумм по

возмещению вреда в связи с повышением стоимости жизни стала носить неопределенный характер, поскольку не позволяла повышать размеры денежных компенсаций в связи с инфляцией. В связи с вышеизложенным Правительству было поручено инициировать соответствующий проект закона, устраняющий правовую неопределенность в применении статьи 234 Трудового кодекса.

В большинстве случаев по результатам рассмотрения Конституционная палата в целях преодоления правовой неопределенности дает законодателю соответствующее направление по устранению такой неопределенности как в мотивировочной части решения, так и в ее резолютивной части.

Например, в Решении №15-Р от 27 ноября 2015 года Конституционная палата отметила, что проведение гражданами предвыборной агитации против всех кандидатов выходит за пределы правового регулирования оспариваемого нормативного положения. В свою очередь, отсутствие соответствующего правового регулирования порядка предвыборной агитации против всех кандидатов не может служить основанием для признания оспариваемой нормы противоречащей Конституции. Правоотношения, связанные с предвыборной агитацией против всех, требуют отдельного правового регулирования, поскольку являются производным от признаваемой законодателем возможности избирателей выразить свою волю путем заполнения графы "против всех" в избирательном бюллетене. В связи с этим Конституционная палата в резолютивной части своего Решения поручила Жогорку Кенешу Кыргызской Республики (парламенту) устранить правовую неопределенность по вопросу, вытекающему из мотивировочной части Решения.

Другой разновидностью несовершенства правового регулирования являются пробелы в законодательстве. Все мы согласимся, что совершенного законодательства, полностью охватывающего необходимые для регулирования общественные отношения, не существует, поскольку невозможно охватить бесконечно развивающиеся общественные отношения.

Конституция и Конституционный закон о Конституционной палате не предусматривают специальное полномочие по исследованию и оцениванию пробелов правового регулирования, допущенных в законах и других нормативно-правовых актах.

Вместе с тем проблема неурегулированности определенных общественных отношений нередко неизбежно сопутствует основному вопросу, рассматриваемому при проверке конституционности оспариваемой нормы, и в таких случаях Конституционная палата указывает на имеющиеся пробелы. Такое действие суда объясняется тем, что наличие пробелов в законодательстве может привести к ущемлению прав и законных интересов граждан или, наоборот, к злоупотреблениям со стороны граждан.

Конституционная палата, оценивая вопрос влияния законодательного пробела на конституционность рассматриваемой нормы, наряду с другими выводами относительно своей правовой позиции также направляет законодателя на устранение обнаруженного пробела. Такое же действие Конституционная палата осуществляет и в том случае, когда в ходе рассмотрения дела обнаруживается пробел, приводящий в процессе правоприменения к такому толкованию норм, которое нарушает или может нарушить конкретные конституционные права граждан.

Так, в Решении Конституционной палаты № 10-Р от 7 февраля 2014 года было указано, что в каждом случае обращения граждан о возобновлении производства по вновь открывшимся обстоятельствам прокурор обязан принимать процессуальный акт в виде постановления о возобновлении производства по вновь открывшимся обстоятельствам. Такой порядок наиболее полно отвечает требованиям всесторонней проверки вновь открывшихся обстоятельств и дает возможность судебного обжалования процессуального акта прокурора. Однако сложившаяся правоприменительная практика статей 387, 388 Уголовно-процессуального кодекса, возможно, является следствием пробела уголовно-процессуального закона в части возможности издания прокурором процессуального акта в виде постановления об отказе в возобновлении производства по вновь открывшимся обстоятельствам в случаях, когда заявление граждан не содержит оснований для возобновления уголовного дела по вновь открывшимся обстоятельствам. Законодателю предлагалось восполнить данный пробел в УПК и предусмотреть возможность издания прокурором процессуального акта в виде постановления об отказе в возобновлении производства по вновь открывшимся обстоятельствам.

Также в качестве примера можно привести дело о проверке конституционности некоторых нормативных положений Закона "Об Адвокатуре Кыргызской Республики и адвокатской деятельности", когда судом было выявлено, что положения данного Закона не регламентируют многие вопросы, непосредственно связанные с осуществлением адвокатской деятельности, и содержат правовые пробелы. В частности, не предусмотрена организационно-правовая форма адвокатских организаций, дающих возможность самостоятельного ведения адвокатской деятельности, не преследуя коммерческих целей. Согласно Закону о некоммерческих организациях некоммерческие организации отличаются такими особыми признаками, как общность интересов и преследование целей удовлетворения духовных и других нематериальных потребностей, а это не соответствует сущности адвокатской деятельности. В этой связи указанная в части 6 статьи 32 Закона "Об Адвокатуре Кыргызской Республики и адвокатской деятельности" обязанность адвокатов, осуществляющих свою адвокатскую деятельность самостоятельно с образованием юридического лица, в двухмесячный срок со дня государственной регистрации Адвокатуры произвести

перерегистрацию своей деятельности не выполняю. Ввиду этого законодателью было поручено внести соответствующие изменения и дополнения в вышеуказанный Закон об адвокатуре с соблюдением принципа соразмерности государственного вмешательства и с учетом оценки реальных возможностей самого профессионального сообщества, не допуская нарушения принципа независимости и самостоятельности адвокатов.

Следует отметить, что во всех случаях, когда рассматривается вопрос правового пробела Конституционная палата, придерживаясь принципа разделения властей, в своих решениях ограничивается лишь констатацией наличия правового пробела, оставляя выбор способа его устранения за законодателем.

Таким образом, в своих решениях Конституционная палата, исходя из конституционных норм и принципов, устанавливает полноту, ясность и определенность правового механизма, содержащегося в нормативном правовом акте, и при выявлении правовых пробелов, правовой неопределенности указывает законодателью на необходимость их устранения. Исследуя несовершенства правового регулирования при рассмотрении обращений, Конституционная палата исходит из того, что надлежащее правовое регулирование способствует более полной реализации и защите прав и свобод человека и гражданина.

Конституционная палата с момента начала своей деятельности, т.е. с июля месяца 2013 года по настоящее время вынесла 62 решения и проверила конституционность около 43 нормативных правовых актов, что показало положительное влияние принятых решений на утверждение конституционной законности в нормотворческом процессе. Несмотря на то, что в законодательстве Кыргызской Республики не закреплен механизм исполнения решений Конституционной палаты, законодатель старается своевременно исполнять решения Палаты и устранять выявленные правовые пробелы и правовые неопределенности.

В заключение своего доклада хотелось бы отметить, что влияние решений конституционных судов на деятельность нормотворческих органов огромно. Сама природа конституционного правосудия предопределяет и правовую природу решений конституционных судов. В них содержится правовой результат конституционно-юрисдикционной деятельности, который в свою очередь влияет на всю правовую систему государства.

Хотела бы еще раз поблагодарить организаторов Конференции и лично Гагика Гарушевича за его вклад в развитие конституционализма, за создание конституционалистам площадки для диалога, сотрудничества и обмена мнениями, пожелать успехов в его исторической миссии продвижения конституционной культуры.

Благодарю за внимание.

SUMMARY

The author deals with the issues of the imperfection of the legal regulation. First, the author notes that the principle of legal certainty appears as a criterion of constitutionality of normative legal acts and states that the existence of legal uncertainty leads to many negative consequences. Secondly, the author touches upon the problem of gaps in the legislation and notes that in its decisions the Constitutional Chamber of the Kyrgyz Republic, adhering to the principle of separation of powers, restricts by the acknowledgment of the gap in legislation and leaves the legislator the choice of the manner to eliminate it.

Thus, in its decisions, the Constitutional Chamber of the Kyrgyz Republic, on the basis of constitutional norms and principles, establishes completeness, clarity and certainty of the legal mechanism contained in the normative legal act, and in the identification of legal gaps and legal uncertainty directs the legislator to eliminate them. Exploring the imperfection of legal regulation in the consideration of appeals, the Constitutional Chamber assumes that the proper legal regulation contributes to the full realization and protection of the rights and freedoms of the individual and citizen.



РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ В УСТРАНЕНИИ ПРОБЕЛОВ И ПРАВОВОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ В КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ

ТАДЕУШ ВОРОНОВИЧ

Судья Конституционного Суда Республики Беларусь

Конституционный Суд Республики Беларусь (далее — Конституционный Суд) в ряде решений указывал, что реализация в нормотворчестве принципа верховенства права и основанного на нем принципа правовой определенности предполагает создание правовой системы, в которой нормативные правовые акты находятся во взаимосвязи, согласуются между собой, а также обеспечивают ясность, точность, непротиворечивость и согласованность правовых норм. Принцип верховенства права означает в том числе полноту и точность содержащихся в различных нормативных правовых актах положений о правах и обязанностях граждан, согласованность их между собой. Наличие в законодательстве пробелов, коллизий правовых норм и правовой неопределенности влечет неоднозначное понимание нормативных правовых актов и связанную с этим противоречивую правоприменительную практику, что ослабляет гарантии защиты конституционных прав и свобод граждан.

В свое время известный русский ученый-процессуалист Е.В. Васьковский предложил универсальный для всех судов юридический алгоритм, согласно которому установление факта пробельности в действующем праве имеется тогда, когда для какой-либо категории случаев: 1) или вовсе нет нормы, 2) или существует норма, но «совершенно темная и непонятная», 3) или существует несколько норм, находящихся между собой в непримиримом противоречии, 4) или установлена норма, страдающая неполнотой (частичный пробел).

Такое понимание пробелов в праве означает не что иное, как наличие пробелов в законодательстве; следовательно, они могут возникнуть в тех сферах общественной жизни, которые уже урегулированы правовыми нормами.

Наряду с подходами указанными, в правовой науке, имеет место иной подход, согласно которому пробелы в праве возникают в случае, если какая-либо ситуация не была предусмотрена при разработке норма-

тивного правового акта или сложилась после его издания в результате развития общественных отношений в соответствующей сфере, появления новых отношений, не предусмотренных правом.

В любом случае наличие пробелов свидетельствует о наличии в нормативных правовых актах дефектов, которые необходимо устранять либо преодолевать. Очевидно, что такая обязанность в первоочередном порядке должна быть возложена на нормотворческие органы, издавшие такой акт.

Согласно статье 72 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» при выявлении пробелов в нормативных правовых актах нормотворческие органы (должностные лица), принявшие (издавшие) эти акты, обязаны внести в них соответствующие дополнения или изменения, устраняющие пробелы (часть первая); до внесения соответствующих изменений и (или) дополнений преодоление пробелов может осуществляться путем использования институтов аналогии закона и аналогии права (часть вторая); применение институтов аналогии закона и аналогии права запрещается в случае привлечения к ответственности, ограничения прав и установления обязанностей (часть третья).

В связи с наличием данного законодательного регулирования закономерен вопрос о роли конституционного правосудия в устранении и преодолении пробелов в законодательстве.

Конституцией Республики Беларусь (далее – Конституция) закреплена норма, которая предоставляет Конституционному Суду право и одновременно возлагает на него обязанность осуществлять контроль за конституционностью нормативных правовых актов в государстве (часть первая статьи 116). Утверждение законности в нормотворчестве и правоприменении является одной из задач Конституционного Суда (часть первая статьи 6 Кодекса Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей).

Указанным определяется активная роль Конституционного Суда в поддержании должного функционирования государственно-правового механизма на всех уровнях, в том числе в обеспечении эффективного функционирования правовой системы государства с целью реализации конституционных прав, свобод и законных интересов граждан.

Согласно абзацу восьмому части второй статьи 22 Кодекса о судостроительстве и статусе судей в компетенцию Конституционного Суда входит принятие решений об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности.

Процессуальные особенности рассмотрения данной категории дел закреплены в Законе Республики Беларусь «О конституционном судопроизводстве». Так, основанием для возбуждения производства по делу об устранении дефектов правового регулирования являются поступившие в Конституционный Суд обращения государственных органов,

иных организаций, а также граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, содержащие информацию о наличии в нормативных правовых актах пробелов, коллизий и правовой неопределенности. Следует отметить, что в большинстве случаев инициаторами таких обращений являются граждане.

Рассмотрение данной категории дел осуществляется Конституционным Судом, как правило, с использованием письменной формы конституционного судопроизводства. По результатам рассмотрения дела Конституционным Судом принимается решение, в резолютивной части которого излагается вывод о наличии в нормативных правовых актах пробелов, коллизий, правовой неопределенности, а также формулируется предложение конкретному государственному органу, должностному лицу о необходимости устранения выявленных в этих актах дефектов.

Решения Конституционного Суда об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности являются обязательными для рассмотрения государственными органами, должностными лицами в соответствии с их компетенцией.

При реализации своих полномочий по принятию решений об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности Конституционный Суд действует в пределах своего конституционного статуса, исходя из того, что выявленные дефекты правового регулирования имеют конституционно-правовое значение, в связи с чем не подменяет законодателя либо иной нормотворческий орган, но в некоторой мере выполняет функцию «позитивного законодателя» с целью выработки действенных механизмов реализации конституционных прав и свобод граждан.

Нормативным и методологическим критерием оценки качества законодательства на предмет наличия в нем правовых дефектов для Конституционного Суда является Конституция, закрепляющая положения о том, что человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства, а также о приоритете общепризнанных принципов международного права. При проверке нормативных правовых актов с целью выявления пробелов и правовой неопределенности Конституционный Суд руководствуется прежде всего таким общеправовым принципом, как принцип верховенства права, необходимыми элементами которого являются: законность, правовая определенность, запрещение произвола, доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судах, соблюдение прав человека, равенство всех перед законом.

В актах Конституционного Суда отмечается, что не любая пробельность правового регулирования связана с вопросом его конституционности. Пробел в законодательстве имеет конституционно-правовое зна-

чение, если отсутствием правовой нормы (нормативного правового акта в целом) нарушаются конституционные права и свободы человека и гражданина либо указанное отсутствие может повлечь такое нарушение. Как указано Конституционным Судом в Послании Президенту Республики Беларусь, палатам Национального собрания Республики Беларусь «О состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2014 году», при принятии решения о возбуждении производства по делу об устранении в нормативных правовых актах пробелов он исходит из того, что соответствующие недостатки конкретного нормативного правового акта влекут такое его истолкование и применение, которые нарушают или могут нарушить конституционные права и свободы, препятствуют обеспечению гарантий их реализации.

В решении Конституционного Суда от 2 июля 2015 г. «О праве граждан, выступающих свидетелями в уголовном процессе, на юридическую помощь» отмечено, что отсутствие в уголовно-процессуальном законе нормы, закрепляющей обязанность органа, ведущего уголовный процесс, допустить адвоката к участию в уголовном процессе в качестве представителя свидетеля, на практике не позволяет в должной мере реализовать гарантированное статьей 62 Конституции право на юридическую помощь, в том числе при проведении следственных и иных процессуальных действий с участием свидетеля.

Конституционный Суд пришел к выводу, что в уголовно-процессуальном законе имеется пробел правового регулирования в части реализации права граждан, выступающих свидетелями в уголовном процессе, на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, в том числе права пользоваться в любой момент помощью адвокатов. Указанное право не должно зависеть от дискреционных полномочий органов предварительного следствия, подлежит обеспечению на всех стадиях уголовного процесса и не может быть ограничено ни при каких обстоятельствах. В связи с этим Конституционный Суд признал целесообразным устранить пробел правового регулирования путем внесения законодателем соответствующих изменений и дополнений в нормы Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь.

Одна из особенностей осуществления Конституционным Судом конституционного контроля заключается в том, что объектом анализа являются нормативные правовые акты, принимаемые как законодателем, так и иными нормотворческими органами различного уровня.

Решения Конституционного Суда направлены на устранение как пробелов в законодательстве, так и правовой неопределенности в законодательном регулировании общественных отношений в определенной сфере. Так, в решении от 9 июля 2014 г. «О правовой неопределенности в правовом регулировании удостоверения личности при назначении пенсии органами по труду, занятости и социальной защите» Конс-

титутционный Суд в целях надлежащей реализации конституционного права граждан на социальное обеспечение и соблюдения принципа социальной справедливости признал необходимым исключить правовую неопределенность в регулировании удостоверения личности при назначении пенсии органами по труду, занятости и социальной защите. Правительству (Совету Министров) Республики Беларусь было предложено путем принятия соответствующего постановления обеспечить в правовом регулировании порядка представления и оформления документов для назначения пенсии органами по труду, занятости и социальной защите возможность удостоверения личности в исключительных случаях не только паспортом гражданина Республики Беларусь, но и иными документами.

Данное решение Конституционного Суда исполнено путем утверждения Советом Министров Положения о порядке подтверждения личности граждан Республики Беларусь, не имеющих документа, удостоверяющего личность, для целей пенсионного обеспечения.

Деятельность Конституционного Суда, направленная на устранение вышеуказанных дефектов правового регулирования, в настоящее время не ограничивается реализацией анализируемого полномочия данного органа, а включает также проверку наличия в нормативных правовых актах пробелов, коллизий и правовой неопределенности при рассмотрении любых категорий дел, отнесенных к его компетенции. Такая деятельность в том числе осуществляется в процессе предварительного контроля конституционности принятых Парламентом законов до подписания их Главой государства, а также при даче Конституционным Судом заключений о конституционности нормативных правовых актов в государстве в порядке последующего контроля.

При этом практика осуществления конституционного правосудия свидетельствует о том, что для преодоления дефектов правового регулирования, в том числе пробелов в законодательстве и правовой неопределенности, не всегда необходимо и оправданно признание нормативного правового акта в целом либо его отдельной нормы неконституционными, поскольку, признавая такой акт либо его отдельные положения недействующими и устраняя их из правового поля, Конституционный Суд, по сути, сам создает пробел в праве. В связи с этим при выявлении в нормативных правовых актах пробелов и правовой неопределенности Конституционный Суд по-разному реагирует на данное обстоятельство.

Так, Конституционный Суд в одном из заключений, принятом на основании обращения Палаты представителей Национального собрания (Парламента), признав положения ряда норм Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь не соответствующими части первой статьи 25, статьям 26, 28 и 60 Конституции в той мере, в какой эти положения в системе действующего законодательства позволяют ор-

гану, ведущему уголовный процесс, в случае смерти подозреваемого или обвиняемого отказать в возбуждении уголовного дела, а по возбужденному делу прекратить производство без согласия его близких родственников, предложил законодателю предусмотреть в указанном Кодексе положения, устанавливающие право близких родственников заявлять требования о необходимости продолжения уголовного процесса с целью возможной реабилитации умершего, закрепляющие правовой статус данных участников уголовного процесса, в том числе их права и обязанности, а также особенности производства предварительного расследования и судебного разбирательства в случае смерти подозреваемого или обвиняемого (Заключение от 12 июня 2014 г. «О соответствии Конституции Республики Беларусь пункта 7 части 1 статьи 29 и пункта 1 части 1 статьи 303 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь»).

Конституционные суды призваны содействовать устранению дефектов конституционно-правового регулирования специфическими способами и методами конституционного контроля, непосредственно не вторгаясь в компетенцию иных ветвей власти. В первую очередь речь идет о выражении конституционными судами правовых позиций, направленных на устранение пробелов в законодательстве и исключении неопределенности норм права без признания их неконституционными (недействующими), а также на обеспечение конституционно-правовой основы осуществления правоприменительной практики.

Так, в решении от 16 декабря 2015 г., принятом в результате проверки в порядке обязательного предварительного конституционного контроля Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в некоторые законы Республики Беларусь», Конституционный Суд указал, что в связи с принятием новой редакции статьи 31 Закона Республики Беларусь «Об оказании психиатрической помощи» складывается ситуация правовой неопределенности из-за различий в правовом регулировании категорий дел, по которым может проводиться судебно-психиатрическая экспертиза.

Исходя из того, что согласно новой редакции части первой статьи 3 Закона «Об оказании психиатрической помощи» Закон Республики Беларусь «О здравоохранении» включен в число актов законодательства об оказании психиатрической помощи, Конституционный Суд обратил внимание, что в целях обеспечения единообразного понимания и применения соответствующих норм указанных законов, впредь до корректировки законодательных положений, учитывая конституционно-правовое истолкование положений проверяемого Закона, правоприменителям следует ориентироваться на норму базового Закона «О здравоохранении», предусматривающую возможность проведения судебно-психиатрических экспертиз не только в случаях, предусмотренных данным Законом, но и в других случаях в соответствии с

законодательными актами Республики Беларусь, когда имеется необходимость установления психического состояния лица, а проведение судебно-психиатрической экспертизы отвечает интересам защиты его прав и свобод, других конституционно значимых ценностей.

Одним из важнейших показателей состояния конституционной законности в государстве является исполнение решений Конституционного Суда. В соответствии со статьей 24 Кодекса о судоустройстве и статусе судей заключения и решения Конституционного Суда являются окончательными, обжалованию и опротестованию не подлежат, действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими государственными органами, иными организациями, должностными лицами, вступают в силу со дня их принятия, если в этих актах не установлен иной срок.

За период своей деятельности Конституционным Судом принято более 200 решений об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности. Большинство указанных решений реализованы путем внесения соответствующих изменений и дополнений в акты законодательства, другие находятся в стадии исполнения.

Основываясь на результатах анализа практики исполнения принятых решений, Конституционный Суд в Послании «О состоянии конституционной законности в 2015 году» обратил внимание на необходимость сокращения периода времени от принятия решений Конституционного Суда до их исполнения уполномоченными государственными органами и должностными лицами, поскольку полнота правового регулирования на основе принципов и норм Конституции, правовая определенность, доступность и понятность законодательства, его согласованность и непротиворечивость укрепляют доверие граждан к государственной власти и уверенность в гарантировании государством реализации и защиты прав и свобод, а также способствуют утверждению конституционной законности в нормотворчестве и правоприменении.

SUMMARY

The article deals with the gaps and legal uncertainty in the legislation as diversity of defect of the laws which are of constitutional and legal significance, elimination of which is aimed at overcoming the deficit of constitutionalism. The author analyzes the role of constitutional justice in eliminating the gaps in the legislation, excluding the conflicts of legal norms and legal uncertainty in the constitutional and legal regulation of social relations.



РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В ДЕЛЕ ПРЕОДОЛЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПРОБЕЛОВ И ПРАВОВОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ (ОПЫТ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ)

ФЕЛИКС ТОХЯН

Член Конституционного Суда Республики Армения

Многоуважаемый господин Председатель!

Уважаемые коллеги, друзья!

Позвольте вкратце ознакомить вас с уже достаточно богатым опытом Конституционного Суда Армении в деле преодоления законодательных пробелов и правовой неопределенности.

1. С этой проблемой Конституционный Суд Армении реально столкнулся после 10 лет своей деятельности как высший судебный орган конституционного контроля, начиная с лета 2006 года. У нас в республике после конституционной реформы 2005 г. был впервые введен институт индивидуальной конституционной жалобы. Все физические лица, в том числе граждане Армении, иностранцы, а также юридические лица получили право обращаться в Конституционный Суд за защитой своих нарушенных конституционных прав и свобод.

К сожалению, мы внедрили достаточно старую, 1980-х годов, модель индивидуальной конституционной жалобы. Уместно отметить, что первая, на мой взгляд оптимальная для Армении, теоретическая модель индивидуальной конституционной жалобы была представлена нами еще в 1997 году на Втором международном семинаре КС, посвященном проблемам конституционного правосудия на тему «Конституционный контроль и защита прав человека»¹.

В любом случае, сотни и тысячи индивидуальных субъектов конституционного правосудия завалили Конституционный Суд своими жалобами и при их рассмотрении оказалось, что буквально каждое второе заявление они аргументировали не столько антиконституцион-

¹ См. подробнее: *Тохян Ф.* Модель института индивидуальной конституционной жалобы для Республики Армения // Вестник Конституционного Суда РА, N 5, 1997г. - С. 25-27 (на арм. яз.).

ностью закона, нарушившего их основные права и свободы, закрепленные во второй главе Конституции РА, а законодательным пробелом, правовой неопределенностью в регулировании той или иной группы конституционно-правовых отношений. Таким образом, практика конституционного судопроизводства уже с 2006 г. свидетельствовала об актуальности проблемы.

Отметим, что по обновленной Конституции 2015 г. частично модернизирована модель индивидуальной конституционной жалобы. По-новому решен вопрос об индивидуальной конституционной жалобе граждан в Конституционный Суд. Если до 2015 г. любое физическое или юридическое лицо могло обращаться в Конституционный Суд по конкретному делу, когда в наличии имеется окончательный акт суда, исчерпаны все средства судебной защиты и оспаривается конституционность примененного к нему этим актом положения закона, то отныне права людей обращаться за конституционным правосудием резко увеличены. Они могут обращаться не только по вопросу конституционности закона, примененного окончательным актом суда в их отношении по конкретному делу, но и любого нормативного правового акта, если считают что этим актом нарушены их основные права и свободы, закрепленные во второй главе Конституции, причем учитывая также комментарии, данные судебной правоприменительной практикой, относительно этой нормы.

Как видим, Конституционный Суд РА не получил прямых полномочий по конституционному контролю за судебными правоприменительными актами, а мы всегда высказывались именно за такое кардинальное решение вопроса. Тем не менее впервые на конституционном уровне проверка конституционности судебной правоприменительной практики в качестве прерогативы прямо закреплена за Конституционным Судом.

Конституционный Суд Армении не долго выработывал свою правовую позицию в решении достаточно сложной теоретико-практической проблемы преодоления законодательного пробела и правовой неопределенности.

Впервые свою правовую позицию относительно правовой возможности рассмотрения Конституционным Судом вопроса конституционности пробела в законе Конституционный Суд Армении высказал в своем Постановлении N864 от 05.02.2010 г.

Обращаясь к вопросу о соотношении полномочий Конституционного Суда и законодательного органа в деле преодоления правового пробела (а законодательный пробел — один из видов правового пробела) Конституционный Суд установил общее правило, отметив, что если правовой пробел обусловлен отсутствием нормативного предписания относительно конкретных обстоятельств, находящихся в сфере

правового регулирования, то преодоление такого пробела находится в сфере полномочий законодательного органа. «Конституционный Суд в рамках рассмотрения дела обращается к конституционности того или иного пробела закона, если обусловленная содержанием оспариваемой нормы правовая неопределенность в правоприменительной практике приводит к такому толкованию и применению данной нормы, которое нарушает или может нарушить конкретное конституционное право»².

Развивая вышеуказанную правовую позицию, Конституционный Суд в своем Постановлении №914 от 14.09.2010 г. установил, что «законодательный пробел может стать предметом рассмотрения Конституционного Суда только в том случае, когда законодательство не имеет иных правовых гарантий восполнения этого пробела, или в случае наличия в законодательстве соответствующих правовых гарантий сформирована противоречивая правоприменительная практика, или когда имеющийся законодательный пробел не обеспечивает возможность реализации того или иного права. При других обстоятельствах вопрос конституционности пробела правового регулирования не подлежит рассмотрению Конституционным Судом»³.

В своих Годовых сообщениях относительно ситуации исполнения принятых КС решений, ссылаясь на свои многочисленные решения Конституционный Суд РА отмечал, что законы и иные правовые акты должны соответствовать принципу правовой определенности, быть прогнозируемыми, четкими, не иметь пробелов и не быть двухсмысленными.

2. Постановления Конституционного Суда в первую очередь относятся к правотворческой и правоприменительной деятельности и содержат обязательство предпринять определенные действия. В особенности фиксирование Конституционным Судом законодательных пробелов не может оставаться без последствий. Из Постановления Конституционного Суда возникает обязанность надлежащим правовым регулированием заполнить пробел в законе и ликвидировать некачественное правовое регулирование. Оставление без ответа постановления или частичное заполнение подобного пробела законодателем рассматривается как аномалия правовой системы.

В Армении проблема преодоления пробела в законе должна стать одним из ключевых вопросов законотворческой политики⁴.

Своими решениями Конституционный Суд способствует выявлению и преодолению, но не восполнению законодательных пробелов, приводящих к нарушению конституционных прав и свобод. В этом проявля-

² См. ПКС-864 от 05.02.2010г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-864.pdf>

³ См. ПКС-914 от 14.09.2010г., <http://concourt.am/armenian/decisions/common/2010/pdf/sdv-914.pdf>

⁴ См. Годовые сообщения Конституционного Суда Республики Армения 2008 г., 2011 г., 2012 г., 2015 г., <http://concourt.am/russian/report/index.htm>

ется значимость актов высших органов судебного конституционного контроля и содержащихся в них правовых позиций для развития законодательства.

Наш Конституционный Суд не наделен специальным полномочием исследовать и оценивать конституционность законодательных пробелов, однако вопрос о пробельности законодательного регулирования очень часто возникает в процессе конституционного судопроизводства. Причем наши правила конституционного судопроизводства позволяют Конституционному Суду выявить законодательный пробел, дать ему конституционно-правовую оценку, но не восполнить его, т.к. это прерогатива законодателя. Конституционный Суд в данных случаях использует различные правовые средства и методы для преодоления пробела, указывая законодателю и правоприменителям возможные или необходимые пути выхода из неконституционной ситуации.

Какие конкретно методы преодоления законодательного пробела использует Конституционный Суд Армении?

1. Устранить формальный пробел можно в результате конституционно-правового истолкования текста оспариваемой нормы, выявления ее должного конституционно-правового содержания.
2. Указание в решении Конституционного Суда на необходимость прямого применения Конституции до внесения законодателем соответствующих изменений и дополнений в закон.
3. Формулирование Конституционным Судом по итогам рассмотрения дела определенных рекомендаций законодателю. При этом содержание рекомендаций бывает разным. Если Конституционный Суд признает оспариваемые нормы неконституционными, то такие рекомендации касаются необходимости внесения соответствующих изменений в законодательство с обязательным учетом правовых позиций, выраженных в решении Конституционного Суда и обеспечивающих верховенство Конституции.

Если Конституционный Суд признает оспариваемые нормы конституционными, то рекомендации законодателю могут быть даны, если Конституционный Суд приходит к выводу о недостаточности существующей регламентации правоотношений для оптимальной реализации конституционных прав и свобод граждан, о возможном выборе законодателем иного подхода к регламентации общественных отношений в процессе дальнейшего совершенствования правового регулирования⁵.

⁵ Отметим, что подобные методы в практике конституционного судопроизводства используют органы конституционного правосудия многих стран. См. подробнее Хохрякова О. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и их влияние на развитие законодательства// Альманах "Конституционное правосудие в новом тысячелетии". – Ереван: Нжар, 2009. - С. 108-118.

В будущем большую помощь Конституционному Суду в деле преодоления законодательных пробелов и правовой неопределенности окажет конституционная реформа 2015 г. В частности, в тексте обновленной Конституции 2015 г., во второй, уже действующей, главе впервые дано конституционное определение сущности принципа правовой определенности. Так, согласно ст. 79 обновленной Конституции РА 2015 г. «законы при ограничении основных прав должны устанавливать основания и объем этих ограничений, являться в достаточной мере определенными, чтобы носители и адресаты этих прав и свобод были в состоянии проявлять соответствующее поведение». Отметим также, что согласно ст. 80 Конституции РА суть этих положений провозглашена незыблемой.

Кроме того, в первой главе Конституции, посвященной основам конституционного строя, в уже действующей статье 6 о принципе законности впервые прямо отмечено, что органы, предусмотренные Конституцией на основе Конституции и законов и в целях обеспечения их осуществления, могут быть уполномочены законом на принятие подзаконных нормативных правовых актов. Уполномочивающие нормы должны соответствовать принципу правовой определенности.

3. Безусловно, принципы правовой определенности, правовой безопасности и защиты законных ожиданий являются неотъемлемыми элементами гарантирования правового государства и верховенства права. В Постановлении от 18 апреля 2006 года ПКС-630 Конституционный Суд, в частности, констатировал, что «... закон также должен соответствовать выраженной в ряде постановлений Европейского суда по правам человека правовой позиции, согласно которой какая-либо правовая норма не может считаться «законом», если она не соответствует принципу правовой определенности (*res judicata*), т.е. не оформлена достаточно четко, что позволило бы гражданину совместить с ней свое поведение». Закрепленные в Законе правовые регулирования, особенно в рамках признания принципа правовой определенности, должны сделать прогнозируемыми для лица его правомерные ожидания. Кроме этого, принцип правовой определенности, будучи одним из основополагающих принципов правового государства, предполагает также, что действия всех субъектов правоотношений, в том числе носителя власти, должны быть предсказуемыми и правомерными.

Мы солидарны с мнением уважаемого коллеги из России профессора Н.С. Бондаря, что «наряду с основными (классическими) принципами КС РФ вводит в конституционно-правовое поле новые (специальные) правовые принципы». Среди них «требование правовой определенности как конституционный принцип и критерий конституционности. Общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы вытекает из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом, поскольку такое равенство может

быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями. Неопределенность содержания правовой нормы, наоборот, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и неизбежно ведет к произволу, а значит, к нарушению принципов равенства, а также верховенства закона»⁶.

Эффективность деятельности Конституционного Суда во многом обусловлена действующим конституционным полем. Сама Конституция должна иметь достаточную систему внутриконституционной самозащиты, содержать необходимые конституционные гарантии для обеспечения верховенства права, реального разделения властей, признания, гарантирования и защиты прав человека. Конституции многих молодых демократических стран, в том числе и Армении, таким потенциалом не обладают. Поэтому конституционные реформы 2015 г. были вполне назревшими и необходимыми и наряду с другими важными вопросами решили проблемы создания целостной и действенной системы конституционного правосудия.

Важно также законодательно закрепить четкие механизмы, обеспечивающие надлежащее исполнение постановлений и правовых позиций Конституционного Суда. Здесь большую роль может сыграть укоренение системы конституционного мониторинга, которая даст возможность осуществления постоянного контроля за реализацией конституционных принципов и норм в общественной жизни, конституционализацией общественных отношений.

Мы поддерживаем мнение автора этой идеи, уважаемого Председателя КС РА Г.Г. Арутюняна о том, что в условиях общественной трансформации деформации конституционализма становятся главным фактором дестабильности и социальных катаклизмов. Их преодоление требует наличия действенного и системного конституционного мониторинга на основе целенаправленной и непрерывной конституционной диагностики. Это и урок истории, и вызов времени, требующие неотложного внимания и адекватных действий⁷.

⁶ См. Судебный конституционализм: доктрина и практика: монография / Н.С. Бондарь. — М. Норма: ИНФРА-М, 2016. - С.289.

⁷ См. подробнее: Конституционализм: уроки, вызовы, гарантии: сб. избр. публ. и выступлений на междунар. форумах, посвящ. данной проблематике/ Арутюнян Г.Г. — К.: Логос, 2011. - С. 11.; он же. Конституционный мониторинг — Ереван: "Нжар", 2016.

SUMMARY

This article analyzes the role of the Constitutional Court of the Republic of Armenia in overcoming the legal gaps and legal uncertainty. The author has considered the problem in the historical slice, starting with the origins of its occurrence after the introduction of the institute of individual constitutional complaint in June 2006 due to the constitutional reform of 2005 and ending with the modernization of the model of individual constitutional complaint by the amended Constitution of 2015.

The author emphasizes that the Constitutional Court by its decisions contributes to identification and overcoming, but not to replenishment of the legislative gaps that lead to a violation of constitutional rights and freedoms. The article also lists specific techniques to overcome the legislative gaps used by the Constitutional Court of Armenia.

In the future, constitutional reform of 2015 will greatly assist to the Constitutional Court in overcoming the legal gaps and legal uncertainty. In particular, the updated text of the Constitution of 2015 the constitutional definition of the essence of the principle of legal certainty is provided.

The principles of legal certainty, legal security and the protection of legitimate expectations are indispensable elements to guarantee the rule of law.



РОЛЬ И ЗНАЧЕНИЕ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ ТАДЖИКИСТАН В ПРЕОДОЛЕНИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПРОБЕЛОВ И ПРАВОВОЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ

МАХКАМ МАХМУДЗОДА

Председатель Конституционного Суда Республики Таджикистан

Уважаемый Председатель!

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Позвольте выразить благодарность организаторам данной Международной конференции, в частности Председателю Конституционного Суда Армении, дорогому другу Арутюняну Гагику Гарушевичу за ее превосходную организацию, высокий профессиональный уровень, создание дружественной и теплой атмосферы, а также несравненное гостеприимство.

Мы уверены, что сегодняшняя весьма содержательная Конференция с такой широкой географией участников и удачным выбором тематики докладов придаст новый мощный импульс диалогу и обмену опытом по вопросам, касающимся различных аспектов деятельности органов конституционного контроля, в частности, в области преодоления законодательных пробелов и правовой неопределенности.

Уважаемые участники Конференции!

Конституционный Суд является истинно юрисдикционным органом, способным выносить окончательные и не подлежащие оспариванию решения, которые оказывают влияние на направленность конституционно-правового регулирования развития государства и общества, преодоления законодательных пробелов и правовой неопределенности.

Конституционный Суд принимает акты, завершающие конституционное судопроизводство, в которых содержится обоснованная правовая позиция, имеющая также важное значение в правотворческой деятельности, в частности в устранении недостатков процесса правового регулирования.

Решения Конституционного Суда действуют на всей территории стра-

ны, то есть имеют нормативный характер, и под юрисдикцию Конституционного Суда подпадает неопределенное количество лиц, что указывает на универсальный характер его решений.

По словам Председателя Конституционного Суда Российской Федерации, профессора Зорькина Валерия Дмитриевича, "решение Конституционного Суда по делам о проверке конституционности нормативных актов имеет нормативный характер и одновременно приобретает прецедентное значение"¹.

Безусловно, решения органа конституционного контроля имеют особое влияние на развитие правового государства, обладают нормативной силой, устанавливая неконституционность норм права и существенно влияют на структуру и содержание нормативных правовых актов. Они обозначают вектор дальнейшего развития законодательства, являясь нормативной основой для дальнейшего принятия закона, то есть обладают качеством фундаментальности.

Решения Конституционного Суда обязательны для всех субъектов права, в том числе высших институтов законодательной, исполнительной и судебной властей, в частности ими обязаны руководствоваться все государственные органы и должностные лица.

В силу такого особого статуса, в механизме государственной власти из всех высших судебных органов только компетенция Конституционного Суда определяется в самой Конституции.

Исходя из значимости решений органа конституционного контроля в развитии правовой системы, а также его роли в обеспечении конституционной законности в государстве, можно отметить, что они выступают в качестве нового источника права, посредством которого Конституционный Суд осуществляет правокорректирующую функцию в отношении нормотворчества органов публичной власти, направленную на обеспечение верховенства Конституции.

Однако относительно признания в качестве источника права решений Конституционного Суда хочу отметить, что, к сожалению, до сих пор не существует правовой определенности в понимании юридической природы решений данного органа, что негативным образом сказывается не только на авторитете самого органа конституционного правосудия, но и оказывает неблагоприятное воздействие на правоприменительный процесс в целом.

Данное положение объясняется тем, что институт конституционного контроля в нашей стране является непосредственно новым органом в системе государственной власти, характеризующимся противоречием и существованием пробела в законодательстве по этому вопросу, а также отличиями в правовой природе разных видов решений Конституционного Суда.

¹ См.: Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2004. №12. С. 4.

Лишение качества источников права тех актов, которые вносят изменения в правовую систему, изменяют содержание права, но не несут в себе "позитивных" норм регулятивного характера, не вполне оправданно².

Акты Конституционного Суда, с одной стороны, представляют собой индивидуальные акты правоприменительного органа, а с другой стороны, в содержании решений Конституционного Суда можно усмотреть положения в виде выводов, доводов по делу, которые характеризуются свойством нормативности.

Решения Конституционного Суда, в результате которых неконституционные нормативные правовые акты утрачивают юридическую силу, имеют такую же сферу действия во времени, в пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же, как нормативные правовые акты, общее значение, не присущее актам судов общей юрисдикции и экономических судов.

Уважаемые участники Конференции!

В Таджикистане за короткий срок проведена систематизация и кодификация законодательства и создана современная законодательная база, но независимо от этого развитие общественных отношений сопровождается изменениями действующего законодательства, и этим во многом объясняется то, что в законодательстве все еще много противоречий, неясно сформулированных положений, а также пробелов.

Безусловно, наличие пробелов в праве, а также правовой неопределенности в системе права — это, в свою очередь, неотъемлемое явление любой динамично развивающейся правовой системы, возникающее в области общественных отношений, регулируемой правом.

Если существование законодательных пробелов, с одной стороны, связано с появлением новых общественных отношений, не охваченных правовым регулированием, то с другой стороны, появление пробелов в законодательстве обусловлено также субъективными причинами, которые выражаются в упущениях, недочетах в процессе правотворческой деятельности, в частности несоблюдением правил юридической техники законодателем.

Следует иметь в виду, что пробелы и противоречия в законодательстве, означающие полное или частичное отсутствие законодательной нормы, необходимой для регулирования конкретных правовых отношений, тормозят развитие общественных отношений, дестабилизируют существующий в обществе порядок, снижают эффективность действующих норм права и затрудняют их применение.

Данный факт, в свою очередь, обуславливает необходимость повышения ответственности субъектов правотворчества до уровня нормотвор-

² См.: Захаров В.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации, как источник конституционного права. М., 2005. С. 56-179.

ческой и правоприменительной деятельности, то есть государство в целом должно разрабатывать и применять эффективные механизмы для того, чтобы преодолевать и устранять законодательные пробелы.

Нередкими дефектами правового регулирования, с которым очень часто сталкивается Конституционный Суд в процессе осуществления своей деятельности, также являются пробелы или противоречия в законодательстве, которые, в свою очередь, являются одной из актуальных проблем национальной системы права.

Нормативным и методологическим критерием оценки пробелов в законодательстве для Конституционного Суда является Конституция с заложенными в ней принципами верховенства права, баланса конституционно защищаемых ценностей, правовой определенности, поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, полной и эффективной судебной защиты, разделения ветвей власти, обусловленной им системы сдержек и противовесов и т.д.

Решения Конституционного Суда в свою очередь воздействуют на законотворческую и правоприменительную деятельность, на преодоление недостатков нормативного регулирования, к числу которых следует отнести несогласованность между различными правовыми актами.

Исходя из этого, можно сказать, что судьи конституционных судов оказывают существенное влияние на направление законодательства, преодоление законодательных пробелов и правовой неопределённости.

Конституционный Суд в процессе осуществления конституционного судопроизводства зачастую сталкивается с существующим вакуумом и правовой неопределённостью в законодательстве, которые препятствуют реальному и надлежащему способу осуществления гражданами своих конституционных прав и свобод.

Обнаружив в ходе рассмотрения конкретного дела пробел в законодательстве, Конституционный Суд не может оставить его без внимания и обязан, по возможности, устранить недостаток правового регулирования, в частности исходя из своей конституционной задачи по защите прав и свобод человека и гражданина.

Представление Конституционным Судом в Парламент страны конкретных предложений по устранению пробелов в законодательстве и правовой неопределённости и принятие Парламентом данных предложений может устранить конкретную существующую проблему.

Ежегодно Конституционный Суд Республики Таджикистан направляет законодательному и исполнительному органам страны послания о состоянии конституционной законности в стране, в которых указываются существующие пробелы и противоречия в законодательстве и отмечается необходимость их устранения.

На основании посланий Конституционного Суда законодательными и исполнительными органами вносятся коррективы в нормативные пра-

новые акты и устраняются пробелы и противоречия в них, что в свою очередь эффективно и позитивно оказывает воздействие на развитие и совершенствование системы права.

В целом Конституционный Суд не имеет правовой возможности рассматривать какие-либо вопросы по собственной инициативе, и соответственно его обращение к проблеме пробела в законодательстве может быть лишь сопутствующим рассматриваемому в деле основному вопросу, вытекать из него, даже если заявитель не ставит такую проблему вербально.

В частности, исходя из данного положения, Конституционным Судом Таджикистана было рассмотрено ходатайство гражданки Муллоджоновой Ф. "Об определении соответствия части 2 статьи 197 Процессуального кодекса об административных правонарушениях Республики Таджикистан статье 14, части 1 статьи 17 и части 1 статьи 19 Конституции Республики Таджикистан"³.

Обратившаяся, ссылаясь на существующую практику, в своём обращении указала, что одним из способов защиты нарушенных конституционных прав граждан является повторное рассмотрение дела об административном правонарушении по вновь открывшимся обстоятельствам. Однако представленные ею обстоятельства ввиду того, что они не предусмотрены в части 2 статьи 197 Процессуального кодекса об административных правонарушениях, не учитываются различными инстанциями судов общей юрисдикции в качестве оснований возобновления рассмотрения дела в связи с тем, что они прямо не предусмотрены законодательством.

То есть в связи с тем, что по данному вопросу в законодательстве существует пробел, она не может осуществить свои конституционные права, в частности, на судебную защиту.

Конституционный Суд по данному обращению отметил, что гарантией реализации права на судебную защиту и справедливое судебное разбирательство являются доступ граждан к правосудию. В свою очередь, вновь открывшиеся обстоятельства, при наличии которых законодательство устанавливает необходимость возобновления производства по делу об административном правонарушении, дают возможность субъектам права еще раз доказать свою невиновность в совершении того или иного не запрещенного законом действия.

В соответствии с этим Конституционный Суд с учетом обеспечения конституционного принципа гарантии на судебную защиту прав с целью большей законной конкретизации и совершенствования обстоятельств, являющихся основаниями для возобновления производства по делу об административном правонарушении, посчитал целесо-

³ См.: Сборник постановлений Конституционного Суда Республики Таджикистан (1996-2015). — Душанбе: ЭР-граф, 2015.

образным пересмотреть Парламенту и Правительству страны часть 2 статьи 197 Процессуального кодекса об административных правонарушениях.

Другим Постановлением Конституционного Суда Республики Таджикистан на основании ходатайства гражданки Саидовой Н.А. часть 2 статьи 363 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан в части, касающейся того, что не подлежит обжалованию и опротестованию вынесенное в ходе судебного разбирательства определение (постановление) в отношении избрания, изменения или отмены меры пресечения, была признана неконституционной, то есть не соответствующей статьям 5, 14, 18 и 19 Конституции Республики Таджикистан⁴.

При рассмотрении данного дела Конституционный Суд, в частности, отметил, что гарантией судебной защиты, предусмотренной статьями 14 и 19 Конституции, наряду с доступностью правосудия субъектам права также предусмотрена возможность обжалования ими действий государственных должностных лиц на всех судебных стадиях, предусмотренных процессуальным законодательством, поскольку деятельность органов уголовного преследования и судов, в полномочия которых входит осуществление дознания, предварительного следствия и судебного разбирательства, не исключает ошибок.

Конституционным Судом также было отмечено, что любой порядок, который ограничивает права участников уголовного процесса по защите их процессуальных прав и становится преградой для осуществления, в частности, их прав на обжалование судебных актов, считается ограничивающим гарантию на право судебной защиты и на обращение в государственные органы, установленные Конституцией и законами страны.

На основании данного решения Парламентом страны были внесены изменения в часть 2 статьи 363 Уголовно-процессуального кодекса, и норма, ограничивающая право на обжалование и опротестование вынесенного в ходе судебного разбирательства определения (постановления) в отношении избрания, изменения или отмены меры пресечения, была исключена.

В каждом из принятых своих актов Конституционный Суд указывает на устранение норм, противоречащих Конституции, а также на необходимость уточнения и развития законодательных норм для устранения неопределенности в правовом регулировании и обеспечения конституционного смысла применения норм закона.

Дамы и господа!

Состояние конституционной законности как в Республике Таджикис-

⁴ См.: Сборник постановлений Конституционного Суда Республики Таджикистан (1996-2015). — Душанбе: ЭР-граф, 2015.

тан, так и в развитых демократических странах, имеющих органы конституционного контроля, во многом зависит от исполнения решений конституционных судов всеми органами государственной власти, в том числе законодательными и исполнительными, что, в свою очередь, характеризует эффективность деятельности института судебного конституционного контроля в государстве.

Значимость решений Конституционного Суда заключается в совпадении момента принятия решения и вступления его в силу, что повышает практическую значимость решений как экстренных регуляторов общественных отношений до момента принятия закона или внесения в него изменений и дополнений.

Четкое исполнение решений органа конституционного контроля является важнейшим элементом механизма обеспечения конституционной законности в государстве и показывает высокий уровень правовой культуры органов власти и должностных лиц, согласие субъектов обращения в Конституционный Суд с предписаниями Основного Закона страны.

В связи с этим неисполнение решений органов конституционного контроля ставит под сомнение весь механизм реализации Конституции, приводит к колебанию целей, на достижение которых они были направлены, в частности на защиту конституционных прав и свобод человека и гражданина, а также укрепление единого конституционно-правового пространства в государстве.

Следует отметить, что, несмотря на активную направленную на обеспечение конституционности действующей правовой базы деятельность Конституционного Суда и значение решений данного органа в преодолении законодательных пробелов и правовой неопределенности, все еще остается нерешенной проблема, связанная с отсутствием нормативной основы, регулирующей механизм исполнения решений данного органа, что также напрямую или косвенно влияет на повышение эффективности актов Конституционного Суда.

Особой значимостью решений, принимаемых Конституционным Судом в рамках предоставленных ему Конституцией исключительных полномочий по проверке конституционности нормативных правовых актов, предопределяется необходимость их неукоснительного исполнения органами государственной власти и должностными лицами, чем обеспечиваются требования единства конституционно-правового поля республики и недопустимости противопоставления законности и целесообразности.

Конечно, в целом было бы целесообразным достичь более эффективного взаимодействия органов конституционного контроля с иными высшими органами государственной власти в силу их полномочий в части содействия своевременному исполнению решений Конституционного Суда.

Конкретизация во внутренних нормативных актах соответствующих государственных органов процедуры реализации решений Конституционного Суда, а также установление возможных мер персональной ответственности за неисполнение обязанности по обеспечению исполнения решения Конституционного Суда является, таким образом, чрезвычайно важным аспектом проблемы исполнения решений Конституционного Суда.

В целом законодательно провозглашенная обязательность исполнения указанных актов Конституционного Суда не влечет за собой автоматической реализации их предписаний.

Только фактическое исполнение решений Конституционного Суда делает конституционное правосудие реальным и завершенным, для чего требуется законодательное закрепление процедур исполнения данных актов, а также мер государственного принуждения к исполнению актов Конституционного Суда.

Если обратить внимание на роль самого органа конституционного контроля в обеспечении своих актов, то он не имеет для этого собственного принудительного механизма, что, конечно, не присуще такого рода органам. Суд главным образом может влиять на этот процесс ясностью правовых аргументов и выводов, которые обосновывает в своих решениях.

Мировой опыт деятельности органов конституционного контроля показывает, что эффективность исполнения судебных актов зависит от полноты и качества законодательного регулирования вопросов о порядке, сроках исполнения, ответственности за неисполнение актов Конституционного Суда, и, как следствие, неполное законодательное урегулирование данных вопросов не позволяет своевременно обеспечить исполнение актов, принятых Конституционным Судом.

Анализ отечественного законодательства свидетельствует о недостаточности законодательного регулирования вопросов о процедурах исполнения органами государственной власти решений Конституционного Суда, а также об ответственности этих органов и их должностных лиц за неисполнение его актов.

Несвоевременное исполнение решений Конституционного Суда в целом свидетельствует и о наличии пробелов в правовом, в том числе законодательном, регулировании, выражающихся в отсутствии четко прописанных процедур и сроков исполнения, а также мер ответственности за неисполнение либо просрочку исполнения судебных актов, что подрывает авторитет органа конституционного контроля в стране.

Следует также отметить, что все это влечёт за собой возможность длительного неисполнения решений органа конституционного контроля о признании несоответствующими нормативных правовых актов.

В связи с этим, как я неоднократно указывал в своих выступлениях на различных международных и внутригосударственных форумах, считается целесообразным для обеспечения исполнения решений Конституционного Суда наличие законодательно закрепленных процедур исполнения и мер ответственности за неисполнение судебных актов в разумные сроки. В данном случае законодательно установленные меры ответственности будут рассматриваться в качестве необходимых мер государственного принуждения, обеспечивающих исполнение актов данного независимого органа судебной власти.

В конце своего выступления позвольте еще раз поблагодарить всех организаторов данной Конференции и её хозяев – Конституционный Суд Республики Армения за радушный приём и пожелать им дальнейшего развития и процветания, а участникам Конференции дальнейшей плодотворной и успешной работы.

SUMMARY

The author reveals the role and importance of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan in overcoming the legislative gaps and legal uncertainty. The presence of gaps in the law, as well as legal uncertainty in the legal system is an inherent phenomenon of any dynamic legal system arising in the field of public relations regulated by law. If the existence of legislative gaps on the one hand, is linked to the exposure of new social relations not covered by legal regulation, on the other hand, the exposure of gaps in the law is also linked to the subjective reasons, which are expressed in the gaps and shortcomings in the process of law-making, in particular, by not following the rules of legal technology by the legislator. The judges of the constitutional courts have a significant impact on the direction of the legislation and overcoming the legislative gaps and legal uncertainty.

Each act adopted by the Constitutional Court refers to the elimination of norms that contradict the Constitution, as well as the need to clarify and develop legislation for eliminating the uncertainty in the legal regulation and ensuring the constitutional sense of application of the norms of law.



THE UTILITY OF DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF LATVIA IN FILLING LEGISLATIVE GAPS

DAIGA REZEVSKA

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Latvia

In Place of Introduction: This report will combine the perspectives of legal method and practice of the Constitutional Court of the Republic of Latvia (hereinafter referred to as – the Constitutional Court (or – the Court)). The report is based on the natural law legal thinking which is a prevailing legal thinking in a democratic Rule of Law based legal arrangement. The system of laws (which is a part of the legal arrangement) of Latvia consists of both written and unwritten legal norms. Thus, the system of laws is itself complete and gives the just and reasonable answer to any legal issue arising within the given legal arrangement.

[1] All legal methods used in case adjudication in democratic Rule of Law based state in order to reach the just decision in every case are divided in such as:

- 1) *intra legem* (secundum legem) – which is interpretation of the written text of the legal norm;
- 2) *praeter legem* – the method to fill with the content open legal concepts such as general principles of law;
- 3) *extra legem* – which includes analogy and teleological reduction and which stay in the limits set out by the plan of the law; and
- 4) *contra legem* – which means "contrary to the law", "against the law", – further creation of the law which is based on the criteria outside the law – in the general principles of law; though *contra legem*, but *intra ius* – which means that the true legal norm found by the court in the given legal arrangement is contrary to the wording of the positive law, but corresponds to the entire legal arrangement and stays within the *ratio iuris* of the legal arrangement and according to the basic norm proclaimed by the sovereign.

[2] In order to understand in which cases which of the legal methods should be used, it is crucial to understand that a **legal system** consists of legal norms – both written and unwritten legal norms. Legal system itself is an objectively complete. It contains **all** the necessary prescriptions nec-

essary to adjust the existing relationships within the legal framework in a just and reasonable manner. A legal system is complete, because it is deductively derived system.¹ Thus, only an open legal system – a system derived from something as general as general principles of law, and not inductively derived system – from something individual, for example, of the written legal norms, can be total.

By contrast, any written law is objectively deficient – the legislature in accordance with the sovereign's mandate **has to find a true legal norm** that exists in the legal system and legal arrangement governing the ongoing actual cases, and record – to write the provision down, so for the sovereign, which authorized the legislature to fulfil this function, would be easier to organize its life and relations between the sovereign's members.

The legislator's role is to write down the rules which are determined by the standards deriving from general principles of law and in the way that there is a legal system to resolve any possible conflicts that may arise between the sovereign's members. However, such a task for a legislature, of course, is objectively, impartially impossible.

First, because the legislature is a group of people, and it is simple as that – that people can make mistakes. Even more, the written law consists of the text, which consists of words. Each word has several meanings, for example, the word may be in its original (historical origin) meaning or transferred or acquired different meaning over time, or word could be in a broad or narrow sense, or the word can be in conversational or legal meaning. Different thoughts can be expressed by so many words and connections.

Second, the legal relationship between sovereign members are so numerous and dynamic, that constantly brings new relations, which the legislature has not yet had time to regulate by the positive law, but general principles of law arising from the basic norm (one of them – principle of prohibition of judicial obstruction) provides that the court may not refuse to give a ruling, if the written norm does not exist at the moment.

Thus, because of these two above mentioned reasons, there is a judicial power, with responsibilities under the sovereign's authority, using the legal methods (which are also the general principles of law of a democratic Rule of Law state²) to correct the legislature's mistakes and find legal norms of existing legal system and to settle the case without waiting for the legislature to adopt written rules during the long legislative process. In the case of legislature's error, taking into account the principle of separation of powers and check and balancing, the obligation of the judge **is to correct the written provision using the legal methods** (for example, using the

¹ N. Vīzarājs: Jēdzienu jurisprudence (Jurisprudence of Legal Terms). Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, 1937, nr.1

² In details on the meaning, types and application of general principles of law see: D. Rezevska: Vispārējo tiesību principu nozīme un piemērošana (Meaning and Application of the General Principles of Law). 2. papild. izd. Rīga: D.Rezevskas izd., 2015.

analogy, the teleological reduction) expanding or narrowing down the wording of the written provision according to the legislature's will and the *ratio legis* of the legal norm.³

[3] The Constitutional Court, in realising the constitutional control function, is performing an examination of regulatory enactments. Upon detecting nonconformity of a written legal norm subject to constitutional control to the Constitution, the Constitutional Court recognises the contested provision as inconsistent with the Constitution and therefore – null and void. Thus, the Constitutional Court, which is an institution of the judicial branch,⁴ “excludes” the legal provision from normative regulation and thus encroaches upon the legislative function. This establishes the dual character of the role of the Constitutional Court in the legal arrangement. On the one hand, institutionally, the Constitutional Court belongs to the judicial power, but functionally – it, using legal methods, insinuates into the legislative power by correcting the written legal norms according to the basic norm.

When considering the jurisdiction of constitutional courts, the concept of “negative legislator” developed by *Hans Kelsen* is based on the opinion that a constitutional court complements the parliament in implementing the constitutional legislative function. Meanwhile, in practice, the constitutional court often encroaches upon the competence of the constitutional legislator, when deciding matters of constitutional law for the legislator.⁵ It can be explained with the fact that nowadays, the role of constitutional courts and their place in a democratic Rule of Law based state, and the complex nature of the cases to be settled therein, divert them from the classic model of a constitutional court as proposed by *Kelsen*. Over time, the constitutional courts through expressing activity, often from “a negative legislator” turn into “a positive legislator”,⁶ thus generating discussions about the place of a constitutional court in the mechanism of separation of powers.

³ For example, the sovereign was clearly intended to require the legislature to determine that, if the person donates blood in the Blood Center, and it is found that the donor's blood contains a deadly virus, then the Blood Center communicates this information to the donor, as determined by such general principles of law as the right to health and the right to life. However, the legislature did not write down such a provision in any written legislative act, therefore the court had to find that provision in another unwritten normative level (see: LETA, October 12, 2004). Or another example: the sovereign was clearly intended that the legislature provides for the possibility of child who was born at home (not in hospital) to be registered by state institutions in order legally get name, surname, identification code, social benefits etc. But the legislature again failed to regulate such case, and the court had to find an unwritten rule which states that every child has the right to a name, ID number, benefits, etc. as it is clear from the general principle of priority of child's rights.

⁴ Pursuant to Section 1 of the Constitutional Court Law, the Constitutional Court is an independent judicial authority, which adjudicates matters within the framework of jurisdiction established in the Constitution and the Constitutional Court Law.

⁵ J. Pleps: *Satversmes iztulkošanas konstitucionāli tiesiskie un metodoloģiskie problēmjaudājumi* (Issues of Constitutional and Methodological Aspects of Interpretation of Constitution). Promocijas darbs Latvijas Universitātē. Rīga, 2010. 192. lpp. Available: https://luis.lanet.lv/pls/pub/luj.fprmt?l=1&fn=F130724837/Janis_Pleps_2010.pdf

⁶ E. Smith: *Constitutional Courts as “Positive Legislators”*. Available: http://folk.uio.no/giudittm/IACL_10_Courts%20as%20positive%20legislators.pdf

[4] It has to be noted, that separation of power in its modern development does not mean that the branches are completely separated, but that mutual controlling and limiting should exist between them.⁷ Generally only a judge's independence from executive interference is strictly protected. Furthermore, judiciary by interpreting and filling gaps of the written legal norms **takes the part in correcting and completing the meaning of law**. Thus, the judiciary is also inevitably participating in the legislation.⁸

[5] Taking into account the above mentioned, three situations can be distinguished, how the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Latvia serve for the purpose of utility of filling the legislative gaps, and namely:

1) by giving a powerful guide and delegation to the courts of general jurisdiction to apply legal methods in order to overcome the legal gaps un thus reaching the just and reasonable answer to each case according to the general principles of law and the basic norm of democratic Rule of Law based state;

2) by using the method *extra legem* – reviewing the applications where the contested norms have legal gaps in **so far as they do not provide** for some necessary regulation;

3) by using the method **contra legem** – declaring the contested norms null and void and giving the guidelines to the legislator on how to fill the gaps which arise after the Court's judgment.

[6] As for the first of the above mentioned situations, it is a judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of January 4, 2005, case no. 2004–16–01⁹ which could be regarded as a general authorization for the courts of the general jurisdiction to apply legal methods in adjudication of cases. It says: "Application of legal norms, which comply with the *Satversme*, includes finding the applicable legal norm and adequately interpreting it; assessment of inter–temporal and hierarchic applicability, use of appropriate judicature as well as **further development of the law** [bolded by the Author]." By this statement the Constitutional Court once more announced the permission to the courts of general jurisdiction that in the democratic Rule of Law based legal arrangement they are free to apply all legal methods to reach just decision. In fact, only application of

⁷ H.J. Vildbergs, G. Feldhūne: *Atsauces Satversmei: mācību līdzeklis* (References to the Constitution: Teaching Aid). Rīga: Latvijas Universitāte, 2003, 4. lpp.

⁸ J. Neimanis: *Tiesību tālākveidošana* (Further Creation of Law). Rīga: Latvijas Vēstnesis, 2006, 74. lpp.; R. Cipeliuss: *Vispārējā mācība par valsti* (General Theory on State). Rīga: AGB, 1998, 224. lpp.; on the separation of the law and justice and the courts role in finding just and reasoned decision see also: BVerfGE 34, 269/286 ff.; H.J. Vildbergs, K. Messeršmits, L. Niedre: *Pilsonis tiesiskā valstī. Vācu konstitucionālo un administratīvo tiesību pamati* (Citizen in a Rule of Law Based State. The Basics of German Constitutional and Administrative Law). Rīga: EuroFaculty, 2004, 80.-81. lpp.

⁹ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of January 4, 2005, case no. 2004-16-01, para. 17. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2004-16-01_Spriedums_ENG.pdf

contra legem stays still as a prerogative of the Constitutional Court which the only one can pronounce the illegitimate written legal norm null and void.

[7] On the second situation. In 2005 when the book on the meaning and application of general principles of law by the Author of this article was published, amongst other it included conclusion that the Constitutional Court of the Republic of Latvia should review the cases on the gaps in the legal texts which could lead to the violation of the basic rights provided by the Constitution. At that time the Author received a strong critique from the judges of the Court of that time. The approach of the Court then was that according to the written legal norms of the Constitutional Court Law which state the competence, the Court could review only the compliance of the existing written legal norm with the norm of higher legal force. However, just some three years later the Court started to change its practice, accepting the applications where the applicants argued that the written legal norm "in so far as it does not provide" something is limiting their basic rights.

Here are two interesting and noticeable examples from the Court's practice in this regard.

First, is the Constitutional Court's judgment in the case No. 2010-50-03¹⁰ "On Compliance of Annex I to the Cabinet of Ministers Regulation of 30 May 2006 No. 423 "Internal Rules of Procedure of an Institution for Deprivation of Liberty", **Insofar it Does not Envisage Possession of Religious Objects** [bolded by the Author], with Article 99 of the *Satversme* of the Republic of Latvia."

Article 99 of the Constitution provides among the rest things that everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion.

The Cabinet of Ministers Regulations regulated objects and foodstuffs that a prisoner had the right to keep. Religious objects were not included in them; therefore keeping of them was prohibited. The applicant indicated that the contested norm infringes his right to freedom of religion, basically arguing on the basis of the analogy (*extra legem*) which should be applied in this regard.

The Constitutional Court indicated that the contested norm restricted the freedom of religion. The Court recognized that neither the Cabinet of Ministers, nor the Latvian Prison Administration had substantiated the fact that religious objects could cause greater threat to security of the society if compared to those objects, keeping of which was allowed.

The Constitutional Court recognized the contested norm as **non-compliant with Article 99 of the Constitution**. The Court indicated that the Cabinet

¹⁰ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of March 18, 2011, case no. 2010-50-03. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2010-50-03_Spriedums_ENG.pdf

of Ministers was committed to establishing common principles for administration of a prison to be able to allow or to prohibit prisoners keeping religious objects based on individual circumstances of each person.

Second example, is from the case No. 2011-16-01¹¹ "On Compliance of Section 62 (1) of Insolvency Law and Section 363.2 (2) of Civil Procedure Law, **Insofar as It Fails to Establish** [bolded by the Author] the Right of the Court to Release Persons from Deposit Payment, with Article 92 of the *Satversme* of the Republic of Latvia", where the Court stated that the right of a person to a fair trial shall be executed irrespective of financial status of a person.

The contested norms provided as the pre-condition for the employees to submit an application for insolvency proceedings of a legal person – their employer, the payment of a deposit in the amount of two minimum monthly salaries. When the Applicant asked the court of general jurisdiction to release them from payment of the deposit by indicating that they did not have necessary means at their disposal, this request was rejected on the basis that the contested norms did not provide for such an option.

The Applicant indicated that the duty to pay the deposit when submitting an application for insolvency procedure established in the contested norms shall be regarded as a restriction of the right of persons to freely access to courts. Moreover, without establishing a possibility to release an applicant from payment of the deposit or to reduce its amount, the right of persons to a free access to the court is restricted in a non-proportional way.

The Constitutional Court concluded that the solution selected by the legislator shall not be regarded as the most lenient measure of restriction of the fundamental rights. The Court indicated that, when selecting a most lenient measure possible, it is necessary to take into account the fact that the duty of making different payments as a restriction of the right of persons to a free access to courts is permitted only in case if it does not constitute an obstacle and prohibits exercising the fundamental right to a free access to the court, but neither the Insolvency Law, nor the Civil Procedure Law envisages reduction of the amount of the deposit or release of persons from payment of the deposit.

When adopting the contested norms, the legislator has failed to properly evaluate protection of rights of employees and to assure that the right to a free access to courts would be exercised irrespective of financial status of a person. Thus, the Constitutional Court concluded that the contested norms are not compatible with the principle of proportionality and recognized that they contradict with the first sentence of Article 92 of the *Satversme*.

¹¹ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of April 20, 2012, case no. 2011-16-01. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2011-16-01_Spriedums_ENG.pdf

[8] The third situation. Opinions of the Constitutional Court are formulated in a certain procedural form – in a judgment, which is binding on the Constitutional Court itself and on the legislator. If non-conformity of the contested provision to the Constitution is found, the Court by applying *contra legem* method recognises such provision as null and void. Constitutional Court opinions expressed this way are generally binding and it is the legislator's duty to take them into account. The legislator must avoid their prior errors to which the Constitutional Court has drawn attention, thereby improving also the quality of normative regulation.

Exclusion of the contested provision from normative regulation can lead to various consequences. It can improve the legal regulation, but also a situation can be formed, which is even worse than the previous regulation (contested provision), because there is no regulation whatsoever. Therefore, the Constitutional Court in its judgments carefully evaluates the consequences, which can be caused by the annulment of the provision.¹² Thus, the Court in its practice has applied various methods in solving such situations:

1) when annulling a provision, the Court points to the regulation applicable in legal relations:

a) by directly applying a legal provision of a higher legal effect;

*"When determining the moment at which the challenged norm loses its validity, the Court takes into consideration that –when reviewing a certain case and resolving the issue on the chosen by the person representative in the civil procedure, the courts of general jurisdiction on the basis of Section 84 of the CPL and the conclusions expressed above **may directly apply Article 92 of the Satversme** [bolded by the Author]."*¹³

b) by applying the anti-constitutional provision until amendments are made, all the while bearing in mind the Constitution and the opinions voiced in the judgment;

"In accordance with Section 32, Paragraph 3 of the Constitutional Court Law legal norms, which the Constitutional Court has declared as un-conformable with the legal norms of higher force, shall be regarded as null and void as of the day of publishing the Constitutional Court Judgment, unless the Constitutional Court has ruled otherwise. 35.1. As the system of permits, determined in the Assemblage Law does not comply with Section 103 of the Satversme and as the Law does not regulate the procedure of realization of freedom of spontaneous assembly the Constitutional Court holds that for elimination of the above defects a term till June 1, 2007 shall be determined. 58 35.2. In order not to create

¹² Compare: A. Spale: Role of the Constitutional Court in Improving the Quality of Regulatory Enactments. Available: http://www.lu.lv/fileadmin/user_upload/lu_portal/apgads/PDF/Book_LU-JF_konference-2012.pdf

¹³ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of November 6, 2003, case no. 2003-10-01, para. 7. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2003-10-01_Spriedums_ENG.pdf.pdf

for persons violation of fundamental rights determined in the Satversme by application of the norms of the Assemblage Law till June 1, 2007, the institutions of State Administration and courts **shall apply the above norms in accordance with Section 103 of the Satversme and international legal norms binding on Latvia** [bolded by the Author]."¹⁴

c) by applying a previously existing regulation;

"Simultaneously the Constitutional Court holds that the rights of those military persons, who during the period from the day of the Military Persons' Term of Service Pension Law taking effect till the day of Regulations No. 272 taking effect – i.e. August 19, 2000- decided to continue their military service, relying on the fact that term of service pensions for that time shall be calculated from the whole amount of remuneration, have to be ensured. To ensure the protection of the rights of these persons and give them the possibility to receive adequately calculated service pensions, the impugned norms shall be declared as null and void from the moment of their issuance regarding those retired military persons to whom – when calculating term of service pensions the time till the moment of Regulations 272 taking effect, calculation of the term of service pensions for this time is taken into consideration.

*13. If it is necessary and possible, the Constitutional Court in the operative part of the Judgment may declare that legal norms, that have been amended by such an impugned act, which the Constitutional Court has recognized as unconfirmable with the legal norms of higher legal force, **recover their legal force** [bolded by the Author] (sk. Satversmes tiesas sprieduma lietā Nr. 2005-12-0103 25. punktu//see the Constitutional Court Judgment in case No. 2005-12-0103, Item 25)."¹⁵*

2) the Court sets a date, by which the provision continues being effective, thus giving time for the legislator to adopt regulation conformant to the Constitution;

"The Constitutional Court law authorises the Court to rule on ensuring the enforcement of the judgement, i.e., to define the legal consequences of its Judgements. Simultaneously, the Law not only authorises the Constitutional Court, but also imposes responsibility to ensure that its judgements would ensure legal stability and certainty in social reality (see, for example, Judgement of 21 December 2009 by the Constitutional Court in Case No. 2009-43-01, Para 35.1, and Judgement of 3 November 2011 in Case No. 2011-05-01, Para 24).

¹⁴ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of November 23, 2006, case no. 2006-03-0106, para. 35.2. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2006-03-0106_Spriedums_ENG.pdf.pdf

¹⁵ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of January 4, 2007, case no. 2006-13-0103, para. 12, 13. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2006-13-0103_Spriedums_ENG.pdf%20(1).pdf

The Constitutional Court has noted in its judgements on how to reach an outcome compatible with the Satversme when dealing with legal situations before new legal regulation has been drafted and adopted. One of the solutions is that the state institutions and courts must apply the legal norm, applying to it, by analogy, another regulation (see, for example, Judgement of 6 June 2012 by the Constitutional Court in Case No. 2011-21-01, Para 13).

In the case under review the Constitutional Court draws attention to the fact that before the new regulation is adopted it is possible, by analogy, to apply the formula for calculating disability pension envisaged in Section 16(1) of the Pension Law in cases, when the amount of disability pensions calculated by this method would exceed the amount calculated by applying the contested norm [bolded by the Author].¹⁶

3) the Court sets a date, on which the provision is to become null and void, if a certain condition is not met (what are known as conditional judgements).

*"To declare Article 271 as unconfornable with Article 100 of the Republic of Latvia Satversme (Constitution) and null and void as of February 1, 2004, if up to that time the legislator has not [bolded by the Author] specified the range of officials, who – for performing the duties assigned to them – need the protection of the Criminal Law."*¹⁷

In Conclusion: The requirement on the need of legal regulation or even specific contents thereof can be derived from the basic norm and general principles of law respectively, as well as the regulatory enactments of higher legal force and is not restricted solely with the legislator's will. Therefore, the Constitutional Court exercises its right to impose an obligation in amending or adopting a legal provision within the framework of constitutional control – the Constitutional Court declares the contested legal norm null and void – *contra legem*, but always staying *intra ius*.

¹⁶ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of January 31, 2013, case no. 2012-09-01, para. 16.3. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2012-09-01_Spriedums_ENG.pdf%20(1).pdf

¹⁷ Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia of October 29, 2003, case no. 2003-05-01, Operative Part. Available: file:///C:/Users/LU%20JF/Downloads/2003-05-01_Spriedums_ENG.pdf.pdf

РЕЗЮМЕ

Доклад основан на идее естественного права, которая является преобладающей в демократическом государстве, основанном на принципе верховенства права.

Система законов в Латвии состоит из писаных и неписаных правовых норм.

Можно выделить три ситуации, когда решения Конституционного Суда Латвийской Республики служат целям восполнения пробелов в законодательстве: поручение судам общей юрисдикции применить правовые методы для преодоления правовых пробелов; использование метода *extra legem* (рассмотрение обращения, в котором оспариваемые нормы имеют правовые пробелы, так как не обеспечивают необходимое регулирование) и использование метода *contra legem* (признание оспариваемых норм недействительными и дача указаний законодателю по восполнению пробелов).

Таким образом, Конституционный Суд в рамках конституционного контроля осуществляет свое право наложения обязательства по изменению правового положения или принятия нового.



THE CONCEPT OF UNCONSTITUTIONAL LEGAL GAPS AS DEVELOPED IN THE JURISPRUDENCE OF THE SLOVENE CONSTITUTIONAL COURT

JAN ZOBEC

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia

1) What are Legal Gaps

a) In General

Social relations are in their origin free, autonomous, and spontaneous. Therefore, although the law also (co)creates social relations, it also follows their changes and development and adapts thereto. The legislature thus has not only the authorisation but also the duty to change legislation if the changes in society so require.¹ Social relations entail the independent variable, the law is the response variable. Or, to put it differently, one of the principles of the state governed by the rule of law is also the principle that the law shall adapt to social changes,² which applies both to the legislature and the judiciary.³ However, such does not apply to all social relations. The law never encompasses and cannot encompass all social relations in their entirety. A significant part thereof is left to the people and their free functioning; the law does not reach there. The question that can be raised in this respect is whether the entire field of unregulated and uncontrolled social relations that is left to social spontaneity, i.e. social freedom, is nothing but one big legal gap.

The answer is, of course, negative. But only conditionally. The object of a legal gap are namely those social relations that are not regulated by general and abstract rules, but only if they are so important that they must be legally regulated.⁴ That which lies beyond is left to the spontaneity of people and their free, unregulated functioning. Hence, all depends on the

¹ As the Constitutional Court held in Decision No. U-I-239/14, Up-1169/12, dated 26 March 2015.

² Cf. Decisions of the Constitutional Court No. U-I-69/03, dated 20 October 2005, No. U-I-74/15, dated 17 March 2016, No. U-I-186/12, dated 18 March 2013, and many others.

³ Cf. Decision No. Up-164/15, dated 17 March 2016. The principle that, in judicial proceedings, the law shall adapt to social circumstances means that the right to the equal protection of rights as determined by Article 22 of the Constitution does not entail and must not entail the requirement that the case law should not change through time, and it also does not entail the requirement that the law does not change (as the Constitutional Court stated in Decision No. Up-688/05, dated 7 June 2007, Official Gazette RS, No. 55/07, and OdlUS XVI, 89; and Orders No. Up-203/01, dated 25 April 2002, and No. Up-313/01, dated 25 April 2002).

⁴ Pavčnik, *Teorija prava* [Theory of Law], GV Založba, Ljubljana 2015, p. 304.

nature and the significance of social relations. Certain relations – emotional relations, for instance – cannot be legally regulated due to their very nature; the law can only regulate the outward physical conduct of legal addressees. Relations that the law can actually reach must be tangible and physically perceptible in the outer world. This is the first condition. The second condition is imperative. Relations that carry a conflict of interest in them require to be regulated by law. Equally holds true when predictability and reliability in social relations require that the rights and obligations of participants be legally regulated in a clear and precise, predictable, and reliable manner, and in advance. Essentially, both situations have the same basis, one that gives rise to the need of a legal regulation. This need is the prevention of conflicts and disputes, which may endanger social harmony, security, and, ultimately, even the fundamental human rights.⁵ When people speak of the imperative nature, it is of course the imperative nature of the law that they have in mind, or, more precisely, the imperative nature of the constitution. The imperative nature of politics, i.e. reasonableness in fact, concerns the legislature's policy and its assessment whether certain social relations should even be regulated.

b) Unconstitutional Legal Gaps

At this point we encounter the central question of this topic. What if the lawmaker fails to fulfil its duty? The answer to this question is obvious. In such an event, there is a legal gap. Hence, legally unregulated social relations that are so important that they should be regulated entail legal gaps. The question is, however, who carries out the assessment of the significance of such legally unregulated relations. First of all, it is the courts, acting as miniature constitutional courts.⁶ They must first find a legal gap and remedy it if there truly exists one. In doing so, they seek a balance between competing constitutional values, using techniques of legal argumentation. When due to the protection of legal predictability, trust in the law, and respect for the separation of power the legal gap cannot be remedied, then comes the turn of the Constitutional Court. But only if constitutional reasons require that the legislature adopt a statutory regulation that would expressly regulate the concrete situation at issue as well. In such an event, there is an unconstitutional legal gap. Since it cannot be remedied without jeopardising legal certainty, trust in the law, or the separation of powers, all of which are constitutional values, one can say that this is a true legal gap.

⁵ Pavčnik, pp. 233, 305.

⁶ Expression belongs to Michal Bobek. See, M. Bobek, Quantity or Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe, in: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 57 (2009), No. 1, p. 59.

2) How to Recognise a Legal Gap

A legal gap can be recognised on the basis of the following: (i) the formal source of law does not regulate a certain social relation or a certain social situation; (ii) this relation or situation is such that the reason of preventing social conflicts and the reasons of social predictability, reliability, and stability require that the matter be regulated by law. The relation is namely so important that it cannot be left to the spontaneity and the free will of the participants without risking that social harmony, stability, human rights, and the fulfilment of international obligations could be jeopardised. The question of who and in what manner remedies the crisis of the legal gap is not relevant in order to recognise one. It can be a court, or it can only be the Constitutional Court. The first case concerns a standard (classical) legal gap, i.e. a gap in a legal regulation, which is in fact virtual (because it can be remedied). Since it is remediable, it is not a gap in the law. The law namely includes principles and rules (which are, naturally, a component part thereof) that determine how to remedy these gaps in regulations. The second case concerns an unconstitutional legal gap, i.e. a gap in the law. Such a legal gap can – in fact, *may* – only be remedied by the legislature.

3) Do Legal Gaps Actually Exist?

The position in accordance with which there are no gaps in the legal order denies the existence of unconstitutional legal gaps. The position that there are no legal gaps is based on the starting point that, in the moment when a judge decides in a concrete case, it is always possible for him or her to apply this legal order. It is logically unacceptable that the legal order does not contain a certain solution. It always contains one. Objective law namely determines at least that that whenever the defendant is not the bearer of a certain obligation, the judge must dismiss the plaintiff's claim. In such an instance, the judge will namely use the negative rule and establish on its basis that the legal order does not give the plaintiff legal protection. This is Kelsen's position, in accordance with which it is not that the application of the law actually in force would not be possible in the event of legal gaps but simply that, in the view of the advocates of legal gaps, the application of the law in force is "legally and politically inappropriate."⁷

At first sight, Kelsen was right. He saw a "typical ideological pattern" in legal gaps, which could be misused. The question of legal and political appropriateness is reserved for the legislature. What shall be the subject of legal regulation and the manner in which such subject shall be regulated is a matter of political consideration of the highest legislative representative body par excellence. It is true – the free, legally unregulated, field

⁷ H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (transl. A. Wedberg), Harvard University Press, Cambridge 1945, pp. 146–149.

starts at the point where formal sources of law end. However, the question of how to interpret the formal sources of law is immediately raised, as well as whether they perhaps extend beyond the hyper-positivistic, strictly textual, legal viewpoint.

The question (which is, naturally, merely rhetorical today) is also what role the constitution plays therein, in particular as regards the interpretation of the formal sources of law. The constitution is namely of key importance in this context. Kelsen's position would still be acceptable if the judge does not ask about the constitutional conformity of the results of his or her, say, mechanical or strictly formal "application" of the law, i.e. about the conformity with the constitution of the result which the law, applied in such manner, leads to. The consequence of such application (not interpretation) is a decision that could be unconstitutional. This must be assessed by means of Schumann formula and the following question must be asked: Would it be in conformity with the constitution if the legislature prescribed (even a negative legal regulation can be expressed in a positive manner) that concrete situations must be resolved in the manner they were resolved, and then justified such a solution by the absence of the regulation in the positive law that would apply to such concrete situations?⁸ If the answer is negative, it is obvious that the unconstitutionality lies in the fact that a certain relation was not legally regulated by law, although the constitution requires legal regulation that goes, as a general rule, in a certain determined (constitutionally consistent) direction. In other words, there is an unconstitutional legal gap in such instances.

If, for instance, the law does not envisage awarding damages for violating the right to a trial within a reasonable time, and the claim for damages will therefore be dismissed, such decision will, in fact, be in conformity with the law (because the law does not regulate awarding damages in the event of a violation of this constitutional right, it follows therefrom *a contrario* that it also does not recognise it). However, the result of the legally and logically correct conclusion is contrary to the constitutional guarantee of a trial without undue delay (Article 23 of the Constitution). Despite the fact that the violation of the right to a trial without undue delay has ceased (for instance, because the court, after ten years of litigation, finally decided on the claim with finality), the party will remain deprived. In such instances, when the violation of this right has ceased, its protection can only be ensured by means of damages. If the law does not provide for the protection of this right in the form of damages, such entails an unconstitutional legal gap – in reality, it entails the opposite rule, in conformity with which there is no right to damages.

The judge, bound by the Constitution and hence acting as a constitutional court judge, would then have to fill in the unconstitutional legal gap by

⁸ Cf. M. Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Pruefung gerichtlicher Entscheidung, C. H. Mueller, Heidelberg 1991, p. 74.

a constitutionally consistent interpretation, using the methods of interpretation as they have developed in the legal science. Where this would not be possible (because it would be contrary to the constitutional principles of legal certainty, trust in the law, predictability, or the separation of powers), he or she would have to inform the Constitutional Court of the legislature's failure and request the review of constitutionality in the concrete case.

Kelsen's position is understandable. It is namely consistent with his concept of the constitutional court as the negative legislature. In his view, the constitutional court is not competent to consider claims concerning existing legal gaps, namely on the grounds that its sole competence is to deal with laws that are already adopted. If a law or a provision thereof is found to be unconstitutional, the task of the constitutional court is not to adopt a declaratory decision announcing that that law or a certain provision thereof is unconstitutional but to abrogate it – an unconstitutional piece of legislation should namely be eliminated. Declaratory decisions on findings of unconstitutionality, discovering unconstitutional legal gaps, and their provisory filling are incompatible with Kelsen's concept of the constitutional court as the negative legislature.

Hence, Kelsen advocated the position that there are no legal gaps in the legal order. I dare to claim that, from a certain point of view, his position is correct. It is correct as regards standard, classical legal gaps. They are namely self-evident and a necessary element that accompanies the law, to not say that they are an inherent part of the law. Positive regulations (the objective law) are never, by their very nature, absolutely precise and exhaustive; they are never perfect, they are not omnipotent, and they never expressly, semantically, encompass the unrepeatable, uncapturable, and unpredictable reality of life.⁹ Not only is life always smarter than man and his imagination, due to which the objective law as a man-made product cannot grasp all real life situations, there is also a dichotomy between what is abstract and concrete, namely a problem of Cartesian dualism. Furthermore, there is also a time paradox of law. In fact, the objective law was created in the past in order to regulate relations in the future. The eternal and unavoidable imperfection of legal regulations forms also the basis of that principle of the state governed by the rule of law that requires the law to adapt to social changes. Therefore, the normative power of actual facts, which sometimes burst into a revolt against the imposed (positive) law, has priority over the consistent determination of legal rules in advance.¹⁰

Classical legal gaps are therefore necessary and self-evident elements that accompany the law, while their filling lies at the core of the judge's interpretation of legal regulations and the application of the law. Hence, gaps

⁹ In German legal theory, they talk about "planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts." See C. W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken in Gesetz*, 2nd Edition, Berlin 1983, p. 198; F. Müller, R. Chrstensen, *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlin 2013, pp. 393–395.

¹⁰ Pavčnik, p. 308.

that are filled by the courts are not legal gaps; actually, they are merely virtual legal gaps. At most, they can be **gaps in positive regulations**, i. e. **gaps in just one of the sources of law**. But they are **not gaps in the law**. Only unconstitutional legal gaps are true legal gaps. These are those gaps where constitutional reasons require the adoption of a statutory regulation that will expressly and directly regulate, *inter alia*, the concrete situation at issue and, at the same time, these gaps cannot be filled by a constitutionally consistent interpretation – because otherwise the judge would violate trust in the law, the separation of powers, or the prohibition of retroactivity, all of which are constitutional values. Such a “constitutionally consistent” interpretation would then be unconstitutional. Or, in other words, even constitutional consistent interpretation must be constitutionally sustainable.

4) Filling Legal Gaps

a) *The Analogy*

The classical, i.e. virtual, legal gaps entail an imperfection in the legal regulation; they manifest as a gap in the implementation of the legal design. They are illustrated by the metaphor of “a gap similar to one that yawns in the walls of a house, which was built based on a construction plan.”¹¹ They are filled with the legislature’s direct and clear permission, which in fact entails a legal technique of regulating “internal” gaps that the legislature envisaged in advance (*analogia intra legem*); by a statutory analogy (*analogia legis*); or by a legal analogy (*analogia iuris*). In all instances, the judge must proceed from the legislature’s design and find on the basis thereof where such design is imperfect and to what extent. Then, he or she must fill any imperfection by giving it substance that is consistent with the design, which means that it is in accordance with the legal rules and principles applied by the architect of the design at issue. What the judge does is that he or she merely carries out the plan that was envisioned by the legislature, and he or she is guided by the principle of legal equality in this process. The argument of analogy has namely a deep constitutional justification – and an imperative as well: equal situations must be treated equally. Therefore, situations that are not directly regulated by positive regulations must also be treated equally to the situations that are expressly regulated, provided that their key characteristics match.

b) *Filling of Gaps in Lieu of the Legislature*

The question is how to act where there is no such support in the law. In such an instance, the judge must find support in the criteria that have a wider meaning. These are the criteria that are embedded in individual units of law, legal branches, legal fields, and the legal system as a whole. When the judge proceeds in such a manner, he or she carries out the work that lies in the

¹¹ *Ibidem*.

legislature's domain in European continental legal systems. The school of interest jurisprudence teaches us that the judge is "merely" the legislature's assistant who must fully comply with its value-based judgments. Only where the law fails to offer the judge the value-based foundation as to how he or she should act can the judge him- or herself subsidiarily adopt a value-based decision, but again, only as if he or she were the legislature in front of whom there were an indeterminate number of situations of the same kind.

This legacy is preserved in the Swiss Civil Code, which determines in the second paragraph of Article 1 as follows: "In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the rule that it would make as legislator." The following paragraph then reads as follows: "In doing so, the court shall follow established doctrine and case law." Hence, the judge acts in lieu of the legislature and in accordance with the rule that he or she would make as the legislature. The Slovene law also follows such, say, modern logic. Inspired by the Swiss solution the Article 3 of the Courts Act resolves the issue of legal gaps and their filling as follows: "(1) In the performance of his or her judicial office, a judge shall be bound by the Constitution and the law. In accordance with the Constitution, the judge shall also be bound by the general principles of international law and by ratified and published treaties. (2) If a civil case cannot be solved on the basis of the regulations in force, the judge shall take into account the regulations that regulate similar situations. If the solution of the matter nevertheless remains legally doubtful, the judge shall decide in accordance with the general legal principles in the state. In doing so, the judge shall act in accordance with the legal tradition and the established realisations of the legal science. (3) The judge shall always act as if there were an indeterminate number of situations of the same kind in front of him or her."

It is worth to be mentioned that the active and law-creating role of Swiss judiciary in filling legal gaps in lieu of legislature stems back to Swiss model of popular democracy through referendum. Due to an emphasis on such a direct democracy the Swiss Constitution precludes the courts from reviewing acts of the Federal Parliament, unless such review is specifically provided for by statute. Instead the courts are overcoming legal gaps as envisaged in the Art. 1. of the Swiss Civil Code. The Courts also, where possible, construe statutes so as not to create a conflict with the Constitution. The borrowing from the Swiss model of overcoming legal gaps thus seems as it doesn't fit perfectly to the Slovenian legal landscape with the Constitutional Court, empowered to remedy unconstitutional legal gaps by adopting declaratory decisions discovering and announcing unconstitutional legal gaps and ordering legislature to carry out its positive constitutional obligations.

However, when the judge fills a legal gap and acts on the basis of a statutory (not constitutional) authorisation, in place of the legislature as if he or she were the legislature, he or she must be careful and must act with sen-

sitivity to strike a constitutional balance. In seeking such balance, the judge must throughout take into account the above-mentioned principles of a state governed by the rule of law, namely the legal certainty, trust in the law, and the separation of powers. Also the mentioned provision of Article 3 of the Courts Act, albeit inspired by the realisations of interest jurisprudence and of a moderate branch of the school of free law (the representatives of which were Eugen Ehrlich and Hermann Kantorowicz), requires a constitutionally consistent interpretation and striking the right balance between different constitutional values.

c) *Argument A Contrario*

Argument a contrario is not a method for filling legal gaps. At best, it is a method for detecting them. In accordance with the principle of legal diversity, which is merely the flip side of the constitutional principle of equality, it namely requires that significantly different situations must be treated differently. However, it does not prescribe how such situations should be treated. *Argument a contrario* offers four possible answers: the situation at issue (i) does not entail a legal gap but a (constitutionally consistent) legal regulation to the contrary;¹² (ii) does not entail a legal gap because the legislature consciously decided that concrete situations of such kind shall not be subject to legal regulation;¹³ (iii) entails an unconstitutionality in a legal regulation to the contrary;¹⁴ or (iv) entails an unconstitutional legal gap

¹² Cf. Order No. U-I-144/95, dated 20 May 1999, which states, *inter alia*, the following: “The Courts Act and the Court Rules determine that advisors (and other court personnel) may only assume functions at the court or perform other activities if they are compatible with the independence and reputation of the court. The President of the court decides on the compatibility thereof, and legal remedies are provided against his or her decision. The mentioned restriction follows from the character of the work of the judiciary and does not entail a violation of Articles 2, 35, 49, or 74 of the Constitution, because the constitutional principle of proportionality is satisfied in this regard. Furthermore, such a restriction does not entail a violation of the freedom of science and the arts, because, by the nature of the matter, these activities or functions cannot possibly damage the reputation of the court or cast doubt on its independence. In light of such assessment, there is also no unconstitutional legal gap because of the fact that the challenged Courts Act does not provide for any particular compensation (supplements) for court advisors and other court personnel, as this is namely due precisely to the mentioned restriction.”

¹³ Cf. Order No. U-I-149/01, dated 3 October 2002, which reads as follows: “It is [...] manifest that the fact that the Detective Activity Act does not provide for the right of detectives to pecuniary remuneration does not constitute an unconstitutional legal gap, because the legislature left the remuneration of detectives to be determined within the framework of the contractual regulation of mutual relations.”

¹⁴ An example of an unconstitutional legal regulation to the contrary can be found in Decision No. U-I-207/08, Up-2168/08, dated 18 March 2010, by which the Constitutional Court established that the transitional provision of the Protection of the Right to a Trial Without Undue Delay Act (hereinafter referred to as the PRTWUDA) that did not ensure a certain category of injured parties, whose right to a trial without undue delay was violated, protection equal to that offered to the other categories of injured parties, was unconstitutional. The Constitutional Court stated, *inter alia*: “Since the legislature purposefully introduced a *numerus clausus* of the forms of non-material damage for which monetary compensation can be claimed, the rules of liability for damage due to an interference with a personal right cannot be applied even by way of an analogy, according to the Supreme Court’s assessment. The mentioned position is already established in the case law of the Supreme Court and is also observed by lower courts. Hence, it transpired that the legislature’s projection that the case law would fill the legal gap was erroneous... The transitional provision of the PRTWUDA at issue therefore contained an unplanned unconstitutional legal gap. Parties, the petitioner being one of them, are namely in practice not ensured effective judicial protection of the right to a trial without undue delay.” Another example of a legal regulation to the contrary is provided by Decision No. U-I-48/94, dated 25 May 1995, where the following is stated: “It entails an unconstitutional legal gap because the Military Service Act does not enable either soldiers in the military service or army conscripts who have already completed military service to also conscientiously object.” Also Decision No. U-I-8/00, dated 10 May 2000, provides such an example.

because constitutional reasons require the concrete situations to which the gap refers to be legally regulated.¹⁵

5) Unconstitutional Legal Gaps

a) In General

Unconstitutional legal gaps (i.e. the legislature's unconstitutional failures to fulfil its duty) are characterised by two characteristics that make these gaps different from classical, i.e. standard, legal gaps (which are fillable and thus virtual): (i) the unregulated concrete situation cannot be solved in any of the two manners mentioned above; and (ii) constitutional reasons require that such concrete situations be expressly regulated by law as well. As regards the first characteristic, two points should be kept in mind.

Firstly, finding the answer to the question of whether such a gap can be filled depends on the possibilities of legal argumentation and hence falls within the competence of regular courts. It is namely not the Constitutional Court that has the final say regarding the interpretation of ordinary (i.e. statutory, under-constitutional) law. The Constitutional Court merely supervises the constitutionality of the positions of regular courts and whether they are not perhaps manifestly incorrect, which would entail judicial arbitrariness, and does not assess whether such positions are correct. If the regular judiciary with the Supreme Court on top cannot find a constitutionally consistent interpretation, then this is what the Constitutional Court simply has to accept.¹⁶ Also the efforts to find a constitutionally consistent interpretation have their limits. These limits are constitutional – again, these are the principles of a state governed by the rule of law that were already mentioned several times, namely the principles of legal certainty, of trust in the law, and of the separation of powers, which require an express statutory regulation.

Even when an unconstitutional legal gap can be filled by means of an analogy, it cannot be excluded in advance that such a solution will not be unconstitutional. Interpreting law by means of an analogy can namely lead to an unconstitutional result. Such was the situation in the above-mentioned case regarding the Protection of the Right to a Trial Without Undue Delay Act. In this case, the analogy with the general (civil) regulation of

¹⁵ E.g. Decision No. U-I-60/03, dated 4 December 2003, which states as follows: “The Constitutional Court established that the lack of legal regulation of the status and rights of patients during their involuntary commitment to psychiatric hospitals represents an unconstitutional legal gap inconsistent with the principle of legal certainty (Article 2 of the Constitution). The challenged statutory regulation is also inconsistent with the third paragraph of Article 51 of the Constitution, which imposes upon the legislature the duty to determine cases in which involuntary treatment is admissible.”

¹⁶ A characteristic example provides in footnote 13 mentioned Decision No. U-I-207/08, Up-2168/08. However, it is in principle possible to advocate the idea that the Constitutional Court should not establish that a law is unconstitutional if it can be “saved” by way of a constitutionally consistent interpretation. However, such should not entail that the Constitutional Court may impose its interpretation of statutory law on regular courts (an obvious exception thereto are interpretative decisions). See S. Nerad, *Pravna praznina in protiustavna pravna praznina* [A Legal Gap and an Unconstitutional Legal Gap], *Pravna Praksa*, Nos. 29–30, 2010, p. 7.

obligations to pay compensation that the appellate courts applied meant that the two categories of injured parties were in unequal positions. Those referred to by the PRTWUDA had namely the right to monetary compensation, while the others, whose legal position would have been resolved by the analogy, would only be entitled to compensation if they proved, in accordance with the general rules of the law of damages, that they incurred the level of discomfort that in accordance with the positions adopted in the case law justifies awarding them monetary compensation.¹⁷ Such filling of the legal gap would have been unconstitutional. The rule regarding the application of the analogy, which was developed in the case law of appellate courts, was contrary to the constitutional principle of legal equality.

b) Cases from the Case-Law of the Slovene Constitutional Court

The constitutional reasons that require that a certain social relation be expressly regulated by positive law are varied. Most common in the case law of the Constitutional Court are the reasons of a state governed by the rule of law. By Decision No. U-I-32/95, dated 30 June 1995, the Constitutional Court stated: "The legislature determined that the concession shall be granted on the basis of a call for applications [...] but failed to define this term and its substance. Since this is a completely new legal institute, the legislature should have defined its meaning in order to prevent unclarities and the possibility of different interpretations in its application in practice. Because it failed do so and because of the legal void that was thus created, the challenged Act is inconsistent with Article 2 of the Constitution, which determines that Slovenia is a state governed by the rule of law."

The Constitutional Court referred to the argument of a state governed by the rule of law also in Decision No. U-I-284/94, dated 4 February 1999, by which it established an unconstitutional legal gap due to the fact that the change of the legal status of the citizens of the former republics of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia who had a permanent residence in the Republic of Slovenia and also *de facto* resided there to the legal status of foreigners was not regulated by law.

The reasons of a state governed by the rule of law were also decisive in establishing the unconstitutional legal gap in case No. U-I-8/00, where the Constitutional Court stated in its Decision, dated 10 May 2001, the following: "The provision that enables entering a real property into the land register without encumbrances that were established in conformity with the legal system in force is inconsistent with the principle of legal certainty, which is one of the principles of a state governed by the rule of law (Article 2 of the Constitution)."

Decision No. U-I-48/06, dated 22 June 2006, concerned a similar situation: "In certain instances, other income referred to in the Income Tax Act is

¹⁷ See *ibidem* and M. Orehar Ivanc, Še o ZVPSBNO [About the PRTWUDA], *Pravna praksa*, No. 26, 2010, pp. 13–14.

income that is essential, due to its periodic character and permanency, for an individual's survival. Due to the fact that, as regards such income, the manner of the prepayment of income tax is not specifically regulated without reasonable grounds, whereas, on the other hand, it is specifically regulated for other income pertaining to the income group that serves as means of subsistence, namely in a manner such that it takes into consideration the factors that affect the individual's income tax obligation, there is an unconstitutional legal gap, which is, as such, inconsistent with the principle of legal certainty determined by Article 2 of the Constitution."

By Decision No. U-I-90/99, dated 6 March 2003, the Constitutional Court established the existence of an unconstitutional legal gap in the Small Business Act (hereinafter referred to as the SBA). Once it assessed that the obligation of membership in the Chamber of Craft and Small Businesses, the consequence of which is the obligation to pay the membership fee, does not constitute an excessive interference with the freedom to act, the Constitutional Court found an unconstitutional legal gap in the fact that "the SBA contains no provisions (hence an unconstitutional legal gap) that would ensure that the positions formed by the bodies of the Chamber representatively reflect the interests of craft and small businesses." Consequently, the Constitutional Court held that this Act was "inconsistent with the general freedom to act" (Article 35 of the Constitution). The unconstitutional legal gap in this Act was the consequence of the legislature's excessive interference with the right to the freedom to act. Considering that the legislature already interfered with the freedom to act by prescribing compulsory membership in the Chamber and the consequent compulsory payment of the membership fee, it should have ensured (in order to protect the remainder of the freedom to act) that the positions formed within the bodies of the Chamber representatively reflect the interests of craft and small businesses. Since it failed to do so, the bodies of the Chamber were left too wide a discretion in autonomous decision-making, which could have resulted in arbitrariness and misuse (cf. the last sentence of Para. 32 of the reasoning of the decision).

By Decision No. U-I-155/00, dated 22 April 2004, an unconstitutional legal gap was established because the legislature failed to fulfil its positive obligation to regulate the pensions of a certain group of persons that fulfilled the conditions to benefit from a certain right stemming from pension insurance. The Constitutional Court stated that the legislature has a wide margin of discretion in regulating pension insurance; however, it was inconsistent with Article 50 of the Constitution that it did not regulate this question at all as regards a certain group of persons who fulfilled the conditions to benefit from a certain right stemming from pension insurance.

Similar is the case where the Constitutional Court established that the National Assembly Elections Act and the Local Elections Act were inconsistent with the Constitution because they did not regulate in more detail

the rules on postal voting. Voting namely represents a manner of exercise of the right to vote. Since such legal gap cannot be filled by means of an analogy, it entailed an unconstitutional legal gap, which was, as such, inconsistent with the principle of legal certainty as determined by Article 2 of the Constitution in conjunction with the first paragraph of Article 43 of the Constitution (the right to vote). In the same category falls the unconstitutional legal gap that the Constitutional Court established by Decision No. U-I-60/03, dated 4 December 2003, in which it stated as follows: »The Constitutional Court established that the lack of legal regulation of the status and rights of patients during their involuntary commitment to psychiatric hospitals represents an unconstitutional legal gap inconsistent with the principle of legal certainty (Article 2 of the Constitution). The challenged statutory regulation is also inconsistent with the third paragraph of Article 51 of the Constitution, which imposes upon the legislature the duty to determine cases in which involuntary treatment is admissible."

Somewhat different from these is the above-mentioned case No. U-I-207/08, Up-2168/08, where the Constitutional Court established an unconstitutional legal gap in a transitional provision of the PRTWUDA. In fact, it was not a true legal gap that was established but a legal regulation to the contrary, which determined, based on *a contrario* reasoning, that the affected group of injured parties did not have the right to be awarded satisfaction due to the violation of their right to a trial without undue delay.

c) The Normative Power of the Facts

The life itself also creates legal gaps. These are the instances in which certain constitutionally significant changes in life – unexpected crises in particular, such as the recent financial crisis – necessitate a response from the legislature. The legislature, which is subordinate to the constitution, is obliged to adopt certain measures not only because of the general principle that the law shall adapt to social circumstances but due to the direct pressure of facts onto the state and its constitutional positive obligations. Hereunder fall instances where the protection of public interest necessitates a normative regulation of conditions and the manner of exercising economic activities. The Constitutional Court drew attention to the fact that the failure to fulfil this duty would entail an unconstitutional legal gap a number of times (cf. Decisions No. U-I-228/00, dated 8 November 2001, and No. U-I-16/98, dated 5 July 2001).

An even more distinct example is Decision No. U-II-1/12, U-II-2/12, dated 17 December 2012, by which the Constitutional Court established that unconstitutional consequences would occur if two acts were rejected in a referendum (i.e. the Slovene National Holding Company Act and the Measures of the Republic of Slovenia to Strengthen the Stability of Banks Act). Consequently, it prohibited the referendum on these two Acts.

Although no unconstitutional legal gap was mentioned, it was precisely this phenomenon that lay at the core of the decision. The normative power of the facts brought by the economic and financial crisis created a constitutional tension between the existing legal regulation and the constitutional requirements for an effective functioning of the state in key areas of social life, in its economic system, and particularly in ensuring human rights. In order to understand the concept of an unconstitutional legal gap, the following point of the Decision is essential, which concisely presents the key argument: The National Assembly, which was opposed to holding a referendum on the mentioned Acts and which claimed that the rejection of these two Acts in a referendum could result in unconstitutional consequences, demonstrated that, without the disputed Acts, in times of a severe economic crisis, the effective functioning of the state in important areas of social life, in its economic system, and in particular in ensuring human rights, would be jeopardised. The Constitutional Court therefore concurred with the legislature that the statutory measures intended to prevent such limitations of important constitutional values were constitutionally necessary. Without them, unconstitutional consequences would have occurred. The role of the Constitutional Court is namely to offer protection from such consequences – regardless of whether they originate from the will of the National Assembly or that of the people as the legislature. No one is superior to the Constitution.

6) The Manner of Remediating Unconstitutional Legal Gaps

Effective protection of constitutionality also requires supervision over the legislature's unconstitutional failures to fulfil its duty. The Slovene Constitutional Court therefore departed from the Kelsen's model of the constitutional court as the negative legislature. What counts in the role it plays is the effectiveness of the protection of human rights and of constitutionality, as well as commitment to constitutional argumentation. As long as these two requirements are observed, the judicial activism of the Constitutional Court judges should not be problematic. Human rights and constitutionality cannot be effectively safeguarded in any other way than by adopting declaratory decisions, commanding that the legislature carry out its positive constitutional obligations, and prescribing the manner of the implementation of such decisions, which enter the legislative field. In doing so, the Constitutional Court indeed temporarily assumes the role of the legislature. But merely as the legislature's assistant. The legislature can namely anytime, at any moment, adopt an appropriate statutory solution and remedy, of its own will, the established unconstitutional gap, which is temporarily filled by the manner of the implementation of the decision of the Constitutional Court. In fact, in instances and insofar as it does not remedy the gap by itself, the legislature essentially accepts the temporary manner of the implementation of the decision that was determined by the Constitutional Court. Therefore, it can be argued that such a temporary solution also applies in accordance with the legislature's will, namely with its silent consent.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматривается понятие неконституционных пробелов в аспекте их дифференциации от классических пробелов в праве, которые могут быть устранены обычными судами, и пробелов, которые могут быть восполнены только законодательным органом. Первые - пробелы в позитивном праве. Если закон сам предусматривает инструменты для восполнения пробелов, они фактически не являются пробелами в праве. Отсюда следует, что только неконституционные пробелы являются истинными пробелами в праве. Если пробел может быть устранен путем толкования судами закона и других методов правовой аргументации - это мнимый пробел в праве. Неконституционный пробел - пробел, когда требуется принятие обязательного правового регулирования, которое будет прямо и непосредственно регулировать конкретную ситуацию. Такой пробел не может быть восполнен путем последовательного конституционного толкования, так как будут нарушены такие конституционные ценности, как доверие к закону, принцип разделения властей или запрета обратной силы закона.

Далее в статье представлены решения из прецедентного права Конституционного Суда Словении, касающиеся понятия неконституционных пробелов.



РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СОВЕТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН В ОБЕСПЕЧЕНИИ КОРРЕКТНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПОНЯТИЙНОГО АППАРАТА ОСНОВНОГО ЗАКОНА КАК ГЛАВНОГО СРЕДСТВА ПРОФИЛАКТИКИ ПРАВОВЫХ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЕЙ

ВИКТОР МАЛИНОВСКИЙ

Член Конституционного Совета Республики Казахстан

Настоящая Конференция, как и все ее предшественницы, проходит весьма интересно. Большинство из выказанных в докладах и в кулуарных обсуждениях оценок и предложений по укреплению конституционализма полезны и даже поучительны, а их реализация наверняка пойдет в актив совершенствованию дела, которому мы все служим.

23 сентября 1991 года по результатам проведенного референдума Верховный Совет Республики подтвердил независимость Армении.

16-17 декабря Казахстан также будет отмечать 25-летие государственной независимости.

За прошедшие годы наши страны накопили большой опыт конституционного строительства.

Актуальность темы моего выступления уже неоднократно подтверждалась в предшествующих докладах. На ней акцентировали внимание уважаемые Г.Г. Арутюнян (подчеркивал, что многие проблемы в основном обусловлены дефицитом конституционализма, истоки которого в том, что пока не отработаны многие понятия, а также подходы к основным понятиям), Н.С. Бондарь (считающий, что необходимо подвергнуть глубокому анализу "конституционные пробелы" в качестве правовой категории), А. Нуссбергер (напомнила общепризнанную совершенно заслуженную новаторскую роль Основного Закона ФРГ 1949 г. в создании понятий конституционного патриотизма, верховенства права, человеческого достоинства, отметив, что за конституционными моделями должна стоять реальная жизнь), Я. Хельгесен (считающий, что термины как раз являются сердцевиной, заложенной в контрольном списке, который обязателен для государств, НПО, политических партий, международных организаций: "Нужны стандарты, действующие в любой ситуации и в любой стране") и другие коллеги.

Конституционные понятия и термины — ключевой аспект и непреходящий компонент деятельности органов конституционного контроля, в том числе и Конституционного Совета Республики Казахстан. Каждый из терминов представляет собой особый инструмент познания и отображения конкретных объектов реалий жизни, мыслительной деятельности человека и научного мира. Они как раз и есть обличенные в слова определенные стандарты, несущие в себе наиболее важную информацию о сути и содержании объекта, которая впоследствии должна выступить эталоном для понимания и использования в обучении, различных научных дискуссиях, правовом регулировании и коллизионных ситуациях, разрешаемых посредством права. Отсутствие таких авторитетных общепризнанных инструментов-стандартов или своеобразная "игра словами" исключает возможность понимания между коллегами из разных стран, учеными и юристами-практиками, государственными органами правотворчества и правоприменения. Возникает ситуация "разговора на разных языках" и, как следствие, неопределенностей в праве, чреватая нарушением правопорядка, прав и свобод человека и гражданина. Это является недопустимым¹.

В одном из ежегодных посланий Конституционного Совета Республики Казахстан о состоянии конституционной законности в Республике, подготовленных на основе анализа итоговых решений Конституционного Совета и его иных ежегодных посланий, во главу угла поставлена следующая рекомендация.

Первое. Сложность конституционной материи, многообразие и подвижность отношений конституционного регулирования, объективная эволюция всех сторон жизни казахстанского общества требуют *безусловного учета смысла конституционных ценностей, положений и норм как при принятии, так и применении законов, а также особой щепетильности в использовании конституционного понятийного аппарата. В терминах, используемых в тексте Основного Закона, воплощено содержание важнейших общественных отношений, составляющих основы конституционного (общественного) строя, взаимоотношений личности и государства: президентская форма правления, унитарность государственного устройства, конституционные права и свободы человека и гражданина, система высших и местных государственных органов и другие. Корректность использования соответствующих понятий нередко определяющим образом влияет на содержание и направлен-*

¹ Впервые данная проблема подвергнута комплексному исследованию российским государствоведом В.Е. Чиркиным. Результаты анализа совсем недавно обобщены в его книге Конституционная терминология: монография /В.Е. Чиркин Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — М.: Норма: ИНФРА-М, 2013. В качестве примера доктринального толкования конституционно-правовых терминов отмечаем книгу, подготовленную С.А. Авакьяном, заведующим кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, Конституционный лексикон: Государственно-правовой терминологический словарь /С.А. Авакьян — М.: Юстицинформ, 2015.

ность правотворчества, последующего применения законов и других нормативных правовых актов².

Термины конституционного права несут в себе именно конституционно-правовое содержание, которое, в конечном счете, определяется первостепенной значимостью предмета Конституции. Их точное или, наоборот, неточное формулирование означает адекватное или искаженное моделирование важнейших политико-правовых и идеологических конструкций с последующим проектированием в сознание людей и воплощением в действительность.

Смена формации, трансформация и модернизация производятся через конституционные модели институтов и поведения, сконструированные посредством соответствующих терминов. Неточное понимание терминов может также неверно определять векторы научных исследований. Поверхностное, на уровне I курса вуза, трактование дает искаженное представление о казахстанской "президентской форме правления", поскольку она не вписывается в чистые "монархии" и "республики". А вот если посмотреть на современную эволюцию форм правления с позиций взаимопроникновения признаков республик в монархии, и наоборот, и появления смешанных форм правления, это может вывести на правильный и перспективный для науки путь. Ведь многие, в том числе и А. Нуссбергер, сравнивают статус Президента ФРГ с монархом в современной монархии. И если выделить в качестве главного признака формы правления конструкцию принципа разделения властей, тогда и наша президентская форма правления станет более понятной и вполне приемлемой.

В Конституции Казахстана государственная власть определена в качестве единой и осуществляемой "на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов". С разделением все вроде бы понятно. А вот единство вызывает несогласие. Главным образом потому, что о нем якобы не говорили Дж. Локк и Ш. Монтескье. Да и само разделение направлено против единства. Конечно, это так. Однако, во-первых, разделение властей направлено против феодального абсолютизма и против полновластия Советов народных депутатов и других вариантов концентрации власти в одних руках (не принципиально кого – монарха, президента, парламента или правительства). Однако абсолютное разделение властей отрицается народным суверенитетом, очень многие говорят о необходимости для всех органов слаженной работы на важнейших направлениях. К тому же в обществах существуют и негосударственные институты обеспечения согласованности парламентов и правительств и т.д. А какие нормы о «взаимодействии», «субси-

² Послание Конституционного Совета РК от 19 июня 2014 г. № 09-3/1 «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан».

диарности» и «взаимодополняемости» ветвей существуют в конституциях других стран?

Пользуясь присутствием на нашей Конференции уважаемого Я. Хельгесена — Председателя Научного совета Венецианской комиссии, призываю своих коллег-ученых сконцентрировать больше внимания именно на современных тенденциях развития конституционного права, государственной власти и институтов государства.

Общепринятые в праве термины и те, которые на первый взгляд имеют сугубо отраслевую принадлежность, несут в себе конституционную нагрузку.

Например, непосредственно в Конституции Республики Казахстан установлены сроки производства определенных действий (наступления юридических фактов): в пункте 2 статьи 16, подпункте 2) статьи 44 (в части, согласно которой Президент Республики подписывает представленный Сенатом Парламента закон в течение одного месяца, обнародует закон либо возвращает закон или отдельные его статьи для повторного обсуждения и голосования), в пунктах 2 и 3 статьи 51, подпункте 2) пункта 2 статьи 54, пункте 3 статьи 59, пункте 7 статьи 61, пункте 2 статьи 63, пункте 3 статьи 71, пункте 3 статьи 73, пунктах 1, 2 и 4 статьи 91, пункте 1 статьи 94, статье 94-1.

Несмотря на то, что нередко в спорных ситуациях определения процессуальных сроков по аналогии применяются правила гражданского процессуального права, в отношении *конституционных сроков* этого сделать нельзя. Так, в связи с тем, что Парламент как высший представительный орган работает сессионно, может ли указанный месячный срок для рассмотрения возражений Главы государства прерываться, если он совпадает с парламентскими каникулами? Как следует определять начало и окончание сроков, установленных в Конституции в годах? Данные и другие вопросы были поставлены Премьер-министром в обращении в Конституционный Совет.

Конституционный Совет в Нормативном постановлении от 13 апреля 2012 г. "Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков" представил ответы на поставленные Премьер-министром РК вопросы. Тем самым подтвердив высший уровень именно *конституционных сроков и порядка их исчисления, выведя таким образом их из сферы действия иных отраслей "обычного" процессуального права.*

Для реализации правовых позиций данного решения 3 октября 2013 г. принят Закон "О внесении изменений и дополнений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам исчисления конституционных сроков".

Чистота конституционной терминологии находится под влиянием различных обстоятельств. В первую очередь таких объективных факторов,

как *развитие предмета правового регулирования, появление новых общественных отношений, порождающих принятие новых законов и иных правовых актов.*

В пункте 2 статьи 1 Конституции Казахстана 1995 г. впервые были сформулированы и закреплены основополагающие принципы деятельности Республики Казахстан: общественное согласие и политическая стабильность, экономическое развитие на благо всего народа, казахстанский патриотизм, решение наиболее важных вопросов государственной жизни демократическими методами, включая голосование на республиканском референдуме или в Парламенте.

Велением времени стало рождение терминов "социальное" и "государственно-частное" партнерство, "государственная услуга", "электронное правительство", "электронная демократия" и других, которые нынче широко и прочно вошли в действующее право и в науку. Причем данный процесс происходит не только «сверху — вниз» — от конституционного права к другим отраслям, но и в обратном порядке "снизу — вверх" — когда конституционное право подпитывается идеями отраслей права и комплексных законодательных образований. Происходит своеобразное перетекание публичного права и частного права в едином правовом сосуде под названием "действующее право" или "наука юриспруденция". Новые правовые институты возникают также посредством имплементации норм международного права в казахстанское законодательство.

Определенную сложность в казахстанскую конституционно-правовую терминологию привносит *проникновение (заимствование) имеющих применение в иных правовых системах иностранных терминов, а также их неточные смысловые переводы.* Даже, казалось бы, такой общепринятый и понятный термин как "закон" имеет далеко не одинаковое содержание. В странах общего права (англосаксонской системы права) в широком смысле слова "законом" признается подлежащая судебной защите любая норма писаного или неписаного права. В узком смысле слова "закон" — это акт, принятый парламентом (статут), который на английском языке именуется act. В странах континентального права (романо-германская система права), в том числе и в Казахстане, преобладает концепция закона, как акта парламента (за очень небольшими исключениями, когда правом издания закона может быть наделен Президент Республики в порядке "делегированного законодательства"). Применяемая в Казахстане форма "конституционного закона" сродни иностранному "органическому закону". В отдельных транзитных странах "чрезвычайный закон" — не есть закон, принятый в условиях чрезвычайного положения, а нередко закон, предусматривающий временные ограничения на те или иные установления конституции, так называемый "конституционно-нарушающий закон". Да и сам главный термин "конституция" в Казахстане, Велико-

британии, Израиле, Швеции и некоторых иных странах, не имеющих писаной (кодифицированной) конституции, понимается по-разному. В зарубежных странах термин "национальность" чаще всего применяется для характеристики принадлежности лица к государству, то есть как синоним "гражданство", тогда как в постсоветской традиции "национальность" означает этническую принадлежность человека.

Нередко журналистами и другими неспециалистами права в оборот вводятся хлесткие словосочетания, вроде бы понятные для широкого круга пользователей, но в действительности искажающие генеральную сущность того или иного специального термина. Например, для придания особой важности Гражданскому кодексу он именуется "экономической конституцией", Налоговый кодекс — "налоговой конституцией", Предпринимательский кодекс — "конституцией предпринимателя". Тогда как для всех трех кодексов и всех иных законов и нормативных правовых актов, при всей значимости каждого из них, конституция была и остается единой и единственной. Во время финансового кризиса 2008-2009 годов в европейских странах стало модным обидное для стран и неправильное по своей сути словосочетание "суверенные долги". С понятием суверенитета также связана долгая дискуссия на тему того, что передает государство наднациональным (интеграционным) органам — часть своего суверенитета или определенные полномочия своих отдельных государственных органов. Опять же неправильная конструкция "передает часть суверенитета" отпугивает страны и народы от полезного для них международного сотрудничества. Широкое использование в характеристике Европейского союза словосочетания "супергосударство" или "супердержава" вызывает отторжение Евросоюза у отдельных стран и приводится в обоснование выхода из Евросоюза (Великобритании в 2016 году, так называемый Brexit).

В казахстанской законотворческой практике встречаются случаи неаутентичного перевода терминов с казахского языка на русский или с русского языка на казахский. Конституционный Совет давал отрицательную оценку таким случаям, подчеркивая, что данное обстоятельство может стать основанием для признания закона противоречащим Конституции.

Общая ситуация усложняется и тем, что в одни и те же слова и словосочетания юристами, политологами и экономистами вкладывается не всегда равноценный смысл, закрепленный Конституцией и законами. Может быть в этом кроется один из аргументов в подтверждение вывода судьи М. Елушича о том, что критика конституционализма исходит более от политологов, чем от юристов.

В современных условиях много сложностей возникает в связи с применением термина "государственное управление", "органы государственного управления". Ведь до недавнего времени в условиях со-

ветской республики эти термины несли смысл, который, мягко говоря, не во всем вписывается в концепцию разделения властей.

Для меня понятен призыв А. Нуссбергер к нам — юристам использовать философские категории. Однако при этом следует и представителям других гуманитарных знаний с максимальным вниманием относиться к категориям, разработанным именно юристами.

27 ноября 2000 г. Парламентом был принят нужный и показавший на практике свою полезность Закон "Об административных процедурах", подготовленный экономическими ведомствами.

В пункте 2 статьи 1 Закона закреплено следующее: "Под государственными органами понимаются *государственные учреждения*, уполномоченные Конституцией, законами, иными нормативными правовыми актами на осуществление от имени государства функций по: 1) изданию актов, определяющих общеобязательные правила поведения; 2) управлению и регулированию социально значимых общественных отношений; 3) контролю за соблюдением установленных государством общеобязательных правил поведения". В этой формулировке нашли воплощение подходы экономистов и финансистов.

Однако в правоприменительной и научно-педагогической практике возникли весьма странные дискуссии. Ведь ни Президент Республики, ни Парламент, ни Правительство, ни Конституционный Совет или Верховный Суд государственными учреждениями не являются. Они не участвуют в гражданско-правовых отношениях. Определенные сложности наблюдались и при проведении административной реформы. Конституционный Совет высказал на этот счет свои пожелания. Некоторые из них были реализованы Законом РК от 10 января 2011 г. "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам противоречий, пробелов, коллизий между нормами права различных законодательных актов и норм, способствующих совершению коррупционных правонарушений".

Здесь, в Ереване, за два дня работы мы неоднократно слышали о конституционной медицине (педиатрии и даже хирургии), конституционной математике, конституционной экономике...

Думается, что в ходе отработки основ и деталей конституционного мониторинга целесообразно максимально согласовать эквивалентную терминологию, учесть общие для всех подходы и практику национального действующего права.

Еще раз поздравляю коллег с рождением нашего общего младенца - Международного аналитического центра "Конституционная культура". Уверен в его прекрасном будущем, перспективной и особо позитивной роли в снятии многих современных конституционных перипетий. Давайте все вместе еще раз пожелаем ему "Ак Жол" - "Светлого Пути"!

SUMMARY

The article raises the issue of the correct use of the conceptual apparatus of the Basic Law of the Republic of Kazakhstan as the main means of preventing the legal uncertainty.

The author notes that the constitutional concepts and terms are key aspect and indispensable component of the activity of the constitutional control. The terms used in the text of the Basic Law embody the most important content of social relations that constitute the foundations of the constitutional system. The terms of constitutional law contain constitutional-legal content which is determined by the paramount importance of the subject of the Constitution. The author also stresses that the purity of the constitutional terminology is influenced by a wide variety of circumstances.

Certain complexity in constitutional and legal terminology of Kazakhstan brings to penetration (borrowing) of foreign terms. The overall situation is complicated by the fact that the lawyers, political scientists and economists may not use the same words and phrases by the meaning implied by the Constitution and laws

The author concludes that it is appropriate to harmonize the maximum the equivalent terms taking into account all common approaches and practices of the current national law.



THE CONSTITUTION AS A PHILOSOPHICAL QUESTION

LUIGI VERO TARCA

Director of Human Rights Center at Ca' Foscari University of Venice

1. Philosophy and Constitution

According to my studies and competences, I would like to give a philosophical contribution to some problems concerning the theme of Constitution. First of all I have to explain what I understand for philosophical point of view. Briefly spoken, I could say that the philosophical discourse concerns the whole, and especially the whole seen as positive. As such it deals essentially, on the one hand, with themes like the totality (from an objective point of view) and the universal (from a subjective point of view), and, on the other hand, with the relation to the negation and the negative, and hence with questions like foundation and value. This is sufficient to show the strong similarity existing between the question of Constitution and the philosophical issues. The main reason of this similarity depends on the very fact that both regard a dimension which is essentially universal, and precisely concern universal values (i.e. the reality that is positive with respect to totality).

So, the philosophical approach deals with the fundament of the value of Constitution, and therefore with the conditions on which it is possible to overcome some peculiar difficulties, such as, for instance, the conflicts concerning the constitutional sphere, the nature and the role of Constitutional Court, and finally the problem of the gaps between Constitution and laws, on the one hand, and Constitution and real human life, on the other hand. Nevertheless, in this paper I shall just make some hints to the theoretical foundations of this discourse.

I said that Constitution is essentially something universal. Indeed Constitution has a universal value as regards social life: it applies in all fields of human experience. Yet it is formal. I will not say it is abstract — we could, indeed, draw a distinction between “formal” and “abstract” — but surely it is formal: it concerns all of human activities, but it does not describe or prescribe them in a concrete way. At the best, Constitution provides the instruments, that is laws, suitable to determine human concrete behaviours. (Moreover, even law is formal, thus the problem in some way reoccurs, but we shall address elsewhere this additional issue).

So, there is an original, or essential, gap between Constitution and law, and even more between Constitution and life. And it is just because of this orig-

inal gap that main problems arise: there may be a lack of laws, but even a contradiction between the formal sphere and the more concrete sizes of human experience. And, even worse, there may be a contradiction in the very establishment of the value of Constitution.

This simple and introductory observation paints a picture that is essentially philosophical. Philosophy – we said – in principle concerns totality, and hence, insofar as it is about values, it regards universal values. Inasmuch as philosophy is an activity of human beings, i.e. of mortal and finite creatures, the knowledge of totality remains formal, so the first problem is just to understand how can a discourse be determinate and finite and at the same time concern the totality. Since, as we have seen, this discourse is necessarily formal, here too there is an original gap, in this case between the horizon of knowledge and the totality of reality. In this sense, the problem of the relations between Constitution and real life (including laws) is very similar to the philosophical problem.

2. Contemporary thought: the destruction of every undeniable value

From a finite point of view, universally worthy is only the horizon that has an a priori value. Following Kant's lesson, we can say that a priori is what is transcendental, i. e. what is valid for all and every subjective knowledge. In other terms: a priori valid for reality is only what the subject necessarily enters in knowledge in the very moment he knows reality. These are *formae a priori*, and significant examples of such forms are – always according to Kant's thought – space and time (for sensibility), categories (for intellect) and Ideas as "Freedom", "I" and "God" (for reason). So, a priori (that is necessarily) we cannot know about nature (reality) nothing but what is determined by the knowing subject as such.

But it was long ago, and after Kant a lot of things have changed; after Einstein (Relativity theory), Gödel (impossibility to found logic), Wittgenstein (limits of language) and Heidegger (existence prevails on essence), no form – neither subjective nor objective – can any longer be considered necessary (not even space and time). So today we are witnessing the "destruction of every immutable" (Emanuele Severino), or – as I prefer to say – the negation of everything we assumed to be undeniable (that is the negation, or the denying, of all what is considered undeniable).

This is quite evident in theoretical fields. After the non Euclidean geometries and the crisis of logical-mathematical grounds, not even geometry or mathematic are any longer undeniable truths. For the contemporary epistemology science is on principle an hypothetic knowledge, always and completely rethinkable and revocable. All the more so this applies to anthropological phenomena, and while Marx could still speak of an original human nature (based on eating, sleeping, working etc.), nowadays, in the age of 'technology' (or, as I am used to say, of 'anthropotechnology',

i. e. technology that targets the whole of human life through instruments that on turn incorporate human beings) only in a very relative and provisional way we can speak of an immutable human nature.

Thus also in the political and legal field it seems difficult to find a principle that can be considered undeniable. Right (*jus*) itself seems to depend on simply factual events; precisely on the very fact of having the power to impose itself to every person: the *positive* right shows itself, at the end, as *impositive* right, i. e. *forcing* right (Kelsen, *Jusformalismus*, but also *Juspositivismus*).

3. Negation as undeniable principle

The question is: in a world where no principle can advance the claim to be provided of undeniable grounds, how can a principle be truly founded? How can any principle have the pretension to assume the role of universal and binding rule? In the end, every question concerning constitutional and legal matters finds itself having to deal with this question. Just in order to face this problem it is useful, or even essential, to understand how we can solve the problem of foundation from a philosophical point of view.

We saw that the landing point of contemporary thought is that every position can be questioned and, at least in principle, denied. But, from a strict point of view, this means that just for this reason one principle appears to be insurmountable, that is the principle of negation. Everything may be questioned and doubted, except denial (or negation). And the very reason of this circumstance is what we can call the philosophical foundation; or, as philosophers are used to say, the *elenctical* foundation (foundation based on the *elenchus*). That is the foundation based on the circumstance that a proposition is undeniable only if even its negation confirms it: even who denies it is forced to admit its truth. The most clear example of such a foundation – this is the point to which I often call attention – is the one revolving around the notion of negation. I mean: negation is undeniable, because even who denies negation is forced to pose it, or to affirm it. Indeed – and this is my 'mantra' – the negation of negation is a negation; or, from a slightly different point of view, the negative of negative is negative.

We can provide a clear example of this kind of philosophical truth (i. e. of undeniable truth) by saying that the undeniable truth is that truth is negative (i.e. has a negative form), just because even who denies this affirmation is forced to admit it. Indeed, who states that truth does not have a negative form, just through this very sentence he himself confirms (if he claims that his speech is true) that truth has, in some sense, a negative form. From this point of view, negation is absolute truth, just because it is undeniable. In brief: truth may be seen as what cannot be denied (what is undeniable); but just for this very reason the undeniable truth is the negation.

So the question arises: how can a negative principle be assumed as something positive? I mean, if negation (and negative) is the principle, then everything is negative; but if everything is negative, how can we reach a positive perspective?

The more simple and clear answer to this question is: the negative itself is something positive in so far as it is negative towards something that is on turn negative. The 'negative' act of negation is positive in as much as it is directed against something negative.

These are much more than simple jokes, or childish word games. As we can soon understand applying this reflections to the question of Constitution.

4. Constitution as negative principle: the power and its limitation

Constitution, we saw, is an universal principle. If the negative feature of truth is universally valid, then it must apply to Constitution as well: Constitution too has to be based on a negative principle.

Indeed, standard contemporary, i.e. democratic, Constitutions are essentially negative, at least in the sense that Constitution indicates how to manage or to handle *power*; and power can be seen as a negative principle: it presupposes and implies conflict and domination, that are 'negative', at least in the sense that they imply mutual negations. Democracy means, literally, the power of the people; so democratic constitutions deals essentially with the 'negative' of the power.

Here we can see the relevance of what we just said about the negation of negation. How can the power, which is essentially negative, be considered as positive? Just for the reason above suggested: the constitutional democratic power is the power that is limited and curbed by Constitution. More precisely, democratic Constitution is meant to limit, to curb the power. And just this is its own specific merit.

From a formal point of view, we could say that democracy, understood as the way to limit and curb power, is the negation of the negative; and just for this reason it is positive. If power is negative, then negating power is the same as negating the negative; and just this is a positive act.

5. The contradictory aspect of the negative principle

The problem is that, if the true principle is negative, the fundament itself is to be negative, and consequently every aspect of any rational system ends up being negative: principles, as well as rules and conclusions. But that every aspect of the system is negative means that each of them can be denied. Every principle can be denied by an opposite principle, every rule can be refuted by an opposite rule, every conclusion or law may be substituted by a contrary sentence. Every positive can overthrow itself into something negative. Indeed, the positive, understood as the negative of negative, is on turn negative. Apparently we have no escape route from

this trap. I call it "the trap of negative": negative is inescapable, just because even the non negative (inasmuch as it is negative towards negative) is negative.

We can see this, as well as from the formal point of view, also from the more concrete point of view of political constitution. No single point of constitution, in as much as it handles with power, is undeniable. Every 'negative' law can be promulgated (even torture may be legitimated), and every 'positive' law can be revoked (even freedom of speech, under particular conditions). Even any part of constitution, in principle, can be changed by a political subject who manages to get the power to do this. Moreover, the promulgation of Constitution is itself a historical event, which depends on contingent facts, so that new events can subvert and overturn old events, and consequently new revolutions can overturn old regimes and new constitutions can substitute old ones.

The democratic constitution is the validation of power, that is the way we legitimate, or justify, power. In other terms: constitution is the fundament of the validation of negative. The 'negative' power is curbed, and limited, but at the same time it is legitimated and justified. And in principle no limit can be posed to the legitimated power. In formal way, we understand that every positive, inasmuch as it is negative towards the negative (power) is negative. The power to limit and curb power is power. In a slogan: counterpower is power ("Il contropotere è potere"). And if one single negative act of power can be legitimized, then any negative act of power can be legitimized. Because any act of power, negative as it may, can be legitimized as a means to avoid a worse evil, according to the Machiavellian principle: "The end justifies the means".

So, Constitution itself becomes a battlefield, where every single point can be denied and revoked through power. Each instrument we can imagine and establish in order to give the 'right' direction to power, can be overthrown by a contrary but similarly legitimated power. Even the Constitutional Court, i.e. a subject which should ensure the positivity of legal and political acts, is submitted to the law of power. The same applies to votes and elections, as we all well know. And obviously it applies to normal laws and, a fortiori, to all the rules that govern civil life. Not only that, but also the most right laws can be interpreted and then applied in a way that completely reverses their purposes.

We could imagine that in the end we might assume human rights as a finale and indisputable landing, but in fact even this point is complex, because in reality human being is the problem rather than the solution. Indeed, if it is legitimate to counteract what bad men do, then the problem of determining which human beings are legitimated to decide who is bad and wrong and who, on the contrary, is good and right, arises anew. And if human being is the problem, then on turn human rights are a problem, rather than the solution.

6. How to escape the "trap of negative"

But philosophical thought is precisely the ability to escape this trap. And the way to do this is to achieve the perspective for which every negation is a contradiction (and hence an auto-negation). Let us deepen this point. If truth (I mean: undeniable truth) is defined – as we saw – by the fact that even its negation affirms it (confirms it), then, insofar as truth denies something (and what it denies is necessarily its own negation), it denies something that on turn affirms truth, and hence truth itself ends up negating itself (negating truth). In other terms: truth, insofar as it is negative, is negative towards truth itself, and therefore is auto-negative, i. e. contradictory.

So the only way to escape the negative principle is to assume a principle which is absolutely positive; that means: which differs from every form of negation, and therefore from negation of negation as well, and even from the negation of its own negation. Only such an absolutely positive principle can be different from the negative one; but in order to be different from any negative, it has to be different also from the non negative. This implies that the positive has to differ, from the negative, in a way which is different from any kind of negation, i. e. through a difference that is a pure difference, insofar as it distinguishes itself both from negation and from non negation.

Briefly, the only true positive principle is that absolutely positive one, i.e. the principle which is positive towards every things, including negative things and even its own being negative towards negative. This principle implies that only when everybody agrees on a position we can say that this expresses truth; and that if somebody disagrees, this is sufficient to call "non truth" what we are talking about. Where there are some conflicts, and hence some negations, we are dealing with non-truth.

This principle is quite different from any power-based principle. Indeed, a principle based on power is a negative principle, i.e. a conflictual principle. Whether it is authoritarian or 'democratic', power is always based on force and hence on violence, that is to say on a negative stance. But just because the positive principle is different from any negative principle, it is different even from non-negative principle, at least insofar as non-negative principle is meant as negative towards the negative.

Transposing this conclusion to the power question, we can say that the positive principle has to be different from any power principle (in as much as power implies negative assumptions), but, just for the same reason, even from any principle that is *against* power. Because an assumption which is against power is by definition *contrary* to something and somebody, and hence ends up being in turn negative.

7. The positive principle

The positive principle is the principle for which only what is acknowledged (recognized) by everybody has universal value. As regards the negative, this means that from this point of view every negation is a contradiction. That is, every conflict is a contradiction and every constraint is a violation of the positive principle. But – and this point is really important – even the conflict against the Constitution is on turn negative. More concretely: as we said, Constitution is a contradiction, since it is a mix of universal agreement and power (conflict and constraint); but the negation of a contradiction is a negation, and hence, on turn, a contradiction.

From the theoretical-philosophical point of view, the contradiction is to be solved through a distinction between the negative and the positive aspects which, if combined, result in a contradiction. But the purely positive aspect has to be different from every negation, therefore, inasmuch as the non-negative mentions the positive, it names only the negative feature of the positive, and hence hints at something which is transcendent with respect to the whole of the negative. In other terms, the term "non-negative" mentions something which is non-negative and, at the same time, other than non-negative. Hence the non-negative has a double meaning: the positive as non-negative, and the positive as other with respect to non-negative. But through the "non-negative" only the contradictory aspect of negative is named (contradictory because it is negative and non negative at the same time).

In the political field, the Constitution is the non-negative: it is the power established in order to eliminate violence and conflict. So it realizes social peace and agreement only inasmuch as it is also something *other* than Constitution. The non-negative Constitution is really positive, rather than negative, inasmuch as it hints at something that is transcendent the political-juridical-constitutional field.

The definition of this *other field* is a task which transcends constitutional and political fields, yet now this means that *it is* a constitutional and political task, but, at the same time, it is *more* than a constitutional and political task. We can say, provisionally, that it is a question of constitutional culture, which includes, evidently, also a philosophical aspect.

РЕЗЮМЕ

Конституция является философским вопросом, касающимся всего общества, а также политической и общественной жизни.

Формальный принцип может иметь универсальную ценность постольку, поскольку он имеет априорное значение, то есть является неоспоримой ценностью. Но современная мысль разрушила все неоспоримые истины.

Таким образом, отрицание само по себе является единственным неоспоримым принципом, так как даже те, кто отрицают, должны признать это как собственный принцип. И негативный принцип можно рассматривать как позитивный лишь постольку, поскольку он рассматривается как отрицание того, что является отрицательным.

Конституция сама по себе может рассматриваться как "негативный" принцип. На самом деле она работает в ту силу, которая является отрицательной в том смысле, что она подразумевает конфликт и господство. Конституция в свою очередь также рассматривается с положительной точки зрения, поскольку является "негативной" по отношению к власти.

Если принцип является отрицательным, то каждый аспект политической жизни может быть отрицательным; на самом деле каждая положительная черта политической жизни может стать отрицательной, а не только каких-либо законов, но даже самих конституций.

С философской точки зрения можно избежать "ловушки негативного". Нам удастся сделать это, когда мы можем отличить позитив от негатива. В политической сфере это означает видение конституционного как аспекта чистой позитивной точки зрения.



**ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО
НА ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Гагик Арутюнян Председатель Конституционного Суда Республики Армения	5
--	---

**ВИДЕОПОСЛАНИЯ
НА ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Турбьерн Ягланд Генеральный секретарь Совета Европы	9
Гвидо Раймонди Председатель Европейского суда по правам человека	11

**ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА
НА ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Филипп Буайя Генеральный директор Генерального директората по правам человека и верховенству права Совета Европы	15
Ян Хельгесен Председатель Научного совета Венецианской комиссии Совета Европы	19
Арман Татоян Защитник прав человека Республики Армения	24

**ДОКЛАДЫ
НА ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Гагик Арутюнян Конституционный мониторинг как гарантия преодоления дефицита конституционализма (Концептуальные подходы)	29
--	----

Ян Хельгесен	
Принцип верховенства права и его практическое применение ...	39
Сергей Головатый	
Концепция верховенства права: проблемы ее восприятия в постсоветской правовой культуре (украинский опыт).....	47
Филипп Буайя	
Роль и значение Контрольного списка и роль конституционного суда в преодолении правовых пробелов и правовой неопределенности	60
Армен Арутюнян	
Проблемы армянского конституционализма и практика ЕСПЧ (Основные тезисы)	66
Петри Хеландер	
Роль и место системного конституционного мониторинга в совершенствовании системы конституционного контроля и преодолении дефицита конституционализма	68
Гайк Саргсян	
Некоторые подходы к разработке инструментария и методов реализации конституционной диагностики	78
Николай Бондарь	
Правовые пробелы как категория конституционно-правовой дефектологии: методология исследования и судебная практика преодоления	94
Марио Елушич	
Конституционный мониторинг в преодолении дефицита конституционализма	115
Роберт Спано	
Принцип субсидиарности и конституционные традиции	123
Мато Арлович	
Рамки конституционного действия Конституционного Суда Республики Хорватия для контроля и оценки конституционности правовых пробелов	127
Сергей Вдовиченко	
Доктрина возобновления действия предыдущей редакции норм законов в деятельности Конституционного Суда Украины	157
Жоао Педро Коперс	
Гарантия Конституции и исполнение решений Конституционного Суда	167
Меергуль Бобукеева	
Роль и значение решений Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики в преодолении законодательных пробелов и правовой неопределенности	181

Тадеуш Воронович Роль конституционного правосудия в устранении пробелов и правовой неопределенности в конституционно-правовом регулировании	187
Феликс Тохян Роль Конституционного Суда в деле преодоления законодательных пробелов и правовой неопределенности (опыт Конституционного Суда Республики Армения)	194
Махкам Махмудзода Роль и значение решений Конституционного Суда Республики Таджикистан в преодолении законодательных пробелов и правовой неопределенности	201
Дайга Резевска Значение решений Конституционного Суда Латвии в деле восполнения законодательных пробелов	210
Ян Зобек Концепция неконституционного правового пробела согласно юриспруденции Конституционного Суда Словении	220
Виктор Малиновский Роль Конституционного Совета Республики Казахстан в обеспечении корректного использования понятийного аппарата Основного Закона как главного средства профилактики правовых неопределенностей	234
Луиджи Веро Тарка Конституция как философский вопрос	242

CONTENTS

OPENING SPEECH AT THE YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Gagik Harutyunyan President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia	5
--	---

VIDEO-ADDRESS AT THE YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Thorbjorn Jagland Secretary General of the Council of Europe	9
Guido Raimondi President of the European Court of Human Rights	11

WELCOMING SPEECHES AT THE YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

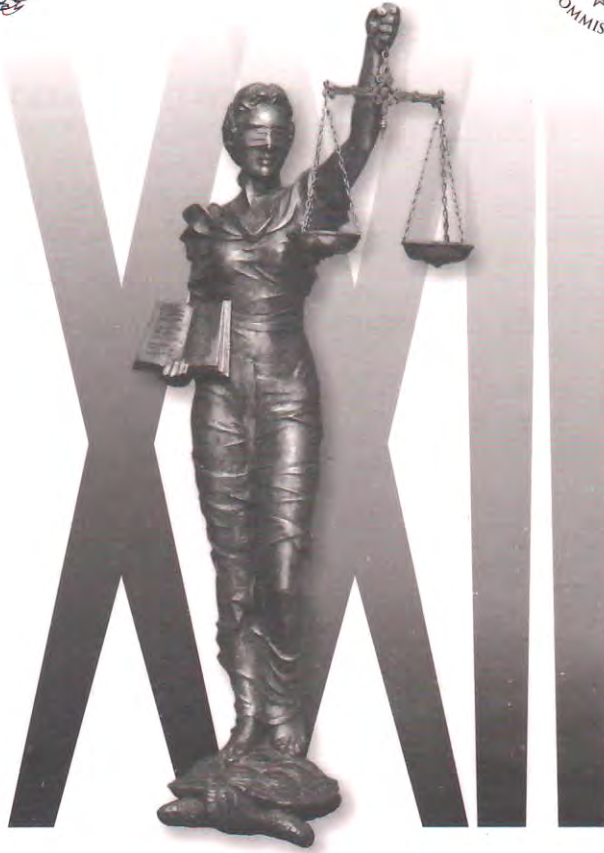
Phillipe Boillat Director General at the Directorate General of Human Rights and Rule of Law of the Council of Europe	15
Jan Helgesen Chair of the Scientific Council of the Venice Commission of the Council of Europe	19
Arman Tatoyan Human Rights Defender of the Republic of Armenia	24

REPORTS ON THE YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Gagik Harutyunyan Constitutional Monitoring as Guarantee for Overcoming the Deficit of Constitutionalism (Conceptual approaches)	29
---	----

Jan Helgesen	
Principle of Rule of Law and its Practical Implications	39
Sergey Holovaty	
The Concept of the Rule of Law"Difficulties of its Perception in the Post-Soviet Legal Culture (Ukraine's Experience)	47
Phillipe Boillat	
The Role and Significance of the Rule of Law Checklist and the Role of Constitutional Court in Overcoming Legal Gaps and Legal Uncertainty	60
Armen Harutyunyan	
Problems of Armenian constitutionalism and Practice of ECHR (Main theses)	66
Petri Helander	
The Role and Place of Systemic Constitutional Monitoring in Enhancement of the System of Constitutional Control and Overcoming of the Deficit of Constitutionalism	68
Hayk Sargsyan	
Approaches of the Instrumentarium Elaboration and Implementation Methods of Constitutional Diagnosis	78
Nikolay Bondar	
Legal Gaps as a Category of Constitutional-Legal Defectology: the Methodology of Research of the Judicial Practice of Overcoming	94
Mario Jelusic	
Constitutional Monitoring in Overcoming the Deficit of Constitutionalism	115
Robert Spano	
The Principle of Subsidiarity and Constitutional Traditions	123
Mato Arlović	
The Constitutional Action Framework of the Constitutional Court of the Republic of Croatia for the Review and Appraisal of the Constitutionality of Legal Gaps	127
Sergey Vdovichenko	
Doctrine of Renewal of Previously Issued Standards of the Laws in the Activities of the Constitutional Court of Ukraine	157
João Pedro Caupers	
The Guarantee of the Constitution and the Enforcement of Constitutional Court Decisions	167
Mergul Bobukeeva	
Role and Significance of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Kyrgyz Republic in Overcoming the Legislative Gaps and Legal Uncertainty	181

Tadeush Voronovich Role of the Constitutional Justice in Elimination of Gaps and Legal Uncertainty in the Constitutional and Legal Regulation	187
Felix Tokhyan Role of the Constitutional Court in Overcoming Legislative Gaps and Legal Uncertainty (practice of Constitutional Court of the Republic of Armenia)	194
Makham Makhmudzoda Role and Significance of the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan in Overcoming the Legislative Gaps and Legal Uncertainty	201
Daiga Rezevska The Utility of Decisions of the Constitutional Court of Latvia in Filling Legislative Gaps	210
Jan Zobec The Concept of Unconstitutional Legal Gaps as Developed in the Jurisprudence of the Slovene Constitutional Court	220
Victor Malinovski Role of the Constitutional Council in Providing Correct Usage of Conceptual Apparatus of the Basic Law of the Republic of Kazakhstan as the Main Means for Preventing the Legal Uncertainties	234
Luigi Vero Tarca The Constitution as a Philosophical Question	242



XXII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE
The Role of Constitutional Courts
in Overcoming Constitutional Conflicts

XXII CONFÉRENCE INTERNATIONALE D'ERÉVAN
Le rôle des Cours constitutionnelles
à surmonter les conflits constitutionnels

XXII ЕРЕВАНСКАЯ МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
Роль конституционных судов
в преодолении конституционных конфликтов

19-21 OCTOBER
OCTOBRE 2017
ОКТАБРЯ

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:

А. АКОПЯН (Рук. группы)

А. НАКОВУАН (Head of the group)

И. ДАНИЕЛЯН
Н. АЛЕКСАНИЯН
Н. ХАЧИКЯН
Г. ОГАНЕСЯН
С. ГРИГОРЯН

I. DANIELYAN
N. ALEXANYAN
N. KHACHIKYAN
G. HOVHANESSYAN
S. GRIGORYAN

Материалы Альманаха публикуются в авторской редакции
The materials of Almanac are published in the author's version

Тираж/circulation: 1000



Адрес редакции:

0019, Ереван, пр. Баграмяна 10
Тел.: +37410 529991, +37411 588189
Факс: +37410 529991
E-mail: armlaw@concourt.am
centercon@concourt.am
URL:<http://www.concourt.am>