

Almanac

Constitutional justice
in the new millennium

Алманах

Justice constitutionnelle
au nouveau millenaire



Алманах

Verfassungsjustiz
im neuen Jahrtausend

Альманах

Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN
ԵՐԵՎԱՆ

EREVAN
EREVAN

ISSN 1829-0124

Алманах
Constitutional justice
in the new millennium
2017
Verfassungsjustiz
im neuen Jahrtausend
Алманах
Альманах
Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2017

**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» - 2017
© «НЖАР» - 2017
© «NJHAR» - 2017



XXII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE
The Role of the Constitutional Courts
in Overcoming Constitutional Conflicts

XXII CONFÉRENCE INTERNATIONALE D'EREVAN
Le rôle des Cours constitutionnelles pour
surmonter des conflits constitutionnels

XXII ЕРЕВАНСКАЯ МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
Роль конституционных судов в преодолении
конституционных конфликтов

ОCTOBER
19-21 OCTOBRE 2017
ОКТАБРЯ



**german
cooperation**

DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

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

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО OPENING SPEECH ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

ГАГИК АРУТЮНЯН

Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Многоуважаемые участники Международной конференции!

Дорогие гости!

Дамы и господа!

Приветствую всех участников Конференции.

Добро пожаловать!

Благодарен Вам за принятие приглашения и участие в нынешних обсуждениях по одному из стержневых вопросов конституционного правосудия.

С самого дня образования Конституционного Суда Республики Армения особое значение уделялось установлению международного сотрудничества в этой сфере и организации подобных ежегодных обсуждений. Это уже 22-ая по счету и уже ставшая традицией Конференция. Я убежден, что Ереванские конференции оставили свой след в решении многочисленных проблем конституционного правосудия, законодательных и институциональных реформах и утверждении в наших странах конституционной законности.

Подобные обсуждения с 90-х годов способствовали созданию Международной конференции конституционных судов стран новой демократии, а также сыграли большую роль в становлении Всемирной конференции конституционных судов, участниками которой в настоящее время являются 111 стран мира.

Недавно на состоявшемся в Вильнюсе IV Конгрессе Всемирной конференции я имел возможность констатировать, что международное сотрудничество конституционных судов получило новое качество и содержание, что в значительной степени способствует установлению и укреплению конституционной демократии в международном аспекте.

Опыт прошлых лет также свидетельствует, что наши обсуждения и с их учетом также выраженные конституционными судами правовые

позиции стали самым важным источником конституционных развитий во многих странах. Об этом свидетельствуют также проведенные в нашей стране в 2015 году конституционные реформы, в которых главным образом отражены правовые позиции Конституционного Суда.

Помимо этого, наш Суд неоднократно констатировал, что гарантирование верховенства Конституции не может быть полноценным, если не гарантируется непосредственное действие основных прав человека и нет эффективных механизмов разрешения конституционных споров.

В нашей стране посредством конституционных реформ была предпринята попытка преодолеть подобный пробел. В частности, в пункте 4 статьи 168 Конституции закреплено, что Конституционный Суд в порядке, установленном Законом о Конституционном Суде, «разрешает споры между конституционными органами, возникающие в связи с их конституционными полномочиями».

Считаю это также серьезным прогрессивным шагом. Опыт разных стран, которые на протяжении многих лет укореняли подобную практику, свидетельствует, что это то важное средство и возможность, когда недопустимы перенос правовых споров в политическое поле и провоцирование нестабильности в стране.

В этой области Федеральный Конституционный Суд Германии накопил значительный опыт, еще с 1949 года будучи наделенным подобным полномочием статьей 93 Основного Закона. Принимая во внимание это обстоятельство, мы пригласили из Федеративной Республики Германия профессора Кристофа Дегенхарта как основного докладчика на этой Конференции. И он любезно согласился поделиться с нами своими замечаниями в связи с темой обсуждения.

Убежден, что каждый из наших докладчиков дополнит прогрессивные подходы в связи с данной проблемой, и вместе сможем найти наилучшие процессуальные решения, учитывая особенности рассмотрения подобных дел в конституционных судах.

Уважаемые коллеги!

Эта Конференция в таком формате станет для меня последней, так как с 23 марта 2018 года истекает срок моих полномочий в Конституционном Суде. Надеюсь, однако, что эта добрая традиция будет продолжена, поскольку она очень полезна и востребована.

В этом году начинается еще одна важная инициатива. Вам уже известно, что год назад был создан Международный аналитический центр «Конституционная культура», членами-учредителями которого являются 45 известных конституционалистов из 19 стран мира. 17-18 ноября

сего года Центр в Риме совместно со Святым Престолом проведет свою первую Международную конференцию. Убежден, что Международный центр «Конституционная культура» также в скором времени станет одним из флагманов по установлению конституционной демократии и укреплению конституционной культуры в мире. Я надеюсь также на Ваше активное участие в дальнейшей деятельности Международного центра.

Дорогие друзья!

Я признателен, что за последние 20 лет Венецианская комиссия Совета Европы всегда была рядом с нами. Будучи членом этой Комиссии еще с 1997 года, а впоследствии также членом Бюро Комиссии, без колебаний могу сказать, что роль Венецианской комиссии в международной практике исключительна, особенно в установлении верховенства права, укреплении демократических процессов, и, в частности, содействии становлению конституционных судов. Хочу поприветствовать и поблагодарить своего старого друга вице-президента Венецианской комиссии г-жу Хердис Кьерульф-Торгейсдоттир и представляющую секретариат Комиссии Татьяну Мышелову за участие в этой Конференции.

Многие из Вас также помнят, что первый Всемирный конгресс конституционных судов состоялся в 2009 году в Южной Африке, в Кейптауне. И сегодня очень символично, что в 22-ой Ереванской международной конференции участвует также мой хороший друг, Председатель Конституционного Суда Южно-Африканской Республики г-н Могоенг Могоенг.

С нами также делегации органов конституционного правосудия Алжира, Бельгии, Болгарии, Беларуси, Эфиопии, Латвии, Хорватии, Казахстана, Кыргызстана, Македонии, Молдовы, Черногории, Российской Федерации, Сербии, Грузии, Таджикистана и Украины.

Я выражаю благодарность всем нашим гостям. Добро пожаловать в Армению!

Хотел бы от имени всех нас поздравить Председателя Конституционного Совета Казахстана, моего доброго друга Игоря Рогова с избранием его месяц назад на пост Председателя Международной конференции конституционных судов стран новой демократии.

Выражаю особую благодарность бывшему Председателю Конституционного Суда Латвии Гунарсу Кутрису, бывшему Председателю Конституционного Суда Грузии Георгию Папуашвили и бывшему Председателю Конституционного Суда Черногории Десанке Лопичич за принятие моего приглашения участвовать в этой Конференции.

За последние годы число участников Ереванской международной конференции из разных стран превысило тысячу. Сформировалась огромная армия коллег и соратников. Это тоже большое богатство. Мы должны его сохранить и приумножить. Поэтому я не думаю, что настоящая Конференция станет для меня прощальной. Я всегда буду вместе с Вами и буду использовать весь свой творческий потенциал для достижения успеха в решении насущных проблем установления конституционализма, преодоления иммунодефицита общественного организма и гарантирования верховенства Конституции. А успех обусловлен наличием большой армии соратников, которую нам удалось сформировать за эти годы.

Я также хочу выразить благодарность представителю Европейского союза в Республике Армения, Послу г-ну Свитальски и руководителю Представительства Совета Европы в Армении г-же Вутовой за готовность выступить с приветственной речью на нашей Конференции.

Мы благодарны также Посольству Федеративной Республики Германия в Республике Армения и Ереванскому офису Германского общества по международному сотрудничеству GIZ за постоянную поддержку в организации международных конференций в Ереване.

Позвольте мне объявить 22-ую Ереванскую международную конференцию, посвященную раскрытию роли конституционных судов в разрешении конституционных конфликтов, открытой и пригласить выступить с приветственной речью Посла г-на Свитальски.

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 welcome the participants of the Conference. I would like to express my gratitude for your response to our invitation and participation in the current discussions of one of the key issues of constitutional justice.

Since the establishment of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, the establishment of international cooperation and organization, such annual discussions in this area have been highlighted. This is the XXII Conference which has already become traditional. I am convinced that

Yerevan Conferences have left a mark on the solution of some main issues of constitutional justice, legislative and institutional reforms and establishment of constitutional legitimacy in our countries.

Such discussions in the 1990s contributed to the establishment of the International Conference of Constitutional Courts of the Countries of New Democracy, as well as played an active role in the establishment of the World Conference of Constitutional Courts, and 111 countries of the world are currently members of the World Conference of Constitutional Courts.

Recently, at the Fourth Congress of the World Conference in Vilnius, I had the opportunity to state that international cooperation of the constitutional courts has gained a new quality and content, which greatly contributes to the establishment and consolidation of constitutional democracy in the international aspect.

The experience of past years also proves that our discussions and legal positions expressed by the constitutional courts have become the most important source of constitutional developments in many countries. The 2015 constitutional reforms of our country, where the legal positions of the Constitutional Court were largely reflected, have become the evidence of the latter.

Our Court, *inter alia*, has repeatedly stated that guaranteeing the rule of the Constitution cannot be complete, unless the direct implementation of human rights is guaranteed and unless there are effective mechanisms for resolving constitutional disputes.

In our country, an attempt was made to overcome such a gap by the means of constitutional amendments. Particularly, Point 4 of Article 168 of the Constitution stipulates that the Constitutional Court shall, in accordance with the procedure prescribed by the Law on the Constitutional Court, "Resolve disputes arising between constitutional bodies with respect to their constitutional powers."

I consider this as a serious step forward. The experience of different countries, which for many years embraced such a practice, reveals that this is an important means and opportunity when legal disputes are not allowed to bring to the political level and provoke instability in the country.

The Federal Constitutional Court of Germany has built up a considerable expertise in this field, and since 1949 the Court is endowed with such a power according to Article 93 of the Basic Law. Taking this into consideration, we have invited Professor Christoph Degenhart from the German Federation as the main speaker of this Conference, who kindly agreed to share his considerations with us on the main issue of discussion.

I am convinced that all rapporteurs will complement the progressive approaches to the main issue and will also make it possible to find procedural solutions considering the peculiarities of such cases in the constitutional courts likewise.

Dear colleagues,

This will be the last Conference for me in this format, since my term of office at the Constitutional Court ends on 23 March 2018. I hope, however, that this good tradition will be continued, as it is very effective and demanded.

Another important initiative is starting this year. As you know "Constitutional Culture" International Analytical Center was established last year and 45 well-known constitutionalists from 19 countries are the founders. The first international conference of the Center will be convened this year on November 17-18 in Rome, in cooperation with the Holy See. I am convinced that soon "Constitutional Culture" International Center will also become one of the major flag-bearers in the world for the establishment of constitutional democracy and strengthening of constitutional culture. I also look forward to your active participation in future activities of the International Center.

Dear friends,

I am grateful that over the past 20 years, the Venice Commission of the Council of Europe has always supported us. I have been a member of this committee since 1997, and later as a member of the Bureau of the Commission, and I can state straightforward that the role of the Venice Commission in the international practice is particularly important in establishing the rule of law, strengthening democratic processes and, in particular, supporting to the establishment of constitutional courts. I would like to greet my longtime friend Ms Herdis Kjerulf Thorgeirsdottir, Vice-President of the Venice Commission, and Tatiana Mychelova, who represents the Secretariat of the Commission for participating in this Conference.

Many of you would recall that the First World Congress of Constitutional Courts was held in 2009 in Cape Town, the Republic of South Africa. It is very symbolic that today Mr Mogoeng Mogoeng, Chief Justice of the Republic of South Africa and a good friend of mine also participates in XXII Yerevan International Conference of the constitutional courts.

Delegations representing the bodies of constitutional justice from Algeria, Belgium, Bulgaria, Belarus, Ethiopia, Latvia, Croatia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Macedonia, Moldova, Montenegro, the Russian Federation, Serbia, Georgia, Tajikistan and Ukraine also participate in the Conference.

I express my gratitude to all our guests and wish them good luck in Armenia.

On behalf of all of us, I would like to congratulate my good friend Igor Rogov,

Chairman of the Constitutional Council of Kazakhstan on the occasion of being elected President of the International Conference of Constitutional Courts of the Countries of New Democracy last month.

I express special gratitude to Gunars Kutris, Former President of the Constitutional Court of Latvia, Giorgi Papuashvili, Former President of the Constitutional Court of Georgia, and Desanka Lopicic, Former President of the Constitutional Court of Montenegro for accepting my invitation and attending this Conference.

Over the past few years, the number of participants from different countries in Yerevan International Conference has exceeded one thousand. A big army of colleagues and supporters has been formed. It is an enormous fortune for us. We must be able to maintain and multiply it. Therefore, I do not think this will be a farewell conference for me. I will always be with you and use all my creative potential to succeed in establishing constitutionality, overcoming the immune deficiency of the public organism and resolving urgent issues of ensuring the rule of the Constitution. The success is conditioned by the presence of a big army of supporters, which we have managed to achieve over these years.

I would also like to express my gratitude to Ambassador Switalski, representative of the European Union in the Republic of Armenia, and Ms Voutova, Head of Council of Europe Office in Yerevan for delivering a welcome speech at our Conference.

We are also grateful to the Embassy of the Federal Republic of Germany in the Republic of Armenia and the German Corporation for International Cooperation (GIZ) office in Yerevan for supporting us in organizing Yerevan International Conferences.

Let me declare open XXII Yerevan International Conference dedicated to the revealing of the role of the constitutional courts in overcoming constitutional conflicts, and I would like to invite Ambassador Switalski for delivering a welcome speech.



ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА WELCOMING SPEECHES DISCOURS DE VOEUX

HERDÍS KJERULF THORGEIRSDÓTTIR

Vice-President of the Venice Commission

It is a privilege to address this distinguished audience. Let me convey to the President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, **Mr. Gagik Harutyunyan**, the heartfelt gratitude of the Venice Commission. Let me thank warmly all our Armenian friends for their generous hospitality.

I am very much looking forward to an interesting debate concerning the important role of constitutional courts in the solution of conflicts with the participation of judges of Constitutional Courts– the guardians of constitutions – our views will certainly be deepened by the discussions today and tomorrow.

My few remarks here at the opening of this conference will not tackle the core issue which will be addressed in the presentations of the distinguished speakers at this conference from which I have no doubt there is much to learn. Allow me though to mention that the Venice Commission, as the Council of Europe advisory body on constitutional matters **since 1990** – has been called upon to provide advice in (post) conflict situations: during the Rambouillet negotiations on Kosovo; in various opinions referred to the OHRID agreement in 2001 which ended Macedonia’s armed conflict between Albanian rebels and Macedonian security forces: and the Venice Commission was called upon to interpret the overlapping Washington and Dayton constitutions in Bosnia-Herzegovina; finally I would like to mention the Venice Commission’s opinion on decentralization in Ukraine built on the Minsk agreement. These extreme examples relate to situations of armed conflict and are only the tip of the iceberg as in general the Venice Commission in its opinions contributes to the settlement of disputes and a legal opinion from the Venice Commission as an objective international actor can contribute to solving political conflicts.

Our conference today also gathers the Courts of the Conference of Constitutional Control Organs of the Countries of New Democracy (CCCOCND). I am pleased to learn that the Chairman of the Constitutional Court of Kazakhstan, Mr Igor Rogov, has taken over the char of this New Democracies Conference. We are confident that the excellent co-operation with the New Democracies Conference will continue to prosper under the presidency of Chairman Rogov, not least because he too is a member of the Venice Commission like the Chairman Harutyunyan who presided since 1997. The Conference of Constitutional Control Organs of the Countries of New Democracy is one of the 10 regional and linguistic groups which constitute the World Conference on Constitutional Justice of which the Venice Commission is the secretariat. Only a few weeks ago, the World Conference held its successful 4th Congress in Vilnius. The next Congress will take place in 2020 in Algiers. However, the World Conference does not only meet every three years and fall into sleep in between. We enable and promote a continuous co-operation between the 112 member Courts through the CODICES database and the restricted Venice Forum. Most of you have appointed **liaison officers** with the Venice Commission, who provide us with summaries of the most important case law of your Courts – case law which we include in our data base called **CODICES** and those who have not yet done so are encouraged to appoint their liaison officers for contributions of case law to our database. CODICES contains over 9000 cases from CODICES and the on-line Venice Forum thus contribute to the dissemination and consolidation of our common **constitutional heritage**.

Constitutional justice lies at the heart of the VC's work. **Constitutional justice** regards democracy and law at the same time as emphasized by the former President of the VC, **Anthony La Pergola**, in the early days of the Commission – when constitutional courts were springing to life in almost every country **emerging from the ashes of oppressive dictatorship**—constitutional justice affects, and as La Pergola said inspires, the actual working of the constitution as a frame of government and a bill of rights.

Constitutional Courts are the **cornerstones of constitutional democracy** just like Parliament is the hallmark of representative government.

Constitutional justice means that these courts enjoy the trust of citizens and

respect within their jurisdictions. When things are as they should be constitutional courts are trusted to secure the enjoyment of freedoms and rights through the observance of the Constitution. Within the Council of Europe member states this means that judges are able to deliver/prepare judgments in conformity with European standards of constitutional justice - independence of the judiciary, separation of powers, protection of human rights and **rule of law**.

Mr President,

Ladies and gentlemen,

Just a few days ago, **Gianni Buquicchio**, the President of the Venice Commission, presented the VC Rule of Law Checklist to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe which subsequently endorsed it, and decided to use this operational tool systematically to assess the level of compliance with the Rule of Law in any given member state.

The Parliamentary Assembly of the CoE has recently thoroughly examined the situation in five member states of the CoE and is concerned with some recent developments, which put at risk the respect for the rule of law, and in particular **the independence of the judiciary and the principle of separation of powers**.

That conclusion confirms that great challenges are emerging to the rule of law and constitutional justice. When the work of constitutional courts is questioned, their judges pressurized or threatened and their judgments not implemented, these are clear signs that constitutional justice is in danger.

The Venice Commission has a tradition of supporting Constitutional Courts that come under undue pressure. Only last week, the President of the Venice Commission made a public declaration defending the Court against statements by President of Moldova casting doubt on the judgments of the Constitutional Court and the impartiality of its judges. Such declarations are adopted either by the plenary of the Venice Commission or – in urgent cases - by its President.

We are living in interesting times. Confidence in all state institutions is widely decreasing – in the wake of the economic crisis. We have just recently witnessed the difficulties faced by the Spanish Constitutional Court due to its position in the confusing Catalonia conflict. The politicization of constitutional justice is a dangerous sign, wherever it occurs. Constitutional Courts have judicial authority – the execution of their judgments is usually attributed to other state powers

as the Venice Commission has emphasized. Otherwise this risks degrading the authority of constitutional courts whose pride and trust depends on never being put into a position of exercising political power.

The discussions we will be having today and tomorrow will undoubtedly clarify and contribute to a clearer understanding of the role of these important institutions of any democratic society.

Thank you very much for your attention.

ХЕРДИС КЪЕРУЛЬФ ТОРГЕИРСДОТТИР

Вице-председатель Венецианской комиссии

Господин Председатель Конституционного Суда Республики Армения!

Уважаемые председатели и судьи конституционных судов!

Дамы и господа!

Для меня большая честь обратиться к такой уважаемой аудитории. Позвольте мне от имени Венецианской комиссии выразить искреннюю благодарность Председателю Конституционного Суда Республики Армения г-ну Гагику Арутюняну. Позвольте также искренне поблагодарить всех наших армянских друзей за радушное гостеприимство.

Я с нетерпением жду интересных обсуждений с участием судей конституционных судов - защитников конституций - относительно роли конституционных судов в разрешении конфликтов. Несомненно, эти двухдневные обсуждения способствуют углублению наших знаний в связи с темой обсуждения.

Несколькими моими замечаниями на открытии настоящей Конференции не стану пытаться найти решение основной проблемы, которая будет рассмотрена в выступлениях ораторов на этой Конференции, у которых, несомненно, есть чему поучиться. Позвольте мне хотя бы упомянуть, что Венецианская комиссия, начиная с 1990 года, в качестве консультативного органа Совета Европы по конституционным вопросам была призвана оказывать консультативные услуги в постконфликтных ситуациях.

Например, в ходе переговоров в Рамбуйе по Косовской проблеме различными заключениями относительно Охридского соглашения 2001 года, положившего конец вооруженному конфликту в Македонии между албанскими повстанцами и македонскими силами безопасности. Венецианская комиссия была призвана также толковать частично совпадающие Вашингтонское и Дейтонское соглашения о мире в Боснии и Герцеговине. Наконец, я хотел бы упомянуть заключение Венецианской комиссии по части децентрализации в Украине, предусмотренной в Минском соглашении.

Эти исключительные примеры связаны с ситуациями вооруженного конфликта и являются лишь верхушкой айсберга, так как в целом Венецианская комиссия своими заключениями способствует разрешению споров, и правовое заключение Венецианской комиссии как объективной международной структуры может способствовать разрешению политических конфликтов.

Господин Председатель!

Дамы и господа!

Наша Конференция сегодня объединила также суды Конференции органов конституционного контроля стран новой демократии (СССОСНД). Мне приятно узнать, что Председатель Конституционного Суда Казахстана Игорь Рогов принял на себя обязанности Председателя этой Конференции стран новой демократии. Мы уверены, что отличное сотрудничество с Конференцией стран новой демократии будет продолжать процветать под председательством господина Рогова, в том числе и потому, что он, как и господин Арутюнян, который председательствовал с 1997 года, также является членом Венецианской комиссии. Конференция органов конституционного контроля стран новой демократии является одной из 10 региональных и лингвистических групп, входящих в состав Всемирной конференции по конституционному правосудию, функции Секретариата которой осуществляет Венецианская комиссия. Всего несколько недель назад в Вильнюсе состоялся IV Конгресс Всемирной конференции по конституционному правосудию. Следующий Конгресс состоится в 2020 году в Алжире. Конгрессы Всемирной конференции созываются каждые три года, а в перерывах между ними Конференция «впа-

дает в спячку». Мы поддерживаем и поощряем непрерывное сотрудничество между 112 судами-членами через базу данных CODICES и конфиденциальный «Венецианский форум». Большинство из Вас назначили корреспондентов по связи с Венецианской комиссией, которые предоставляют нам краткое изложение наиболее важного прецедентного права Ваших судов, прецедентное право, которое мы включаем в нашу так называемую базу данных «CODICES», и тем, кто еще не сделал этого, рекомендуется назначить корреспондентов по связи для внесения вашего прецедентного права в нашу базу данных. В CODICES содержится более 9000 дел, и Венецианский форум таким образом, в онлайн режиме способствует распространению и объединению нашего общего конституционного наследия.

Господин Председатель!

Дамы и господа!

Как отметил бывший Председатель Венецианской комиссии Антонио Ла Пергола, конституционное правосудие одновременно касается и демократии, и права. В первые дни основания Комиссии, когда конституционные суды претворялись в жизнь почти в каждой стране, восставшей из пепла жестокой диктатуры, конституционное правосудие сыграло роль и, как сказал Ла Пергола, вдохновило реальное действие Конституции, как Основного Закона, закрепляющего государственное устройство и права и свободы человека.

Конституционные суды являются краеугольным камнем конституционной демократии, так же как парламент является институтом представительной власти.

Конституционное правосудие означает, что эти суды в пределах своей компетенции пользуются доверием и уважением граждан. Когда все обстоит должным образом, конституционным судам доверяется обеспечение реализации прав и свобод посредством соблюдения Конституции. В государствах-членах Совета Европы это означает, что судьи могут выносить/подготавливать судебные решения в соответствии с европейскими стандартами конституционного правосудия, такими как независимость судебной власти, разделение властей, защита прав человека и верховенство права.

Господин Председатель!

Дамы и господа!

Всего несколько дней назад Председатель Венецианской комиссии Джанни Букиккио представил Парламентской ассамблее Совета Европы принятый Венецианской комиссией Контрольный список вопросов по соблюдению верховенства права, которая впоследствии одобрила его, и решила систематически использовать этот оперативный инструмент для оценки уровня соблюдения верховенства права в любом конкретном государстве-члене.

Парламентская ассамблея СЕ недавно тщательно проанализировала ситуацию в пяти государствах-членах СЕ и обеспокоена некоторыми недавними событиями, которые ставят под угрозу соблюдение верховенства права и, в частности, независимость судебной власти и принцип разделения властей.

Приходим к заключению, что конституционному правосудию и верховенству права брошены вызовы. Когда ставится под вопрос работа конституционных судов, когда судьям угрожают или оказывают на них давление и их решения не исполняются, то это явные признаки того, что конституционное правосудие находится под угрозой.

Венецианская комиссия имеет традицию поддерживать конституционные суды, подвергшиеся неуместному давлению. Только на прошлой неделе Председатель Венецианской комиссии сделал публичное заявление в защиту Суда от заявлений Президента Молдовы, поставившего под сомнение решения Конституционного Суда и беспристрастность его судей. Такие заявления принимаются либо пленарным заседанием Венецианской комиссии, либо в неотложных случаях - ее Председателем.

Мы живем в интересные времена. В связи с экономическим кризисом доверие ко всем государственным учреждениям значительно уменьшилось. Мы только что стали свидетелями трудностей, с которыми столкнулся Конституционный Суд Испании из-за его позиции в запутанном Каталонском конфликте. Политизация конституционного правосудия, где бы она ни имела место, - тревожный сигнал. Как подчеркнула Венецианская комиссия, конституционные суды наделены судебной властью, обычно другие ветви власти исполняют их решения. В противном

случае возникнет риск снижения авторитета конституционных судов, а их авторитет и доверие к ним зависят от того, что они никогда не выступают с позиции действующей политической власти.

Сегодняшние и завтрашние обсуждения, несомненно, внесут ясность и способствуют более четкому пониманию роли этих важных институтов в любом демократическом обществе.

Благодарю за внимание.



BERNHARD MATTHIAS KIESLER

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

It is a great pleasure for me to address you at this important conference. I warmly welcome the Presidents, Vice Presidents and other representatives of Constitutional Courts from many countries. Let me in particular welcome Prof. Degenhart from the University of Leipzig. I'd like to thank you, Prof. Degenhart, not only for your coming to this conference, but also for your advisory services here in Armenia for many years: for the new constitution in 2014/2015 and now for drafting the new law on the constitutional court. We all look forward to your key note address after the welcome addresses. My special welcome goes to Ms. Thorgeirsdottir, Vice President of the Venice Commission. We are very grateful for your coming and for the excellent work of the Venice Commission.

Ladies and Gentlemen,

I dare say: There is no perfect constitution in the world. Although legal experts do their very best to accomplish this goal – to draft the perfect constitution, one should be realistic. In existing constitutions, there might be ambiguities, there might be outdated provisions, or maybe the constitution is not up-to date with recent developments when it comes to the catalogue of human and civil rights. And we have to take into account that the revision of a constitution is quite cumbersome and needs a strong support by a sound majority in Parliament and/or the population through a referendum. So we have to live in a constitutional world that is not perfect.

One of the ambiguities I mentioned before is that the role of the constitutional bodies is not clearly defined or that there might be overlapping competencies. And here the constitutions have to play an important role. The German Constitution, the Basic Law, has given the Federal Constitutional Court the competence to decide on conflicts between constitutional bodies. For example, the German Federal Constitutional Court decided on the participation of the German Parliament, the Bundestag, regarding the decisions on military missions of the German Armed Forces or about the right of the Bundestag to be promptly informed by the Government on EU issues.

It is more than welcome that in the new Armenian constitution under Article 168 the Constitutional Court shall settle disputes arising

between constitutional bodies with respect to the constitutional powers. Not only the Constitutional Courts will play an even more important role, but also this mandate will definitely strengthen the application of constitutional law in Armenia.

Let me add another general aspect about the efficacy of constitutions: A well-drafted constitution is one side of the medal; the other side is that the population identifies with the constitution and the constitutional bodies. After the First World War, Germany – now democratic – adopted a Constitution that was in many respects exemplary and far ahead of other constitutions in Europe. However, it turned out that more and more Germans felt that this constitution did not meet their expectations and finally a majority of them voted for those parties – be it on the left or on the right side – that totally opposed this constitution. In my opinion, in any society, all constitutional bodies have to do their best for the benefit of the whole country so that the citizens have trust into these institutions. This is an ongoing process. Here in Armenia with the new constitution that shifted from a semi-presidential to a parliamentary system there is now a great chance that the Parliament and, namely the Parliamentarians, take their increased responsibility, in particular when it comes to the democratic control of the executive authorities.

The German Government – through GIZ – fully supports this transition to a full parliamentary system. This project is part of the overarching concept in our bilateral co-operation to assist Armenia in her reform and modernization efforts. The GIZ project was instrumental in drafting the constitution and now in drafting or amending a number of constitutional laws, including the Law on the Constitutional Court. I am convinced that the conference today and tomorrow will give new impetus and food for thought. I wish all of us inspiring contributions from the experts and fruitful discussions afterwards.

МАТИАС КИСЛЕР

Чрезвычайный и Полномочный Посол Федеративной Республики Германия в Республике Армения

Мне очень приятно обратиться к Вам на этой важной Конференции. Я тепло приветствую председателей, вице-председателей и других представителей конституционных судов из многих

стран. Позвольте мне, в частности, приветствовать профессора Дегенхарта из Лейпцигского университета. Профессор Дегенхарт, я хотел бы поблагодарить Вас не только за Ваше присутствие на этой Конференции, но и за Ваши многолетние консультации, в частности в 2014-2015 годах, по вопросам принятия новой Конституции Армении, а в настоящее время - по разработке нового закона "О Конституционном Суде". Мы все с нетерпением ждем Ваше вступительное слово. Особо приветствую Вице-председателя Венецианской комиссии госпожу Торгейрседоттир. Мы очень благодарны за Ваше присутствие и за отличную работу Венецианской комиссии.

Дамы и господа!

Осмелюсь сказать, что в мире нет совершенной конституции. Хотя правоведы делают все возможное для достижения этой цели - разработки идеальной конституции, однако реальность иная. В существующих конституциях могут быть неясности, устаревшие положения, или конституция может не отвечать современным развитиям в области прав человека и гражданина. Мы должны учитывать также, что пересмотр конституции - довольно трудная работа и нуждается в решительной поддержке стабильного парламентского большинства и/или народа посредством референдума. И так мы должны жить в конституционном мире, который не идеален.

Одна из неопределенностей, о которых я упоминал ранее, заключается в том, что роль конституционных органов четко не определена и могут быть совпадающие полномочия. Конституционные органы в таких случаях должны играть важную роль. Основным закон Германии - Конституция предоставила Федеральному Конституционному Суду полномочие разрешать споры между конституционными органами. Например, Федеральный Конституционный Суд Германии принял решение касательно участия Парламента Германии – Бундестага в решении вопросов относительно военных миссий Вооруженных сил Германии и о праве Бундестага быть незамедлительно информированным Правительством по вопросам ЕС.

Более чем приятно, что в новой Конституции Армении в соответствии со статьей 168 Конституционный Суд разрешает споры между конституционными органами, возникающие в связи с их конституционными полномочиями. Это не только повысит роль Конституционного Суда, но также данный мандат, безусловно,

способствует расширению применения конституционного права в Армении.

Позвольте добавить еще один общий аспект относительно действенности конституций: хорошо составленная конституция - это одна сторона медали; другая сторона состоит в том, чтобы население отождествлялось с конституцией и конституционными органами. После Первой мировой войны Германия, сейчас уже демократическая, приняла Конституцию, которая во многом была образцовой и намного опережала другие конституции в Европе. Однако выяснилось, что все больше и больше немцев считают, что эта Конституция не оправдывает их ожиданий, и, наконец, большинство из них проголосовали за партии, будь то левые или правые, которые выразились против этой конституции. По моему мнению, в любом обществе все конституционные органы должны сделать все возможное во благо всей страны, и чтобы граждане доверяли этим учреждениям. Это непрерывный процесс. Здесь, в Армении, согласно Конституции, по которой государство перешло от полупрезидентской формы правления к парламентской, теперь есть большая вероятность того, что ответственность парламента и, в частности, членов парламента, возрастет, в том числе касательно демократического контроля за органами исполнительной власти.

Правительство Германии посредством GIZ полностью поддерживает этот переход к полной парламентской системе правления. Этот проект (GIZ) является частью всеобъемлющей концепции нашего двустороннего сотрудничества по оказанию содействия Армении в ее усилиях по реформированию и модернизации. GIZ оказало содействие в разработке Конституции, а в настоящее время - в разработке или изменении ряда конституционных законов, в том числе Закона "О Конституционном Суде".

Я убежден, что Конференция сегодня и завтра даст новый импульс и материал для размышлений. Желаю всем нам плодотворной дискуссии.



NATALIA VOUTOVA*Head of the Council of Europe Office in Armenia*

Mr President of the Constitutional Court,
Ms Vice President of the Venice Commission,
Excellences,

Distinguished presidents and members of the constitutional courts,
Ladies and Gentlemen.

First of all I would like to underline that this Conference takes place within the Partnership for Good Governance, co-founded by the Council of Europe and the European Union and implemented by the Council of Europe. Over the next two days those attending the conference will be hearing different prospective and experiences through which constitutional courts play an important role in different countries.

Regardless of differences, constitutional courts are first and foremost the guarantors of the respective countries laws making, sure that no other branch of Government or entity can unilaterally undermine the will of the citizens and it is manifested in their constitution. Other than the protective role, constitutional courts also could play an invaluable role in resolving conflicts and disagreements between as well as within the branches of governments. It is not uncommon for constitutional courts to way in on disagreements arising between different courts under its jurisdiction and it is even less uncommon for them to try to arbitrate disagreements between executive and legislative bodies. As the final interpreters, constitutional courts have to make sure that the constitution equally protects those whose views we share as well as those whose views we disagree with. Other than the interpretive function, constitutional courts also have a role to play to make sure that the laws they try to uphold are also laws that provide justice and reflect the will of its citizens as such. When a situation arises, where a particular law is challenged, constitutional courts have to make sure that their procedures guarantee that those challenges are processed within the parameters of already established mechanism. I'm sure that today's conference will constitute an important contribution to the re-enforcement of the role of the constitutional courts in overcoming constitutional conflicts.

I would like also to underline that within the framework of one of our projects that the Office is running here - which is also founded by the Partnership for Good Governance - we are working with the Constitutional Court of the Republic of Armenia in publishing the second volume of its decisions. The second volume will touch upon the enforcement of the constitutional court's decisions in terms of ensuring legal certainty and unified application of the law.

I would like to wish you productive two days of work and thank you for your attention.

НАТАЛИЯ ВУТОВА

Руководитель Представительства Совета Европы в Армении

Г-н Председатель Конституционного Суда!

Г-жа Вице-председатель Венецианской комиссии!

Ваше превосходительство!

Председатели и члены конституционных судов!

Дамы и господа!

Прежде всего я хотела бы подчеркнуть, что эта Конференция проходит в рамках совместной программы Совета Европы и Европейского союза "Партнерство в поддержку надлежащего управления", осуществляемой Советом Европы. В ходе последующих двух дней участники Конференции поделятся опытом и перспективами укрепления роли конституционных судов в разных странах.

Несмотря на различия, конституционные суды являются прежде всего гарантами судебной защиты прав и свобод граждан соответствующих стран. Помимо защитной роли, конституционные суды могут играть неоценимую роль в разрешении споров и разногласий между ветвями власти. Они разрешают разногласия, возникающие между различными судами в пределах их полномочий, и нередко пытаются разрешить разногласия между исполнительными и законодательными органами. Конституционные суды, как органы, толкующие нормы права, должны обеспечить, чтобы конституция в равной степени защищала всех, без какой-либо дискриминации. Помимо

толковательной функции, конституционные суды также должны гарантировать, чтобы законы, конституционность которых они проверяют, обеспечивали справедливость и отражали волю своих граждан. Я уверена, что сегодняшняя Конференция внесет важный вклад в укрепление роли конституционных судов в преодолении конституционных конфликтов.

Я хотела бы также отметить, что в рамках одного из основанных "Партнерством в поддержку надлежащего управления" проектов, реализуемых здесь нашим Представительством, мы работаем с Конституционным Судом Республики Армения над изданием второго тома его постановлений. Второй том будет касаться исполнения решений Конституционного Суда с точки зрения обеспечения правовой определенности и единообразного применения закона.

Желаю Вам плодотворной работы и благодарю за внимание.



ДОКЛАДЫ¹ REPORTS¹ RAPPORTS¹



EUROPEAN UNION



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

THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN CONFLICTS BETWEEN CONSTITUTIONAL BODIES

CHRISTOPH DEGENHART

Judge of the Constitutional Court of Saxony

I. Doppelfunktion des Verfassungsgerichts: Gericht und Verfassungsorgan

1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsprechung im materiellen Sinn

Verfassungsgerichte befinden sich in einer eigentümlichen Doppelstellung, in einer Doppelfunktion als Gerichte und Verfassungsorgane. Sie sind, sofern sie nicht im Zuge gutachtlicher Stellungnahmen tätig werden, einerseits und zu allererst Gerichte, üben also materielle Rechtsprechung aus; dies bedeutet die autoritative, verbindliche Entscheidung in Fällen verletzten oder bestrittenen Rechts in einem besonderen, justizförmigen Verfahren.¹ Dies bedeutet grundsätzlich auch, dass sie nur auf Antrag und nicht von Amts wegen tätig werden. Verfassungsrechtsprechung ist Rechtsprechung am Maßstab der Verfassung. Besonders ausgeprägt kommt diese Funktion materieller Rechtsprechung dort zum Tragen, wo den Parteien eines Rechtsstreits die Anrufung des Verfassungsgerichts als einer weiteren, außerordentlichen Instanz im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde eröffnet ist. Verfassungsgerichte sind also einerseits „Gerichte“ im Sinn der Definition von Rechtsprechung im materiellen Sinn. Als Gerichte haben sie gleichwohl eine Sonderstellung inne. Sie resultiert aus dem der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Verfügung stehenden Normenmaterial, dem Prüfungsmaßstab für die Entscheidung der Rechtsfälle. So entscheidet das Bundesverfassungsgericht ausschließlich in Anwendung von Verfassungsrecht, also des Grundgesetzes, entscheiden die Verfassungsgerichte der Länder in Anwendung der Landesverfassung.

¹ *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Auf. 2017 Rdn. 299.

2. Offenheit der Maßstäbe – Verfassungsrecht als „politisches“ Recht

Stärker als in anderen Bereichen der Gerichtsbarkeit sind hier „offene“, konkretisierungsbedürftige Normen anzuwenden. Verfassungsrechtsprechung ist in besonderer Weise *auch* Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung. Das Bundesverfassungsgericht bringt dies wie folgt zum Ausdruck: „*Entsprechend seiner Aufgabe, das Verfassungsrecht zu bewahren, zu entwickeln und fortzubilden hat es selbst letztverbindlich über dessen Auslegung und Anwendung zu entscheiden.*“² Verfassungsrecht ist *politisches Recht*: es bestimmt die rechtlichen Vorgaben der Staatswillensbildung, der politischen Staatsleitung. Diese durch Rechtsprechung aufzuzeigen, bedeutet also, Eingriffe in die politische Staatsleitung vorzunehmen: Verfassungsrechtsprechung ist daher begriffsnotwendig auch politische Rechtsprechung, gerade wenn sie sich im Konflikt zwischen Verfassungsorganen abspielt, aber auch, in föderalistisch strukturierten Staaten, im Konflikt zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten oder auch Regionen. Es liegt auf der Hand, dass dies Begehrlichkeiten weckt, auf die Besetzung von Verfassungsgerichten Einfluss zu nehmen.

3. Verfassungsgericht als Verfassungsorgan

Aus diesen Besonderheiten der Rechtsprechungsfunktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit folgt die Funktion von Verfassungsgerichten als Verfassungsorgane, eine Funktion, die das Bundesverfassungsgericht von Anfang an explizit für sich in Anspruch nahm.³ In richterlicher Unabhängigkeit treffen Verfassungsgerichte letztverbindliche Entscheidungen gegenüber allen anderen Verfassungsorganen, auch dort, wo diese „staatsleitend“ tätig werden. Dies ist der Fall, wo dem Verfassungsgericht die Zuständigkeit für Normenkontrollverfahren zugewiesen ist und damit die Rechtsmacht, Entscheidungen des Parlaments bzw. der parlamentarische Mehrheit und der weiteren am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Verfassungsorgane zu überprüfen und ggf. für ungültig zu erklären. Dies bedeutet, in die Ergebnisse politischer Entscheidungsfindung einzugreifen, die demokratisch begründete Gestaltungsmacht des Gesetzgebers zu begrenzen und verändert die Balance der Verfassungsorgane im gewaltenteilenden Rechtsstaat.

Die Balance im politischen Kräftespiel der Verfassungsorganen wird dort

² BVerfGE 108, 282 (295).

³ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015 Rdn. 8.

unmittelbar beeinflusst, wo dem Verfassungsgericht die Zuständigkeit verliehen ist, Konflikte zwischen Verfassungsorganen (constitutional bodies) oder auch innerhalb von Verfassungsorganen zu entscheiden. Ihm obliegt es als dem „obersten Hüter der Verfassung“,⁴ wie das Bundesverfassungsgericht seine Rolle definiert, anderen Verfassungsorganen ggf. die verfassungsrechtlichen Schranken ihrer Befugnisse aufzuzeigen. Eingebunden in das Kompetenzgeflecht der Verfassungsorgane, kommt damit einem Verfassungsgericht, dem diese Befugnisse verliehen sind, oder aber das in der Lage ist, dahingehende Befugnisse für sich in Anspruch zu nehmen, selbst die Stellung eines Verfassungsorgans zu. Als solches aber hat auch ein Verfassungsgericht die Grundsätze der Gewaltenteilung zu beachten. Da es seine Kompetenzschranken selbst zu ziehen hat und es an einem unmittelbaren rechtlichen Korrektiv fehlt, kommt ihm hierin besondere Verantwortung zu.

4. Sonderstellung als Verfassungsorgan

Verfassungsgerichte sind keine Gerichte wie alle anderen, sie haben auch unter Verfassungsorganen eine Sonderstellung inne. Sie sind in gewissem Sinn übergeordnet, als sie die anderen, unmittelbar politische Funktionen wahrnehmenden Verfassungsorgane kontrollieren und ggf. deren Handeln als verfassungswidrig beanstanden, deren Akte für ungültig erklären können. Vetorechte anderer Verfassungsorgane gegen Entscheidungen des Verfassungsgerichts erscheinen mir mit der Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit schwerlich vereinbar. Verfassungsgerichte verfügen andererseits nicht über die Instrumente, ihre Entscheidungen gegen den Willen der politischen Akteure tatsächlich durchzusetzen. Auch in der Bundesrepublik Deutschland, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit ein vergleichsweise hohes Maß an Autorität genießt, bedurfte es mitunter wiederholter Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ehe sich die politischen Akteure dazu durchringen konnten, verfassungsmäßige Regelungen zu schaffen⁵ – mitunter aber auch den Konsequenzen einer Entscheidung durch Änderung des Grundgesetzes auszuweichen,⁶ eine Vorgehensweise, die dem für den Rechtsstaat unabdingbaren Vertrauen in die Beständigkeit des Verfassungsrechts abträglich ist.

⁴ BVerfG, Denkschrift vom 27. 6. 1953, JöR 6 (1975), 144 ff., 198 ff.

⁵ S. die wiederholten Entscheidungen zur Parteienfinanzierung, BVerfGE 20, 56; 52, 63; 73, 40; 85, 264; 111, 54; 111, 382 oder zum Wahlrecht, BVerfGE 95, 335; 97, 317; 121, 266; 131, 316.

⁶ So nach BVerfGE 119, 331 zur Mischverwaltung von Bund und Ländern.

Ob die Akteure des politischen Systems bereit sind, den Spruch des Verfassungsgerichts zu akzeptieren und umzusetzen, hängt nicht zuletzt von der Überzeugungskraft seiner Entscheidungen ab und von der Autorität, die das Gericht sich durch seine Rechtsprechung schafft. Dies setzt bei Entscheidungen über Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen voraus, dass das Gericht sich einerseits seiner Beschränkung auf verfassungsrechtliche Maßstäbe bewusst bleibt, andererseits sich seiner Verantwortung als Hüter der Verfassung nicht vorschnell durch den Rückzug auf die politische Natur des Rechtsstreits entzieht. Hierzu wurden im Bundesverfassungsgericht mitunter divergierende Positionen vertreten, die dann in Sondervoten Eingang fanden.⁷

II. Verfassungsrechtsprechung in Konflikten zwischen Verfassungsorganen - Verfahrensarten

Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verfassungen zu entscheiden, zählt zu den originären Aufgaben einer Verfassungsgerichtsbarkeit.⁸ Das Grundgesetz sieht hierfür ein besonderes Verfahren vor, das Organstreitverfahren (nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 63 ff. BVerfGG). Es ist teils verfassungsrechtlich, teils einfachgesetzlich geregelt. Demgegenüber bestehen für Streitigkeiten zwischen den Verfassungsorganen „hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Befugnisse“ nach der Verfassung der Republik Armenien (Art. 168 Ziff. 4) detaillierte Vorgaben auf Verfassungsebene. Konflikte zwischen Verfassungsorganen werden auch in Normenkontrollverfahren ausgetragen, wo es je nach der prozessualen Konstellation mitunter nur vordergründig um die Vereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung, im Schwerpunkt aber um einen politischen Richtungsstreit geht, sei es zwischen Verfassungsorganen wie Parlament und – in präsidentialen Systemen – Staatspräsident, sei es zwischen parlamentarischer Mehrheit und Opposition, sei es – in föderalen Systemen – zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten. Auch Konflikte über die Befugnisse der unterschiedlichen am Gesetzgebungsverfahren beteiligten

⁷ So im Fall der Bundestagsauflösung 2005, BVerfGE 114, 221 oder im Fall der OMT-Entscheidung zu den rechtlichen Bindungen der Europäischen Zentralbank, BVerfGE 134, 366.

⁸ Vgl. *Vofßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG III, 6. Aufl. 2010, Rdn. 96; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rdn. 80; *Bethge*, Organstreitigkeiten des Landesverfassungsrechts, in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, 1983, S. 18, der sie zum „Grundstock der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit“ zählt.

Verfassungsorgane können unter dem Gesichtspunkt eines ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahrens im Normenkontrollverfahren zu gerichtlicher Entscheidung gebracht werden. Amtsenthebungsverfahren schließlich sind stets hochgradig politisch motivierte Verfahren.

Um Konflikte und Meinungsverschiedenheiten im Verhältnis von Verfassungsorganen zueinander, aber auch innerhalb von Verfassungsorganen, etwa zwischen parlamentarischer Minderheit und Mehrheit, zu entscheiden, bieten sich jedoch in erster Linie die Organstreitverfahren an. Wenn – um auf das deutsche Beispiel zurückzugreifen – das Bundesverfassungsgericht einen entscheidenden Beitrag geleistet hat, um nach 1949 den demokratischen Rechtsstaat im Bewusstsein der Bürger zu verankern, so ist dies zum einen darauf zurückzuführen, dass mit der Individualverfassungsbeschwerde jedem einzelnen Bürger ein Weg eröffnet wurde, um seine Grundrechte einzufordern, zum anderen aber nicht zuletzt auch darauf, dass Konflikte und Meinungsverschiedenheiten zwischen Verfassungsorganen in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren geklärt werden konnten.

III. Insbesondere: Organstreitverfahren in Kompetenzkonflikten

1. Verfahrensordnung aus Verfassung und Ausführungsgesetz

Welches nun konkret die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Konflikten zwischen Verfassungsorganen sein soll, dies ist Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Verfahrensordnung. Diese ergibt sich regelmäßig aus einer Zusammenschau von Verfassungsrecht und einfachgesetzlichem Verfahrensrecht, wo die jeweilige Verfassung die Figur des Organgesetzes kennt, vorzugsweise in diesem. Die wesentlichen Fragen der Zuständigkeit des Verfassungsgerichts und des verfassungsgerichtlichen Verfahrens allerdings bedürfen entsprechend der Stellung eines Verfassungsgerichts als Verfassungsorgan der Aufnahme in die Verfassung selbst. Dabei kann die Dichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben unterschiedlich sein. Während für das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht sich das Grundgesetz auf wenige Vorgaben beschränkt, sind für ein Gesetz über das Verfassungsgericht der Republik Armenien eine Reihe der zu entscheidenden Punkte bereits durch die Verfassung vorgegeben. Für das Bundesverfassungsgericht allerdings sieht auch im Bundesverfassungsgerichtsgesetz keine abschließende Verfahrensordnung. Es leitet aus der Lückenhaft-

tigkeit der Prozessordnung für sich die Befugnis ab, das Verfahren weitgehend nach eigenem Ermessen zu gestalten, es sieht sich als „Herr des Verfahrens“.⁹ Dies äußert sich vor allem in einer mitunter strikten, mitunter auch großzügigen Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen.

2. Kontrollaufgabe und materielles Verfassungsrecht

Wie weit die Befugnisse des Verfassungsgerichts reichen, wie stark also seine Stellung in Konflikten zwischen Verfassungsorganen ist, dies wird im übrigen entscheidend durch die materiellen Vorgaben der Verfassung bestimmt. Prüfungsmaßstab für die Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Verfassung. Die für Konflikte zwischen Verfassungsorganen einschlägigen Verfassungsnormen und Verfassungsgrundsätze weisen sehr unterschiedliche Abstraktionsgrade auf. Sie eröffnen der Verfassungsgerichtsbarkeit entsprechend unterschiedliche Interpretationsspielräume. Die Grenzen zwischen verfassungsrechtlichen und politisch zu entscheidenden Fragen werden dann fließend, erst recht, wenn das Gericht sich auf Grundsätze von hohem Abstraktionsniveau wie Demokratie oder Rechtsstaat stützt. Aus dem Demokratieprinzip hat zum Beispiel das Bundesverfassungsgericht parlamentarische Mitwirkungsrechte bei hochpolitischen Entscheidungen wie den Auslandseinsätzen der Bundeswehr¹⁰ oder auch in Fragen der europäischen Währungsunion¹¹ abgeleitet. Und auch dort, wo Befugnisse der Verfassungsorgane wie im Fall der Bundestagsauflösung nach formalen Kriterien bestimmt sind, wurden diese um ungeschriebene materielle Voraussetzungen erweitert.

Das Bundesverfassungsgericht zieht als Prüfungsmaßstab in parlamentarischen Konflikten auch Bestimmungen der Geschäftsordnung heran, wenn es diese als Ausdruck allgemeiner Verfassungsgrundsätze wie des Demokratieprinzips oder des freien Mandats wertet.¹² Rechte des Abgeordneten auf Beantwortung seiner Anfragen durch die Regierung sind im Grundgesetz nicht genannt – das Bundesverfassungsgericht leitet sie aus dem Grundsatz des freien Mandats und der hierin begründeten Kontrollaufgabe des Abgeordneten ab, in Abgrenzung zu einem Grundsatz exeku-

⁹ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rdn. 21 ff.

¹⁰ BVerfGE 90, 286, 121, 135.

¹¹ BVerfGE 129, 124; 131, 152; 132, 195; 142, 123,

¹² Vgl. Degenhart, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Auf. 2017 Rdn. 224; aus der RSpr der Landesverfassungsgerichte BayVerfGH NVwZ 2016, 999.

tiver Eigenverantwortung der Regierung.¹³ Nach ähnlichen Grundsätzen wurden die Rechte des Untersuchungsausschusses in der Rechtsprechung ausgeformt. In derartigen Verfassungskonflikten ist die Rolle des Verfassungsgerichts die des *arbiter* zwischen Verfassungsorganen. Wenn es das Gericht selbst ist, das die Maßstäbe seiner Entscheidung entwickelt, kann seine Rolle nicht in der des bloßen Normvollzugs gesehen werden – es ist Faktor im Kräftespiel der Verfassungsorgane. Doch sollte stets bedacht werden, dass, wie es ein Richter des Bundesverfassungsgerichts (Hesse) treffend formulierte, politisches Wirken ist keine Sache perfekter (verfassungsrechtlicher) Kautelen sein kann.¹⁴

3. *Praktische Bedeutung des Organstreitverfahrens*

Wichtige Entscheidungen in Organstreitverfahren betrafen das Recht der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse¹⁵ und die Frage- und Auskunftsrechte der Abgeordneten gegenüber der Regierung,¹⁶ also jeweils die Instrumente der parlamentarischen Kontrolle,¹⁷ parlamentarische Mitwirkungsrechte bei den Auslandseinsätzen der Bundeswehr¹⁸ oder Informationsrechte im Zuge der Konflikte um die Währungsunion. Auf Grund gesetzlich angeordneter Prozessstandschaft konnten hier oppositionelle Fraktionen im Bundestag die Rechte des Bundestags als Verfassungsorgan geltend zu machen.¹⁹ Die Fraktionen haben, so das Bundesverfassungsgericht in einer aktuellen Entscheidung, ein im Wege des Organstreitverfahrens durchsetzbares verfassungsmäßiges Recht darauf, dass der Bundestag sich mit dem Entwurf befasst und darüber Beschluss fasst.²⁰ Im Organstreitverfahren wurde über die Zulässigkeit einer vorzeitigen Auflösung des Bundestags durch den Bundespräsidenten nach Vertrauensfrage des

¹³ BVerfGE 124, 161; .VerfGHMV NJW 2003, 815; ebenso BbgVerfG DÖV 2001, 164 für Art. 56 Abs. 2 BbgVerf; s. auch ThürVerfGH LKV 2003, 422; BayVerfGH NVwZ 2002, 715,

¹⁴ *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Auf. 2017 Rdn. Rdn. 655.

¹⁵ BVerfGE 67, 100; 77, 1; 110.99; 124, 78; BVerfG, V.v. 13.06.2017 – 2 BvE 1/15 -.

¹⁶ BVerfGE 124, 161.

¹⁷ Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I Rdn.676 ff.

¹⁸ BVerfGE 90, 286; 100, 266; 117, 359; 118, 244; 121, 135.

¹⁹ BVerfGE 121, 135.

²⁰ BVerfG, B.v.16.06.2017 – 2 BvQ 29/17 – Rdn. 35 ff.

Bundeskanzlers 1983 und 2005 entschieden,²¹ auch hier ging es um den Eingriff in Rechte des einzelnen Abgeordneten durch Bundeskanzler und Bundespräsidenten. Im Organstreitverfahren wurden Fragen der parteipolitischen Neutralität des Bundespräsidenten²² wie auch der Mitglieder der Bundesregierung im Rahmen regierungsseitiger Öffentlichkeitsarbeit in Abgrenzung zu parteipolitischer Stellungnahme entschieden.²³ Immer wieder sah das Bundesverfassungsgericht sich auch aufgerufen, Chancengleichheit im parteipolitischen Wettbewerb über die Grundsätze der Parteienfinanzierung zu gewährleisten.²⁴

4. Konkretisierung durch Verfahrensrecht

a) Beteiligtenfähigkeit und Streitgegenstand

Notwendiger Gegenstand einer Verfahrensordnung ist regelmäßig die Beteiligtenfähigkeit. Der Kreis der Beteiligten ist für das Bundesverfassungsgericht weit gezogen und umfasst nicht nur die obersten Bundeorgane, sondern auch sowie „andere Beteiligte, die durch das Grundgesetz oder die Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind – darunter fallen zB auch politische Parteien.²⁵ § 63 BVerfGG benennt auch mit eigenen Rechten ausgestatteten Teile, also Untergliederungen von Verfassungsorganen, insbesondere auch Fraktionen des Bundestags.²⁶ Der einzelne Abgeordnete ist schon wegen Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG mit eigenen Rechten ausgestattet und kann im Organstreit die behauptete Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts geltend machen, das mit seinem Status verfassungsrechtlich verbunden ist.²⁷ Da es Aufgabe eines Gerichts ist, konkrete Fälle zu entscheiden, wird vom Antragsteller zu fordern sein, die angegriffene Maßnahme konkret zu bezeichnen. Für das Organstreitverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht werden-

²¹ BVerfGE 62, 1; 114, 121.

²² BVerfGE 136, 323.

²³ BVerfGE 138, 192.

²⁴ Vgl. zB BVerfGE 20, 56; 24, 200; 52, 63; 73, 40; 85, 264; 111, 54; 111, 382 BVerfGE 24, 200; 85, 264.

²⁵ BVerfGE 69, 53.

²⁶ BVerfGE 67, 100, 124; 68, 1, 63; 70, 324, 350 f; 121, 135, 150.

²⁷ BVerfGE 94, 351, 362; zu den Statusrechten der Abgeordneten s. auch Saarl-VerfGH NVwZ-RR 2006, 665.

rechtserhebliche Maßnahmen oder Unterlassungen des Antragsgegners als Streitgegenstand gefordert (§ 64 Abs. 1 BVerfGG).²⁸ Bloße Meinungsäußerungen fallen regelmäßig nicht darunter. Ob jedoch der Bundespräsident durch eine Rede seine Befugnisse überschritten und seine Neutralitätspflichten verletzt hatte, wurde im Organstreitverfahren entschieden.²⁹ Auch ein Unterlassen kommt als Streitgegenstand in Betracht.³⁰

b) Antragsbefugnis und subjektive Rechtsverletzung

Es entspricht allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen, dass ein Kläger oder Antragsteller grundsätzlich nur eigene Rechte vor Gericht geltend machen kann; Ausnahmen hiervon sind Fälle gewillkürter oder gesetzlicher Prozessstandschaft. Dies bedeutet: der Antragsteller macht Rechte eines anderen für diesen geltend. Das Instrument der Organklage in Prozessstandschaft hat sich als wirkungsvolles Instrument der parlamentarischen Kontrolle der Regierung erwiesen. Denn sie ermöglicht es auch dann, wenn die die Regierung tragende Mehrheit des Parlaments sich nicht gegen die Regierung wenden will, der oppositionellen Minderheit, die Rechte des Parlaments als Ganzes – und nicht etwa nur ihre Rechte als Minderheit oder als Fraktion – geltend zu machen.³¹ Hierfür ist zudem zu vergegenwärtigen, dass auch Rechte, die parlamentarischen Untergliederungen wie insbesondere Ausschüssen zustehen, verfassungsmäßige Rechte des Parlaments bezeichnen und als solche im Organstreitverfahren geltend gemacht werden können.³² Und auch beim Informationsrecht des Abgeordneten handelt es sich um ein Recht des Parlaments, an dem die Abgeordneten und Fraktionen teilhaben.³³ Auch dieses Recht wird erst durch das Instrument des Organstreitverfahrens zu einem wirksamen Instrument parlamentarischer Kontrolle.

²⁸ Vgl. zB BVerfGE 96, 264 (277).

²⁹ BVerfGE 138, 102.

³⁰ BVerfGE 92, 80 (87); s. auch LVerfGMV LKV 2001, 270: unterlassene Überprüfung der 5%-Klausel.

³¹ S. hierzu etwa BVerfGE 124, 78 Rdn. 88.

³² Vgl. BVerfGE 124, 78 Rdn. 89 ff.

³³ BVerfGE 124, 161 Rdn. 123.

IV. Kompetenzkonflikte und „Recht auf Demokratie“ – der Souverän als Verfassungsorgan

Aus der Kasuistik bundes- und landesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in Organstreitverfahren werden wesentliche Aspekte der Rolle der Verfassungsgerichte in Konflikten zwischen Verfassungsorganen deutlich: der Schutz der verfassungsmäßigen Rechte der Verfassungsorgane und hier vor allem auch der Minderheiten im politischen Prozess. Und ebenso ist es ihre vornehmste Aufgabe, die verfassungsmäßigen Rechte des Bürgers zu wahren und sie durchzusetzen. Im Prozess der europäischen Integration, in dem die tragende Rolle der Gubernative das Parlament zu marginalisieren drohte, hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Befugnisse des Bundestags entscheidend gestärkt – übrigens gegen dessen Willen –, sondern auch dem einzelnen Bürger eine gleichsam organschaftliche Rolle zuerkannt. Es hat hierzu die Interpretationsspielräume der Verfassung weit ausgelotet und dem wahlberechtigten Bürger ein im Wege der Verfassungsbeschwerde einklagbares Recht auf Demokratie³⁴ zuerkannt. Dieses Recht wird aus dem Wahlrecht als demokratischem Teilhaberecht abgeleitet. Es ist dann verletzt, wenn dem Parlament wesentliche Befugnisse entzogen werden und das Wahlrecht damit an materieller Substanz verliert.³⁵ Damit wird in der Sache dem Bürger eine materielle Prozessstandschaft für das Staatsvolk als Träger der staatlichen Gewalt zuerkannt – man könnte hier von einem Organstreitverfahren in der Form der Verfassungsbeschwerde sprechen

V. Verfassungspolitischer Ausblick - Begrenzung der Befugnisse

Das Bundesverfassungsgericht und gleichermaßen die Verfassungsgerichte der Länder verfügen damit über weitreichende Zuständigkeiten im Organstreitverfahren. Sie sind allerdings nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle befugt. Der Antragsteller kann nicht geltend machen, in seinen subjektiven Rechten verletzt zu sein – er kann nicht unabhängig

³⁴ BVerfGE 142, 123 Rdn. 147; *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 33. Auf. 2017 Rdn. 147.

³⁵ Vgl. BVerfGE 123, 267, 330: „*Der Wahlakt verlöre seinen Sinn, wenn das gewählte Staatsorgan nicht über ein hinreichendes Maß an Aufgaben und Befugnissen verfügte, in denen die legitimierte Handlungsmacht wirken kann*“

davon beantragen, die Verfassungsmäßigkeit eines Rechtsakts zu prüfen. Anders als die Normenkontrolle handelt es sich hier um kein objektives Beanstandungsverfahren, sondern ein subjektives Rechtsschutzverfahren. Im Interesse einer klaren Gewaltentrennung erscheint mir diese Begrenzung als sinnvoll. Auch würde mE die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit im Kompetenzgeflecht der Verfassungsorgane überdehnt, will man dem Gericht die Zuständigkeit für Rechtsgutachten zu sich abzeichnenden Verfassungskonflikten verleihen. Soll also in einer Verfahrensordnung für die Verfassungsgerichtsbarkeit deren Rolle in Konflikten zwischen Verfassungsorganen definiert werden, so sollte die Gesetzgebung in diesen Punkten klare Aussagen treffen, und ebenso zum Inhalt der Entscheidung. Das Bundesverfassungsgericht ist auf die Feststellung beschränkt, dass der Antragsgegner durch eine bestimmte Handlung oder Unterlassung gegen Bestimmungen des Grundgesetzes verstoßen und damit die Rechte des Antragstellers verletzt hat.

Ein Verfassungsorgan ist darauf angewiesen, dass die am Verfahren beteiligten Verfassungsorgane seine Entscheidung respektieren, und es ist angewiesen auf den Konsens der Beteiligten.



JEAN-PAUL MOERMAN

Juge à la Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique

JEAN-THIERRY DEBRY

Référendaire à la Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique

LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU ROYAUME DE BELGIQUE, ARBITRE DE CONFLITS CONSTITUTIONNELS

1. Le texte actuel de la Constitution du Royaume de Belgique¹ place la Cour constitutionnelle de cet État au cœur des conflits constitutionnels.

Sans doute cela explique-t-il la composition parfaitement paritaire de cette institution: six francophones pour six néerlandophones et six anciens parlementaires d'expérience pour six juristes éminents, de même que le processus de leur nomination. Une partie importante de la doctrine y relève l'élément utile mais nécessaire fondant le choix du Constituant.

L'article de la Constitution qui institue cette juridiction compose, avec l'article qui le suit et celui qui le précède, un chapitre appelé : « De la Cour constitutionnelle, de la prévention et du règlement des *conflits* ». Ce chapitre est divisé en trois sections : la première - qui ne contient que l'article 141 de la Constitution - est intitulée « De la prévention des *conflits* »

¹ Ci-après : « la Constitution ». La Constitution du Royaume de Belgique a été adoptée par le Congrès national le 7 février 1831. Modifiée à de nombreuses reprises par la suite, elle a fait l'objet d'une « coordination », adoptée et publiée le 17 février 1994. La Constitution a encore été l'objet de multiples modifications ces vingt dernières années. Une version à jour est consultable sur le site de la Cour constitutionnelle (www.const-court.be), dans la rubrique « Texte de base », en français, en néerlandais, en allemand et en anglais.

de compétence » ; La deuxième - qui ne contient que l'article 142 de la Constitution - est nommée : « De la Cour constitutionnelle » et la troisième - qui ne contient que l'article 143 de la Constitution - est précisée : « De la prévention et du règlement des *conflits* d'intérêts ».

Il est, en outre, intéressant de remarquer que ce chapitre de la Constitution, qui ne comprend que trois articles et qui est fondamental pour comprendre le rôle de la Cour constitutionnelle, utilise le mot « *conflit* » à neuf reprises, tandis que, en dehors de ce chapitre, la Constitution n'utilise ce même mot qu'à deux reprises à propos de conflits qui ne regardent pas la Cour constitutionnelle, à savoir des « *conflits d'attribution* » entre le pouvoir judiciaire et la section du contentieux administratif du Conseil d'État² et des « *conflits de compétence* » au sein même du Parlement fédéral, entre la Chambre des représentants et le Sénat³.

Les considérations qui suivent indiquent, d'abord, que la création et les premières missions de la Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique sont indissociablement liées à d'importants conflits propres à l'histoire de l'État (I.) ; ensuite, que, par sa jurisprudence, la Cour n'a pas hésité à étendre son rôle à de nombreux autres conflits, parfois même à des conflits dont le règlement ne lui avait pas été confié explicitement (II.) ; et, enfin, qu'une tendance actuelle est de confier à la Cour constitutionnelle de Belgique la mission d'intervenir dans de nouveaux types de conflits que ceux qu'elle eut à trancher à ce jour (III.).

² L'article 158 de la Constitution confie à la Cour de cassation la mission de se « prononce[r] sur les *conflits* d'attribution ». Adopté le 7 février 1831, avec le texte de la première Constitution du Royaume, cet article, resté lettre morte durant cent quinze ans, permet aujourd'hui à la Cour de cassation de déterminer si une demande en justice relève de la compétence du pouvoir judiciaire (c'est-à-dire les cours et tribunaux ordinaires) ou de celle de la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

³ Beaucoup plus récent et même postérieur à la création de la Cour constitutionnelle, l'article 82 de la Constitution crée une « commission parlementaire de concertation » chargée de « régle[r] les « *conflits de compétence* survenant entre les deux [c]ambres » du Parlement fédéral.

I. Le règlement de conflits historiques.

2. Ce n'est que le 29 juillet 1980, soit près de cent cinquante ans après l'adoption de la Constitution, que celle-ci a été révisée pour créer une cour constitutionnelle en Belgique. Celle-ci a été officiellement installée le 1er octobre 1984.

Le texte de la disposition adoptée le 29 juillet 1980 ne confiait à cette nouvelle juridiction qu'une seule mission, celle de « règle[r] les *conflits* » entre différents types de normes adoptées par un pouvoir législatif⁴.

Jusqu'en 1971, le pouvoir législatif n'était, en principe, exercé que par le Parlement national agissant conjointement avec le Roi. La « *réforme de l'État* » menée en 1970 et 1971 – première étape d'un processus de fédéralisation – a scindé le pouvoir législatif en trois entités fédérées – la « *communauté culturelle néerlandaise* », la « *communauté culturelle française* » et la « *communauté culturelle allemande* » – et en leur attribuant le pouvoir d'adopter des normes de valeur législative dans les matières culturelles. La deuxième « *réforme de l'État* », adoptée en 1980, a poursuivi le processus de modification en créant d'autres entités fédérées – la « *région flamande* », la « *région wallonne* » et la « *région bruxelloise* » – et en prévoyant que leur soit aussi attribué le pouvoir d'adopter des normes de valeur législative.

La difficulté de tracer des frontières claires et précises entre, d'une part, les domaines attribués aux nouvelles entités à pouvoir législatif (« *communautés* »⁵ et « *régions* »), et, d'autre part, les matières qui restaient dans le giron de l'autorité nationale (qu'on ne qualifiait pas alors de « *fédérale* »), fit qu'il fut décidé en 1980 de confier à une nouvelle juridiction le soin de trancher les « *conflits* » entre le pouvoir législatif originaire et les nouveaux pouvoirs législatifs, conflits dont on pouvait raisonnablement redouter la survenance.

⁴ Il s'agissait alors de l'article 107ter, § 2, alinéa 2, de la Constitution devenu, à la suite de la coordination de la Constitution de 1994, l'article 142, alinéa 2, 1^o.

⁵ En 1980, les « communautés culturelles » sont rebaptisées « communautés ».

Le rôle de la cour constitutionnelle, fondamental, était donc d'assurer la stabilité de l'édifice fédéral en construction. Mais il restait très limité au regard des missions d'autres cours constitutionnelles. C'est notamment pour cette raison que la nouvelle juridiction ne fut pas baptisée « *cour constitutionnelle* ». On préféra la désigner sous le vocable précis de « *Cour d'arbitrage* »⁶. Même si ce n'était peut-être pas l'intention de ses concepteurs, le choix de cette dénomination rappelle le contexte difficile et « *conflictuel* » dans lequel cette institution⁷ est née. Il est certes presque inhérent à toute juridiction, à tout tribunal, d'avoir pour mission de trancher un *conflit* mais la dénomination de nombre de juridictions ne souligne pas à ce point la nature particulière conflictuelle des dossiers qui leur sont soumis^{8/9}.

3. Les conflits entre pouvoirs législatifs distincts - dont il vient d'être question - ne peuvent apparaître que parce que le Royaume de Belgique s'est engagé, il y a près d'un demi-siècle, sur le chemin de la « *fédéralisation* ». Cette transformation, progressive et quasi permanente, des structures de l'État, que l'on a coutume d'appeler la « *réforme de l'État* », trouve sa source dans des tensions qui ont marqué – et peuvent encore marquer – l'histoire de l'État belge. Il s'agit de ce qu'on appelait jadis la « *question*

⁶ Même si tout le monde a bien conscience, dès son installation, qu'il s'agit d'une cour constitutionnelle, comme en témoignent les allocutions ministérielles prononcées lors de l'installation de la Cour (*La Cour d'arbitrage. Recueil des textes*, Bruxelles, Institut Belge d'Information et de Documentation, 1985, 93 p.). Dans un arrêt rendu moins de deux ans et demi après son installation, la Cour se définit elle-même comme une « *cour constitutionnelle à compétence limitée* » (C. arb., n° 32, 29 janv. 1987, B.b.8.1).

⁷ Lors de la célébration du dixième anniversaire de la Cour, l'un de ses présidents relevait que certains auraient même voulu l'appeler « *Cour des conflits* » (L. DE GRÈVE, « *Dix années d'existence de la Cour d'arbitrage* », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1995, p. 55).

⁸ Pensons au tribunal « *de première instance* », « *de la jeunesse* », « *de la famille* », « *de commerce* », « *du travail* », à la Cour d'« *appel* », « *du travail* », « *de cassation* », au « *Conseil d'État* » ou même à la « *Cour européenne des droits de l'homme* ».

⁹ L'emploi du mot « *arbitrage* » renforce, du reste, l'évocation d'un différend et renvoie même à un mode privé de règlement des conflits par lequel une « *juridiction* » n'est composée que lorsque le conflit est déjà né.

linguistique », et de ce qu'on nomme plus souvent aujourd'hui, « *problèmes communautaires* », c'est-à-dire des tensions, dont la nature et l'ampleur ont évolué avec le temps, entre les deux groupes linguistiques d'importance numérique inégale vivant sur le territoire belge : le flamand et le français. Dans ce contexte, le rôle d'« *arbitrage* » confié à la Cour au début des années 80 est aussi délicat que fondamental, nous l'avons déjà souligné, pour assurer la stabilité de l'édifice fédéral en construction.

Entre le 5 avril 1985 et 13 juillet 1989, la Cour d'arbitrage prononce un peu moins d'une centaine d'arrêts pour trancher des conflits d'empiétements de pouvoirs législatifs. La nouvelle juridiction répond aux attentes et gagne la confiance des réformateurs de l'État. Cela se confirme lors d'une révision de la Constitution du 15 juillet 1988 qui étend sa mission au règlement d'un autre type de conflit indissociablement lié à l'histoire du Royaume.

Il s'agit de la tension entre, d'une part, les partisans de l'école « *publique* » – c'est-à-dire l'école organisée par l'autorité publique – et, d'autre part, les partisans de l'école « *libre* » – c'est-à-dire, pour l'essentiel, l'école organisée par l'Église catholique – laquelle traverse toute l'histoire de la Belgique. Cette tension a parfois été si vive qu'elle a donné lieu à des crises politiques appelées « *guerres scolaires* ». La première « *guerre scolaire* » a lieu dans la deuxième partie du XIX^{ème} siècle, entre 1879 et 1884. La deuxième « *guerre* », qui commence en 1950, s'achève par le vote de la loi du 29 mai 1959 contenant les accords de pacification convenus entre les trois grands partis politiques du Royaume lors de la signature, le 20 novembre 1958, de ce qu'on appelle le « *Pacte scolaire* ».

Lors de la troisième « *réforme de l'État* » (1988-1989), il est décidé que l'école – l'« *enseignement* » comme on dit en Belgique – ne sera plus réglée par l'autorité nationale mais relèvera désormais des pouvoirs législatifs des entités fédérées communautaires, entretemps rebaptisées Communauté flamande, Communauté française et Communauté germanophone. Politiquement¹⁰ minoritaires en Communauté flamande,

¹⁰ La situation actuelle n'est plus aussi rigide suite aux accords politiques de gouvernance des Régions et Communautés.

les partisans de « *l'école publique* » craignent que cet éclatement du pouvoir de régler l'école mène dans cette partie de l'État à une remise en cause des garanties offertes à l'école publique par le Pacte scolaire de 1958. Inversement, les partisans de l'« *école libre* », qui sont, eux, politiquement minoritaires en Communauté française, craignent que la « *communautarisation de l'enseignement* » soit l'occasion pour les partisans de l'école publique de cette partie du pays de remettre en cause les garanties offertes à l'« *école libre* » par le Pacte scolaire. C'est, dans ce contexte, qu'il est décidé, lors de l'été 1988, d'inscrire, dans la Constitution, les principales garanties édictées par le Pacte scolaire et d'attribuer à la cour constitutionnelle – dont le nom reste alors « *Cour d'arbitrage* » – la compétence d'invalider les normes législatives des communautés qui porteraient atteinte à ces garanties telles que le droit de tout parent d'élève de choisir librement le type d'enseignement souhaité pour son enfant, la neutralité de l'enseignement organisé par la Communauté, la gratuité de l'enseignement obligatoire, ou le droit à une éducation morale ou religieuse¹¹.

Après avoir prouvé sa capacité à régler les conflits entre pouvoirs législatifs, ancien et nouveaux, la Cour d'arbitrage reçoit ainsi la mission de veiller au respect de principes visant à éviter la résurgence des « *guerres scolaires* ».

II. L'extension de la zone de conflits à trancher.

4. La révision de la Constitution du 15 juillet 1988 n'étend pas seulement la mission de la Cour d'arbitrage au règlement des conflits propres à déclencher des « *guerres scolaires* ». Elle confie aussi à la jeune juridiction le rôle de statuer sur les éventuelles violations, par le pouvoir législatif national ou par les nouveaux pouvoirs législatifs communautaires et régionaux, de deux articles de la Constitution, proclamant respectivement « *l'égalité des*

¹¹ L'extension de compétence de la Cour résultait alors de l'article 107ter, § 2, alinéa 2, 2°, de la Constitution devenu, à la suite de la coordination de la Constitution de 1994, l'article 142, alinéa 2, 2°. Les principes issus du « Pacte scolaire » furent inscrits à l'article 17 devenu l'article 24.

Belges devant la loi » et l'interdiction de toute « *discrimination* » dans la « *jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges* » que la Cour a pris pour habitude de résumer en parlant du « *principe d'égalité et de non-discrimination* »¹². La révision de la Constitution du 15 juillet 1988 donne aussi au législateur fédéral le soin de décider ultérieurement s'il y a lieu de confier à la Cour la mission de statuer sur d'éventuelles violations d'autres dispositions de la Constitution¹³.

Grâce à cette extension de compétence, en apparence limitée, celle qu'on appelle encore « *Cour d'arbitrage* » décide rapidement de s'aventurer sur le terrain de nouveaux conflits¹⁴, ceux qui sont susceptibles de surgir entre, d'une part, les normes adoptées par les pouvoirs législatifs du Royaume et, d'autre part, les textes constitutionnels et internationaux proclamant des droits et libertés fondamentaux. Sans attendre que le législateur fédéral procède à une extension de compétence formelle.

Dans un premier mouvement, la Cour considère que toute violation, par une norme législative, d'un droit ou d'une liberté reconnu aux Belges ou aux étrangers par les autres dispositions de la Constitution ou par un traité international liant la Belgique¹⁵ constitue une violation du « *principe d'égalité et de non-discrimination* ». Ce faisant, la jeune juridiction accepte *de facto* d'examiner la compatibilité de toute norme législative belge avec l'ensemble de ces droits ou libertés. Cette jurisprudence « *conquérante* » est, en quelque sorte, ratifiée le 9 mars 2003 par le législateur fédéral qui étend formellement la compétence de la Cour au respect d'une série de

¹² Voy. les articles 6 et 6*bis* de la Constitution devenus, à la suite de la coordination de la Constitution de 1994, les articles 10 et 11.

¹³ Voy. l'article 107*ter*, § 2, alinéa 2, 2° et 3°, de la Constitution devenu, à la suite de la coordination de la Constitution de 1994, l'article 142, alinéa 2, 2° et 3°.

¹⁴ Sans doute également un souci d'étendre la compétence et donc les nouveaux litiges à traiter était-elle présente (cf. les statistiques).

¹⁵ Tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Convention relative aux droits de l'enfant ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

dispositions de la Constitution reconnaissant des droits ou libertés aux Belges et aux étrangers¹⁶.

Par un deuxième mouvement, la Cour décide que lorsqu'elle est invitée à statuer sur la compatibilité d'une norme législative avec une liberté ou un droit fondamental proclamé par la Constitution du Royaume de Belgique, il lui appartient d'intégrer dans son contrôle de constitutionnalité la prise en compte des droits et libertés reconnus par les traités internationaux liant l'État qui ont une portée analogue au droit ou à la liberté « belge » dont la violation est alléguée. La Cour considère que de telles garanties internationales forment avec les garanties de la Constitution du Royaume de Belgique un « *ensemble indissociable* »¹⁷.

Cette large ouverture de nouveaux horizons au contrôle de constitutionnalité des normes adoptées par les pouvoirs législatifs du Royaume amènera la révision de la Constitution du 7 mai 2007 par laquelle la « *Cour d'arbitrage* » sera rebaptisée « *Cour constitutionnelle* »¹⁸.

Aujourd'hui, la plus grande partie des affaires traitées par la Cour concerne ce type de conflits entre normes législatives et textes constitutionnels ou internationaux proclamant des droits et libertés. Ces conflits, que l'on appelle parfois « *conflits de valeurs* »¹⁹, ont relégué les « *conflits*

¹⁶ Voy. les articles 1er, 2°, et 26, § 1er, 3°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, telle que modifiée par la loi spéciale du 9 mars 2003. Une version à jour de la loi de 1989 est consultable sur le site de la Cour constitutionnelle (www.const-court.be), dans la rubrique « Texte de base », en français, en néerlandais, en allemand et en anglais.

¹⁷ Voy. p. ex. Cour d'arbitrage, n° 136/2004, 22 juillet 2004 (B.5.3) ; Cour d'arbitrage, n° 152/2016, 1er décembre 2016 (B.6.1). Tous les arrêts de la Cour sont consultables sur le site de la Cour (www.const-court.be), dans la rubrique « Arrêts », en français, en néerlandais, et, pour une bonne partie d'entre eux, en allemand.

¹⁸ Ce n'est donc que depuis le 8 mai 2007, jour de l'entrée en vigueur de cette révision de la Constitution, que la cour constitutionnelle du Royaume de Belgique ne s'appelle plus « Cour d'arbitrage ». Cette révision de la Constitution ne modifie en rien les pouvoirs de cette juridiction.

¹⁹ G. ROSOUX, *Vers une dématérialisation des droits fondamentaux?*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 61.

historiques » précités au second plan, puisque ceux-ci n'apparaissent plus que dans moins de vingt pour cent des arrêts prononcés sur une année²⁰.

5. La Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique est parfois amenée à s'occuper de conflits dont le règlement semble ne pas lui avoir été attribué.

Le 5 mai 1993, la Constitution est révisée, entre autres, pour y écrire que, « *dans l'exercice de leurs compétences respectives* », les différentes composantes de l'État disposant d'un pouvoir législatif, doivent agir « *dans le respect de la loyauté fédérale, en vue d'éviter des conflits d'intérêts* »²¹. Dans l'esprit du Constituant d'alors, les « *conflits d'intérêts* » doivent être distingués des « *conflits de compétence* » impliquant des pouvoirs législatifs, dont le règlement appartient, depuis sa création, à celle qu'alors on appelle encore la « *Cour d'arbitrage* ». Cette distinction entre ces deux types de conflits ressort, au demeurant, clairement de la structure de la Constitution qui a déjà été évoquée (*supra* 1.).

À la différence d'un « *conflit de compétence* », le « *conflit d'intérêts* » peut apparaître sans qu'une composante de l'État n'ait adopté une norme perçue comme empiétant sur les compétences d'une autre composante de l'État. Il trouve sa source dans un comportement gênant affectant les intérêts d'une telle composante même s'il est parfaitement conforme à la répartition des compétences au sein de la fédération.

Dans ce contexte, la Cour d'arbitrage ne semblait nullement compétente pour statuer sur le respect de la loyauté fédérale par un pouvoir législatif, ce concept étant manifestement lié aux « *conflits d'intérêts* » qui restent en dehors du champ d'action de la Cour. Et, pourtant, la Cour va décider,

²⁰ Voy. à ce sujet, p. ex. les rapports annuels de la Cour relatifs aux années 2003 (p. 118-119), 2014 (p. 157-158), 2015 (p.41-42) et 2016 (p. 51). Tous les rapports de la Cour, établis depuis 2003, sont consultables sur le site de la Cour (www.const-court.be), dans la rubrique « Publications », en français et en néerlandais.

²¹ Voy. l'article 107*ter-bis* de la Constitution devenu, à la suite de la coordination de la Constitution de 1994, l'article 143, § 1er.

non sans susciter quelques réactions, à plusieurs reprises, qu'elle est compétente pour exercer un tel contrôle²².

Depuis, en 2014, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle a été modifiée afin d'y prévoir la compétence de cette juridiction à l'égard des atteintes portées à la « *loyauté fédérale* » par les pouvoirs législatifs²³.

III. Les conflits du futur.

6. Une révision de la Constitution du 6 janvier 2014 a confié à la Cour constitutionnelle de Belgique deux nouvelles missions, qu'elle n'a pas encore eu l'occasion d'exercer et qui pourraient l'amener sur de nouveaux terrains constitutionnels conflictuels délicats.

Le premier de ces nouveaux terrains est celui des « *consultations populaires* » que peuvent désormais organiser la Région flamande, la Région wallonne et la Région bruxelloise, qui sont trois des neuf composantes de l'État fédéral. Avant l'organisation de ce type de consultation, la Cour doit être saisie afin de vérifier que la question posée s'inscrit bien dans le périmètre des compétences de la région concernée, qu'elle ne porte atteinte ni à la loyauté fédérale, ni à l'ensemble des droits et libertés dont la Cour a pour mission d'assurer le respect et que les règles régionales relatives à l'organisation d'une telle consultation ont bien été suivies²⁴.

Le deuxième nouveau terrain conflictuel sur laquelle la Cour ne s'est pas encore avancée est celui des « *sanctions infligées à un membre de la Chambre des*

²² Voy. e.a. C. arb., n° 119/2004 (B.3.2) ; C. const., n° 95/2010 (B.42.1) ; C. const., n° 124/2010 (B.39.1) ; C. const., n° 60/2011 ; C. const. n° 7/2012 (B.11.1). Pour une critique de cette jurisprudence, voy. not. W. PAS, « Federale loyauiteit, de bevoegdheid inzake toerisme en unicommunautaire reisbureaus. Enkele bedenkingen bij het arrest 119/2004 van het Arbitragehof », *Tijdschrift Belgische Publiekrecht*, 2005, p. 147-164.

²³ Voy. les articles 1er, 3°, et 26, § 1er, 4°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, telle que modifiée par la loi spéciale du 6 janvier 2014.

²⁴ À ce sujet, voy. e.a. l'article 142, alinéa 4, de la Constitution et l'article 30ter de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

représentants » (l'une des deux assemblées du Parlement fédéral) qui n'aurait pas respecté les règles limitant les dépenses qui peuvent être engagées durant une campagne électorale. Saisie par tout député sanctionné par la Commission de contrôle installée par cette assemblée afin de faire respecter ces règles, la Cour constitutionnelle peut être amenée à vérifier la validité de la décision prise²⁵ et, le cas échéant, l'annuler²⁶.

Il ne semble pas exclu que, lors d'une prochaine révision de la Constitution, la Cour constitutionnelle se voie confier la mission d'intervenir sur un autre terrain potentiellement conflictuel : celui du contrôle de la régularité des élections législatives et de la vérification du respect par les nouveaux élus des conditions d'éligibilité. La Cour européenne des droits de l'homme ne semble plus accepter que les contestations relatives aux opérations électorales soient, comme c'est le cas des nombreuses assemblées législatives de l'État fédéral belge, examinées par les seules personnes proclamées élues à l'issue de ces opérations²⁷.



²⁵ La Commission de contrôle peut, selon les cas, infliger un avertissement, une retenue de l'indemnité parlementaire, une suspension ou la déchéance du mandat parlementaire.

²⁶ À ce sujet, voy. e.a. l'article 142, alinéa 5, de la Constitution et les articles 25*bis* à 25*septies* de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

²⁷ À ce sujet, voy. not. M. VERDUSSEN, « Prendre au sérieux le contrôle des élections », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2014, p. 461-473.

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД СЕРБИИ В КОНСТИТУЦИОННЫХ КОНФЛИКТАХ С РЕГУЛЯРНЫМИ СУДАМИ: ОПЫТ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ СЕРБИЯ

ТОМИСЛАВ СТОЙКОВИЧ

Судья Конституционного Суда Республики Сербия

Правление является достижением цивилизации. Конституция, которая является высшим правовым актом, а также инструментом и частью верховенства права, институционализировалась. Узаконительные основания власти содержат элемент конституционализма. Это, в частности, касается прав человека. Для верховенства права очень важным является порядок, т.е. предусмотренная процедура, гарантирующая справедливое отношение как в целом, так и в каждой отрасли права в соответствии с конкурентной спецификой. Это имеет огромное значение, когда принимается решение о правах человека, об избирательной системе, парламентских условиях утверждения законов и др.¹. Создатель конституции обозначил верховенство права как основную предпосылку Конституции, которая основывается на неотъемлемых правах человека (ст. 3, абзац 1 Конституции РС). Если говорить о конституционализме, он, по существу, предполагает верховенство Конституции над политикой и приоритет Конституции над остальными правовыми актами. Обеспечение этой роли предполагает равновесие между исполнителями власти, принцип распределения власти и еще один существенный

¹ Воислав Станович. Конституция, судопроизводство и верховенство права. Сборник трудов Конституционного Суда РС, 2013 г.

элемент — создание отдельного и независимого государственного органа — Конституционного Суда, основным принципом функционирования которого является создание противовеса всем конституционным властям и обеспечение гарантии основных конституционных принципов.

В течение более чем полувека существования Конституционный Суд занимал свое место в конституционно-правовом порядке разделения властей. Создание конституционно-правового контроля в Сербии в первую очередь является отражением обеспечения функционирования правового государства, которое основывается на разделении властей, соблюдающих оценку их работы Конституционным Судом, а также на обязательном соблюдении Конституции и закона.

Конституционное судопроизводство предполагает институционализацию отдельного правосудия, основной задачей которого является сохранение, применение и исполнение Конституции. С практической точки зрения конституционная юрисдикция в самом широком смысле этого слова представляет отдельное право Суда, который в ходе процедуры может проверять конституционность законов и других нормативных актов. Конституционное судопроизводство, в частности, представляет конституционное право в процессуальном смысле.

Принятием Конституции в 2006 году институционализация Конституционного Суда добавила новые характеристики работе Конституционного Суда и конституционной юриспруденции с расширенной компетенцией. Эта компетенция распространяется, в частности, на вновь установленное правовое средство защиты прав и свободы человека — конституционную жалобу, которой впервые в конституционно-судебной практике Республики Сербия вводится оценка конституционности решений регулярных судов, включая и высший суд Республики — Верховный кассационный суд. Таким образом, Конституционный Суд получил новые масштабы своей работы, поскольку, кроме оценки конституционности

и законности нормативного контроля, вынесения решений по конституционным жалобам, которые касаются решений регулярных судов, представляет, по своей сути, важнейшую защиту прав, которые гарантируются и обеспечиваются Конституцией. Тем самым Конституционный Суд получает возможность создать собственную юриспруденцию. Это фактически означает, что и законодатель как лицо, принимающее общие акты, и регулярные суды в своих процедурах, связанных с принятием решения, обязаны соблюдать гарантируемые и обеспечиваемые Конституцией права.

I

Конституционный Суд Республики Сербия по своему конституционному положению является самостоятельным и независимым государственным органом, который защищает конституционность и законность, а также права и свободы человека и меньшинств. Принятые решения являются окончательными, исполнительными и общеобязывающими; это означает, что все государственные органы и держатели общественных полномочий должны соблюдать их (статья 166 Конституции Республики Сербия).

Положение и компетенция Конституционного Суда определяются Конституцией; это означает, что Конституционный Суд не относится ни к одной ветви власти (судебной, законодательной, исполнительной). Особое положение Конституционного Суда основывается не только на положениях Конституции, но и на Законе о Конституционном Суде.

В конституционных концептах современных государств конституционные суды обеспечивают политическое равновесие между законодательной, исполнительной и судебной властями, выступают в качестве необходимого институционального надзора за конституционностью их деятельности. На основании всего вышеуказанного можно сделать вывод, что конституционный суд

фактически представляет отдельный государственный орган sui generis.

В правопорядках демократических государств принимается модель конституционного контроля специализированным конституционным судом. Исключительная конституционно-правовая и политическая важность конституционного суда в этой модели предполагает принятие норм, обладающих необходимой юридической силой, гарантирующих его самостоятельность и независимость относительно любой другой государственной власти. Конституционное определение положения и функционирования в качестве самостоятельного и независимого государственного органа может стать причиной возникновения вопроса, который задают противники такого положения: может ли конституционный суд выделиться из трехстороннего отношения власти².

Суть действия судебной ветви власти заключается в замене аргументов силы на силу аргументов; соблюдение ее решений обязывающего характера зависит от соблюдения принципа разделения властей, демократической традиции и правовой культуры. Теория конституционного права подразумевает, что решения конституционных судов являются окончательными и правообязывающими. Это в первую очередь касается верховенства Конституционного Суда, что по своей сути и содержанию не является целью, т.е. речь идет о спорном правовом вопросе обеспечения преимущества конституционных принципов, ценностей и прав человека, которые гарантируются и обеспечиваются конституцией³.

Процедура выбора судей Конституционного Суда, в частности, направлена на обеспечение независимости суда от политического влияния, сбалансированность состава суда, а также на

² *Д-р Теодор Антич.* Процедура и условия выбора судей Конституционного Суда Республики Хорватия, 2015 год.

³ *Д-р Боштьян Зупанчич.* Международная судебная оценка и интернационализация конституционного права (Юридическая практика, номер. 1/2005). Sarah Wright, „Central and Eastern Europe Constitutional courts and the Anti-majoritarian Objection to Judicial Review“, Law and Policy in international business, 1. Jun 1995.

представление разных видов правовой профессии (судебной, научной, адвокатской и др.). Кроме этого, процесс избрания и правила номинации и назначения судей могут определяться разными ветвями власти. На основании этого можно сделать вывод, что речь идет о трех правовых моделях:

- а) способ прямого назначения, который, по существу, предполагает дискреционную оценку уполномоченного органа (во Франции трех членов Конституционного Комитета назначают Президент государства и председатели обеих палат Парламента);
- б) способ выбора, в котором конституционных судей в соответствии с определенной процедурой выбирает государственный парламент (например, в Германии, Польше, Словении и др.);
- в) смешанный способ, который представляет собой сочетание назначения и избрания на должность (например, в Австрии, Болгарии, Чехии и др.)⁴.

Конституционный Суд Сербии состоит из 15 судей, избираемых и назначаемых на 9 лет. Наш создатель Конституции предусмотрел, что пять судей Конституционного Суда выбирает Народная скупщина из 10 кандидатов, предложенных Президентом Республики; Президент Республики назначает пять судей Конституционного Суда из 10 кандидатов, предложенных Народной скупщиной; общее заседание Верховного кассационного суда назначает пять судей из 10 кандидатов, которых на общем заседании предлагают Высший судебный совет и Государственная коллегия прокуроров. Кроме этого, в Конституции имеется

⁴ В отношении изложенной модели мне хотелось бы указать, к примеру, что исключительное право предложения судей имеет Президент Республики, в Венгрии это право имеет специальный комитет парламентских партий, а в Германии кандидатов предлагает Министр юстиции.

В некоторых европейских государствах принята модель, по которой конституционные судьи выбираются главой государства по предложению других органов. К примеру, в Австрии Президент Республики большинство конституционных судей назначает по предложению Правительства, а остальных - по предложению Парламента. В Испании конституционные судьи назначаются королем по предложению Конгресса, Сената, Правительства и общей судейской коллегии; все они предлагает определенное количество кандидатов.

еще одно условие: один из выбранных кандидатов, которые находятся в каждом предложенном списке, должен быть с территории автономных краев (статья 172 Конституции).

Один от основных принципов верховенства права — независимое судопроизводство. Два других основных требования, обеспечивающих верховенство права, — это равенство перед законом и равенство в применении закона. Оба вышеуказанных элемента представляют предпосылку, обеспечивающую последовательность судебной практики. Если независимое судопроизводство постоянно и непрерывно применяет эти элементы, они обеспечивают юридическую надежность, предусмотренную принципом справедливого суда, указанным в первом абзаце статьи 6 Конвенции о правах человека⁵.

Верховенство права и отношение между Конституционным Судом и судебной властью

Здесь необходимо выполнить „функциональное разграничение“⁶ между Конституционным Судом и судебной властью, т.е. Верховным кассационным судом как высшим судом в Республике Сербия. Эта норма имеет конституционный характер, поскольку положение Верховного суда определено Конституцией (абзац 4 статьи 14 Конституции). Создатель Конституции определил судебную власть и суды как самостоятельные и независимые в их работе, т.е. они осуществляют судопроизводство на основании Конституции, законов и других общих актов, общепринятых правил международного права и утвержденных международных соглашений (абзац 2 статьи 142 Конституции). Это необходимо отметить, поскольку Конституционный Суд Республики Сербия, несомненно, не представляет судебную власть в том смысле, в котором создатель Конституции это предусмотрел,

⁵ *Christiane Schmaltz*. Унификация судебной практики в Германии и роль Европейского суда по правам человека и Конституционного Суда по этому вопросу,

⁶ *Гарлицки Л.* Конституционные суды против верховных судов. А. Бачич и П. Бачич. Конституционная демократия и суды. - Сплит, 2009 год, абзац 362.

т.е. Конституционный Суд имеет особенное положение; он отдельной конституционной нормой предусмотрен как самостоятельный и независимый государственный орган, который защищает конституционность, законность, а также права и свободы человека и меньшинств (абзац 1 статьи 166 Конституции).

Это отношение между конституционным судопроизводством и судебной властью в работе регулярных судов особенно выражено в процедурах по конституционным жалобам, которыми оспариваются решения регулярных судов, включая и Верховный кассационный суд.

Современное конституционное государство в качестве одного из важнейших фундаментов конституционализма определяет гарантируемые и обеспечиваемые Конституцией основные права и свободы человека. Защита ущемленных прав человека и основных свобод открыла новую страницу конституционной юрисдикции, тем самым поднимая вопрос об отношении между Конституционным Судом и Верховным кассационным судом, т.е. судебной властью в целом. Защита прав человека и основных свобод, которые утверждены и обеспечены Конституцией, однозначно приводит к конституционно-судебному спору, предметом которого являются отдельные случаи и решения регулярных судов, которые находятся в ведении судебной ветви власти. Здесь, по-видимому, возникает существенный правовой вопрос, является ли Конституционный Суд, как некоторые думают, сверхсудом, четвертой ступенью юрисдикции, властью, существующей отдельно от судебной власти⁷.

Имея в виду конституционное положение Конституционного Суда как конституционной категории, нет необходимости и юридически было бы необоснованно утверждать, что Конституционный Суд является промежуточной властью, т.е. каким-то видом квазивласти в конституционно-правовой

⁷ Д-р. Мато Арлович. Взаимоотношения между Конституционным Судом Республики Хорватии и судебной властью // Сборник трудов Юридического факультета в Сплите, 52/2015. - С. 389.

системе. Здесь мне хотелось бы отметить и указать на позицию Европейской комиссии "За демократию через право" (Венецианская комиссия), выразившей свою позицию относительно компетенции конституционных судов, в соответствии с которой «это может говорить только о том, что конституционный суд является государственной властью (State Authority)». Наличие в Конституции отдельных разделов, предметом которых являются регулярные суды и Конституционный Суд, может обозначать только то, что Конституционный Суд не является судом. С другой стороны, наличие отдельных разделов указывает на его специальный статус по отношению ко всем государственным учреждениям, которые осуществляют государственную власть, отмечая при этом специфическое назначение и компетенцию Конституционного Суда. Заключение: судебная независимость также является элементом конституционных судов. На основании изложенного, исходя из положения Конституционного Суда, его можно считать только судом, на который распространяется право судебной независимости⁸.

Верховный кассационный суд поднял спорный вопрос сверхнадзора, осуществляемого Конституционным Судом в отношении судебных решений в сфере конституционных жалоб, причем Конституционный Суд оценивает конституционность решений регулярных судов, в том числе решений Верховного кассационного суда как высшей судебной инстанции, которая также является конституционной категорией. Кроме этого, существует мнение, согласно которому для регулярных судов правовые позиции Конституционного Суда в решениях, которыми отменяются решения регулярных судов, не являются обязательными. Здесь мне хотелось бы отметить, что регулярные суды связаны не правовой позицией Конституционного Суда, а Конституцией Республики Сербия, в соответствии с которой судебные решения основываются на Конституции, законе, утвержденном международном

⁸ Мнение Европейской комиссии "За демократию через право" (Венецианская Комиссия), номер. 598/2010 от 20 октября 2010 года.

соглашении и на нормативном акте, принятом на основании закона (абзац 1 статьи 145 Конституции). Решения суда имеют обязательную юридическую силу и не могут быть пересмотрены во внесудебном порядке (абзац 3 статьи 145 Конституции). Решение суда может быть пересмотрено только компетентным судом в установленном законом порядке.

В процедурах по конституционным жалобам Конституционный Суд утверждает нарушение конституционных прав и свобод, которые гарантируются и обеспечиваются Конституцией. Это основная задача Конституционного Суда. Конституционное поручение, которое касается компетенции Конституционного Суда, не допускает, чтобы регулярные суды, в том числе и Верховный кассационный суд, оказались в положении, когда правовые позиции Конституционного Суда не соблюдаются. Это противоречило бы абзацам 1 и 2 статьи 166 Конституции, которая, помимо положения Конституционного Суда, определяет и другой очень важный элемент, по которому решения Конституционного Суда являются окончательными, исполнительными и общеобязательными. По этим причинам букве Конституции противоречило бы принятие решений в процедурах конституционных жалоб, возможность исключения решений регулярных судов из конституционно-судебной компетенции, что противоречило бы принципу верховенства права, являющемуся основной предпосылкой Конституции и основывающемуся на неотъемлемых правах человека (абзац 1 статьи 3 Конституции).

В государстве, соблюдающем верховенство права и правовую надежность, судебная власть утверждает право, а конституционное судопроизводство и юдикатура отвечают на существенный вопрос о том, что должно быть в соответствии с правом. На данном уровне конституционная юрисдикция не отстает от верховенства права и правовой надежности, она не создает угрозы для их фундаментальной ценности. В государстве, соблюдающем верховенство права, суды осуществляют судопроизводство на основании закона, который они применяют непосредственно, что представляет

гарантию равенства перед законом и одинаковое применение закона.

Спор между Конституционным Судом и законодательной властью

Конституцией Республики Сербия (2006) предусмотрена конституционная жалоба в качестве специального правового средства конституционно-судебной защиты. Жалобу можно подать против отдельных актов или действий государственных органов или организаций (которые имеют государственные полномочия), которыми нарушаются или ущемляются гарантируемые Конституцией права или свободы человека или меньшинств, если уже использованы или предусмотрены все другие средства правовой защиты. Такое же положение содержит и Закон о Конституционном Суде⁹.

Абстрактный нормативный контроль является существенной компетенцией Конституционного Суда. Однако в существующей практике Конституционного Суда в основном преобладают решения Конституционного Суда по конституционным жалобам, что связано с большим количеством конституционных жалоб и обращений в Конституционный Суд. Спорный правовой вопрос, который касается кассации решений регулярных судов, в том числе и Верховного кассационного суда, привлек большой интерес юридического общества, в частности после принятия Закона об изменениях и дополнениях в Закон о Конституционном Суде, а именно положений абзаца 2 статьи 89 в части, которая изложена следующим образом – «кроме решения суда». Конституционный Суд своим решением, которое он принял по собственной инициативе, в соответствии с положением абзаца 1 статьи 168 Конституции Республики Сербия возбудил производство по делу с целью утверждения неконституционности указанного положения Закона. Принятым решением Суд оценил, что обосно-

⁹ Абзац 1 статьи 82 Закона о Конституционном Суде // Официальные ведомости Республики Сербия, №№ 109/07 и 99/11.

ванно возникает вопрос о соответствии Конституции положений Закона, которыми решения суда исключаются из применения мер отмены в качестве конституционно-судебных санкций в случае выявления нарушения гарантируемых Конституцией прав или свобод человека или меньшинств.

То, что Конституционный Суд возбудил процедуру по собственной инициативе, стало причиной полемики в экспертном обществе. Одним из спорных вопросов стал вопрос о том, становится ли Конституционный Суд в связи с возбуждением процедуры *ex officio* судьей по собственному делу и нарушается ли таким образом принцип *nemo iudex in sua causa*. Таким образом, Конституционный Суд становится активным фактором защиты принципа конституционности и законности. На основании изложенного Конституционный Суд может оказаться в ситуации, когда он сам выбирает, какие законы подвергаются конституционному контролю, превышая в этом случае роль отрицательного законодателя и вступая таким образом в поле политической оценки¹⁰.

Здесь можно поднять вопрос о том, может ли Конституционный Суд оценивать конституционность своего Закона, т.е. Закона о Конституционном Суде. Закон о Конституционном Суде, как и все другие законы, принимается Народной Скупщиной, и им регулируются процедуры, по которой Суд реализует свою компетенцию, действие своих решений, выполнение актов Конституционного Суда и другие вопросы, которые не урегулированы Конституцией. Закон об изменениях Закона о Конституционном Суде не отличается от любого другого закона, который может быть предметом контроля, осуществляемого Конституционным Судом. Активность Конституционного Суда по контролю за конституционностью самого Закона о Конституционном Суде не ставит под вопрос положение Конституционного Суда. Кроме этого, указанный

¹⁰ Д-р Мая Настич, Отношение Конституционного Суда и регулярных судов – комментарий к Решению Конституционного Суда Сербии. - С. 375.

Закон не может быть исключен из конституционно-судебного контроля.

До вступления в силу спорных изменений и дополнений в Закон о Конституционном Суде 4 января 2012 года Суд отменял оспариваемые решения суда, когда выяснял, что оспариваемое решение суда нарушает гарантируемые Конституцией права. Выполняя свои обязательства в отношении поданной конституционной жалобы против решений судебной власти, Конституционный Суд не превышал свою конституционную компетенцию, выполняя проверку оспариваемого решения суда в той степени, которая необходима для выяснения, произошло ли вследствие принятия решения суда нарушение или умаление конституционных прав и свобод лиц, указанных в конституционной жалобе. Конституционный Суд рассматривал решения суда в рамках причин, указанных в конституционной жалобе; меры по отмене этих решений Конституционный Суд применял лишь в случаях, когда считал, что это необходимо для отмены последствий выявленного нарушения конституционных прав и свобод. В случае, если Суд устанавливал, что нарушение гарантируемого Конституцией права допустил суд первой инстанции, то отменял только решение суда последней инстанции, чтобы этот суд устранил допущенное нарушение в ходе повторного рассмотрения дела по указанному правовому средству. Действия Конституционного Суда в рамках принятия этой меры не имели характер инстанционного контроля над решениями судов, которые являлись предметом конституционной жалобы. Достигнутая степень защиты конституционных прав и свобод, обеспеченная действиями Конституционного Суда по конституционным жалобам в порядке, который основывается на Конституции и который предусмотрен законом, сделала конституционную жалобу эффективным правовым средством в правовой системе Республики Сербия. Это подтверждено правовым мнением Европейского суда по правам человека в предыдущем периоде применения решения, указанного в основном тексте Закона. Оценку того, что конституционная жалоба в правопо-

рядке Республики Сербия является эффективным правовым средством, Европейский суд дал в судебном решении Винчич и другие против Сербии, в котором Европейский суд отметил: «По мнению суда, конституционную жалобу в принципе нужно считать эффективным отечественным средством в смысле значения абзаца 1 статьи 35 Конвенции по всем заявлениям, поданным с 7 августа 2008 года, т.е. с даты, когда первые соответствующие решения Конституционного Суда об обоснованности указанных жалоб опубликованы в официальной газете государства, против которого возбужден иск»¹¹.

На основании вышеизложенного у Конституционного Суда возник вопрос, на который он должен был дать ответ: противоречат ли Конституции изменения и дополнения Закона, которые исключают отмену решений суда в ходе процедуры по конституционной жалобе с сохранением таких полномочий в отношении всех остальных отдельных актов. Абзацы 2 и 3 указанной статьи 89 изменены и звучат следующим образом: "Если Конституционный Суд выяснит, что оспариваемым конкретным актом или действием нарушаются или попираются гарантируемые Конституцией право или свободы человека и меньшинств, Конституционный Суд может отменить конкретный акт, **за исключением решения суда**, запретить дальнейшее выполнение действия или распорядиться о принятии другой меры или действия, которым отменяются вредные последствия выявленного нарушения или попрания гарантируемых прав и свобод, и распорядиться о порядке справедливого выполнения требования заявителя. В решении, которым конституционная жалоба удовлетворяется, Конституционный Суд распоряжается о требовании заявителя конституционной жалобы о возмещении материального или нематериального ущерба, если такое заявление подано". Исходя из того, что конституционная функция Конституционного Суда, помимо защиты конституционности и законности, требует также защищать права и свободы человека и меньшинств

¹¹ Заявление номер 44698/06 и др. от 1 декабря 2009 года.

(абзац 1 статьи 166 Конституции), причем для непосредственной реализации этой функции Конституция предусматривает и считает конституционную жалобу юридическим средством защиты прав и свобод человека и меньшинств, которые гарантируются Конституцией и которые нарушены, попораны конкретными актами или действиями государственных органов либо организаций, получивших государственные полномочия (статья 170), Суд считает, что создатель Конституции таким образом установил конституционно-судебную защиту, исходя из принципа, по которому абсолютно все акты государственной власти, т.е. всех ветвей власти, в одинаковой степени подлежат оценке конституционности и конституционно-судебной защите прав и свобод человека и меньшинств. Такое решение создателя Конституции, по мнению Конституционного Суда, обязывает законодательный орган при выполнении указанного в абзаце 3 статьи 171 Конституции полномочия, в соответствии с которым он может законом урегулировать правовое действие решений Конституционного Суда, а также действие права, указанного в абзаце 3 статьи 181 Конституции, законом урегулировать исполнение решений Конституционного Суда. В этой связи в ходе законодательного регулирования действия решения Конституционного Суда законодательный орган обязан регламентировать и обеспечить не только то, чтобы все акты государственной власти в одинаковой степени подвергались конституционно-судебному контролю, но и чтобы решения Конституционного Суда имели одинаковое действие, поскольку Конституционный Суд имеет одинаковые полномочия при принятии определенной меры. **В этой связи, по мнению Конституционного Суда, исключение судебных решений из возможности принятия мер отмены, является нарушением конституционного принципа, по которому все акты государственной власти в одинаковой степени подвергаются конституционно-судебному контролю, т.е. по которому все решения Конституционного Суда должны иметь одинаковое действие.**

Кроме этого, Конституционный Суд считает, что конституционное полномочие законодателя, в соответствии с которым он имеет право регулировать правовое действие исполнения решений Конституционного Суда, ограничивается предусмотренным Конституцией (абзац 2 статьи 171 Конституции) правом Конституционного Суда как самостоятельного и независимого государственного органа, который своими решениями по мере необходимости может регулировать порядок их исполнения. По этой причине суд считает, что любое ограничение Конституционного Суда, касающееся принятия решения о мере или о действии, которым устраняются вредные последствия выявленного нарушения конституционного права, противоречит положениям абзаца 2 статьи 171, а также абзаца 1 статьи 166 Конституции.

Суд констатирует, что в Республике Сербия фактическое состояние с момента установления института конституционной жалобы указывает, что решения судов являются не только преобладающим предметом конституционных жалоб, но и теми актами, которые чаще всего содержат нарушения конституционных прав. Исключение судебных решений из мер отмены с одновременным сохранением полномочий Суда, в соответствии с которыми эта мера в отношении других отдельных актов и действий может применяться как санкция относительно этих источников нарушений конституционных прав, представляет системное юридическое противоречие. Дело в том, что в соответствии с Конституцией отдельные акты государственных органов и носителей государственных полномочий подлежат судебному контролю в соответствии с абзацем 2 статьи 198 Конституции. При этом они до окончания судебного контроля, являющегося доступным правовым средством, не могут быть предметом оценки на основании конституционной жалобы, поскольку в соответствии со статьей 170 Конституции и статьей 82 Закона о Конституционном Суде условием подачи конституционной жалобы, с учетом редких исключений, является достижение предела

доступных правовых средств реализации правовой защиты. Следовательно, в большинстве случаев решение органов судебной власти является последним актом, контроль за которым и отмена которого дают возможность устранения нарушения права, независимо от того, является ли оно последствием решения суда в ходе процедуры предоставления правовой защиты или того, что орган судебной власти своим решением не устранил нарушения, допущенные на предыдущих этапах принятия решения о правах и обязательствах лица. **По указанным причинам выведение в соответствии с законом решений суда из сферы отменяющего решения Конституционного Суда во многих случаях делает неприменимыми предпосылки эффективного действия решения Конституционного Суда, обесценивая конституционный смысл введения института конституционной жалобы в качестве универсального правового средства защиты конституционных прав и свобод от нарушений, допущенных актами и действиями любого носителя государственной власти**¹².

Рассматривая спорный правовой вопрос также с точки зрения положений статьи 4, абзаца 1 статьи 143 и абзацев 3 и 4 статьи 145 Конституции, которыми устанавливаются положение и функции органов судебной власти и авторитет решений судебной власти, Конституционный Суд посчитал, что проведение конституционно-судебного контроля решений суда в ходе процедуры по конституционной жалобе, также как и принятие мер отмены решения суда в связи с тем, что Суд посчитал, что решением органа судебной власти допущено нарушение конституционных прав и свобод, не идут в разрез и не противоречат конституционному принципу независимости судебной власти и конституционным определениям, по которым судебная власть принадлежит судам общей и специальной компетенции, что решения суда имеют обязательную юридическую силу для всех, что они не могут быть предметом внесудебного контроля, то есть что решения суда может пересматривать только компетентный суд

¹² Конституционный Суд Сербии номер ПУз-97/2012 от 20 декабря 2012 года.

по предусмотренной законом процедуре. С другой стороны, полномочия Конституционного Суда как органа, в компетенцию которого входит обеспечение конституционно-судебной защиты, в том числе предусмотренное Конституцией право принятия решения по конституционным жалобам, обеспечивают реализацию конституционного принципа верховенства права. Это в соответствии с положениями статьи 3 Конституции основывается на неотъемлемых правах человека, а обеспечивается, помимо прочего, конституционными гарантиями прав человека и меньшинств, независимой судебной властью и повиновением любой власти Конституции и закону.

Суд посчитал, что конституционный смысл и цель конституционной жалобы обеспечивается не только декларативным определением наличия нарушения права, но и устранением последствий, возникших в результате нарушения конституционных прав и свобод, независимо от того, какой государственный орган принял оспариваемый акт. Первым условием является наличие эффективного механизма устранения последствий выявленного нарушения права, т.е. обеспечение решения Конституционного Суда действием, которое в максимальной степени гарантирует эффективность устранения последствий, возникших в результате выявленного нарушения конституционных прав и свобод. Суд считает, что между компетенцией Конституционного Суда, которая установлена Конституцией и которая позволяет ему действовать по конституционным жалобам, с одной стороны, и установленной законом компетенцией судов общей и специальной компетенции, с другой стороны, нет конкуренции и взаимоисключения, а также что конституционно-судебный контроль за решениями суда в ходе процедуры по конституционной жалобе не является недопустимым Конституцией внесудебным контролем за решениями судов. Несомненно, речь не идет о принятии решения по одному и тому же делу. Оба вида правовой защиты обеспечиваются самостоятельными и независимыми органами, в ходе отдельных и независимых процедур. Таким об-

разом, в рамках Конституции и правопорядка обеспечиваются гарантируемые Конституцией полная защита и свобода, для чего сама Конституция посредством регулирования системы регулярной судебной и специальной конституционно-судебной защиты установила специальное средство правовой защиты в форме конституционной жалобы, предметом которой могут быть отдельные акты и действия всех государственных органов, к которым, бесспорно, также относятся акты и действия судебной власти.

Конституционный Суд посчитал, что оспариваемое изменение Закона о Конституционном Суде, которым исключается право Конституционного Суда отменять судебные решения из-за нарушения гарантируемых Конституцией прав и свобод человека, не основывается на объективном толковании отношений, которое истекает из конституционной концепции прямой конституционно-судебной защиты основных прав и свобод человека, утвержденной положениями статей 166 и 170 Конституции, а также из принципа независимости судебной власти, который находится в сфере определения авторитета решений суда в форме конституционных норм, согласно которым решения суда имеют обязательную юридическую силу для всех и не могут быть предметом внесудебного контроля. При этом решение суда может быть пересмотрено только компетентным судом по предусмотренной законом процедуре в полном соответствии с положениями абзацев 3 и 4 статьи 145 Конституции. Суд считает, что в отношении, которое характеризуется эксплицитным конституционным установлением непосредственной конституционно-судебной защиты и прав и свобод человека, с одновременным конституционным определением, согласно которому решения суда основываются на Конституции (абзац 2 статьи 145 Конституции), подразумевается, что решения суда должны соответствовать требованиям относительно прав и свобод человека. Исходя из значения, системной, смысловой и логической связи соответствующих норм

Конституции, раскрывающих роль и место Конституционного Суда в системе государственной власти, в частности его роль в непосредственной защите гарантируемых Конституцией прав, при принятии решений по конституционным жалобам граждан, действие конституционного принципа независимости судебной власти (абзац 4 статьи 4 Конституции) и принципа неприкосновенности судебных решений для внесудебных властей (абзацы 3 и 4 статьи 145 Конституции), следует понимать так, что решения суда остаются абсолютно неприкосновенными для законодательной и судебной властей. Таким образом обеспечивается стандартное значение и действие принципа независимости судебной власти.

С другой стороны, решения суда не являются неприкосновенными, когда речь идет о том, нарушены ли ими основные гарантируемые Конституцией права человека. В ходе процедуры нормативного контроля Конституционный Суд оценивает конституционность законов и законность нормативных актов исполнительной власти, причем в ходе процедуры, связанной с конституционной жалобой, Конституционный Суд оценивает соответствие решений суда требованиям относительно гарантируемых Конституцией прав и свобод человека. Суд толкует намерение создателя Конституции как в одном, так и в другом виде процедур, в соответствии с которым все акты государственной власти должны подчиняться Конституции, то есть гарантируемым Конституцией правам. Решение Конституционного Суда, которым не вносится положительная поправка в закон или решение суда, соответствует и одной, и другой процедуре. Нормальным является тот факт, что из констатации Конституционного Суда, что законодательная норма не соответствует Конституции, выходит нормальное и единственно возможное последствие, согласно которому общая норма теряет свойство действующего права, так и констатация, что решение суда нарушило специфическое конституционное право, в обязательном порядке приводит к недействительности (ничтожности) любого акта судебной власти,

который противоречит Конституции. Право законодательного органа скорректировать свою законодательную норму, чтобы привести ее в соответствие с Конституцией, также как и право судебной власти пересмотреть и скорректировать собственное решение остаются неприкосновенными. Конституционный Суд констатирует, что он не может вместо законодателя дописывать закон, также как конституционное правосудие и юдикатура не могут вместо Суда принимать окончательное решение по конкретным спорам и брать на себя его компетенцию. Вопреки тому факту, что такие последствия решения Конституционного Суда эксплицитно не предусмотрены Конституцией, по мнению Конституционного Суда, Конституция имплицитно принимает их самим установлением нормативного контроля и конституционной жалобы.

В целях предотвращения нарушения гарантируемого Конституцией права необходимо утвердить юридическую недействительность отдельного акта. При этом можно разумно ожидать, что компетентный суд установит правовое состояние, которое соответствует правовому мнению Конституционного Суда. Если главной целью подачи конституционной жалобы является защита нарушенного права, в этом случае можно разумно ожидать, что этой цели будет соответствовать и решение Конституционного Суда, которое должно предоставить эту защиту и которое своим действием должно эффективно устранить нарушение основного права. Если предоставляемая вышеуказанным способом защита окажется недостаточной, Конституционный Суд может расширить действие своего решения, определяя, помимо элиминации отдельного неконституционного акта, также порядок справедливого удовлетворения. Это также означает, что только корректировки отдельного акта еще недостаточно. Однако это, несомненно, первый и важнейший результат решения Конституционного Суда, которым утверждается, что отдельным актом нарушено право человека или меньшинства. Если бы это правовое действие не было признано решением

Конституционного Суда, в этом случае конституционно-судебная защита была бы теоретической и иллюзорной. Было бы необоснованно и неразумно оставить в силе отдельный акт, которым нарушаются гарантируемые Конституцией права, ссылаясь на конституционный приказ, которым исключается возможность внесудебного пересмотра судебных решений.

Суд по вышеуказанным причинам посчитал, что исключение актов судебной власти из временной меры отмены является нарушением конституционного принципа общего и одинакового подвергания актов государственной власти конституционно-судебному контролю, а также, что нет конституционного основания для законодательного регламентирования разных полномочий Конституционного Суда, то есть разного действия решений Конституционного Суда, принятых с целью защиты гарантируемых Конституцией прав и свобод, в том числе и установления разницы в зависимости от вида оспариваемых актов и принадлежности к конкретной ветви власти лица, которое приняло оспариваемый акт. В этой связи, считая, что исключение судебных решений из возможности отмены не основывается на таком конституционно-правовом основании и причине, Суд утвердил, что в указанной части оспариваемое положение Закона не соответствует Конституции.

Заключение

Принимая в рамках конституционно-судебного контроля решение о кассации положения закона, которым из компетенции Конституционного Суда изымаются решения регулярных судов, Конституционный Суд защитил свою неприкосновенность и репутацию, которая была бы нарушена неконституционным законодательным решением.

Конституционная норма никоим образом не ставит под сомнение соперничество между регулярными судами и Конституционным Судом. Напротив, в результате логического и системного анализа

можно сделать вывод, что в рамках конституционно-правового положения Конституционный Суд и регулярные суды, в том числе и Верховный кассационный суд, каждый в рамках своей деятельности и в соответствии с Конституцией реализуют конституционный приказ о своей самостоятельности и независимости. Оба вида правовой защиты реализуются самостоятельными и независимыми органами, в ходе отдельных и независимых процедур. Таким образом, в рамках Конституции и правопорядка обеспечивается полная защита гарантируемых и обеспечиваемых прав и свобод человека. С этой целью сама Конституция регулирует систему регулярной судебной и специальной конституционно-судебной защиты, устанавливая специальное средство правовой защиты в форме конституционной жалобы, предметом которой могут быть отдельные акты и действия всех государственных органов, к которым относятся акты и действия судебной власти.



**КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
В СИСТЕМЕ РАЗДЕЛЕНИЯ ВЕТВЕЙ ВЛАСТИ**

ИГОРЬ РОГОВ

Председатель Конституционного Совета Республики Казахстан

Уважаемый Гагик Гарушевич!

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Позвольте мне от имени Конституционного Совета Республики Казахстан и от себя лично приветствовать вас на этом представительном форуме, выразить особую благодарность Конституционному Суду Армении, его Председателю господину Гагику Гарушевичу Арутюняну за огромный вклад в консолидацию конституционалистов мира и теплый прием в дружественной нам стране.

Тема сегодняшней Конференции представляет большой интерес как с теоретической, так и с практической точек зрения. В целом смысл и значение существования права как социального феномена состоит не только в обеспечении порядка в разнообразии общественных отношений, но и в предупреждении и разрешении различных конфликтов и споров, которые, безусловно, характерны и для конституционного права. В правовой и политической литературе имеется множество исследований, посвященных таким категориям, как «конституционный конфликт», «конституционно-правовой спор», «конституционный кризис», предлагаются различные их типологии.

В современном мире разработанный более трехсот лет назад принцип разделения властей составляет основу конституций многих государств, вставших на путь демократического развития.

Политическая практика показывает, что наличие самостоятельных ветвей власти как элемент государственного строя является естественным полем для зарождения и развития юридических и иных споров (конфликтов) между ними. Одним из инструментов их предупреждения и разрешения являются органы конституционного контроля.

В пункте 4 статьи 3 Конституции Республики Казахстан установлено, что государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов.

Конституционный Совет не входит в единую систему органов ветвей власти и не относится к судебной системе. Наличие в конституционно-правовом поле Республики органа конституционного контроля – Конституционного Совета неизбежно вносит свои «поправки» в традиционно сложившееся понимание конституционного принципа «системы сдержек и противовесов между ветвями власти». Независимость и самостоятельность Конституционного Совета и конституционное «отстранение» его от органов единой системы ветвей власти (прежде всего от законодательной и исполнительной) дает ему возможность находить пути разрешения имеющихся между ними споров на основе Конституции и объективного и беспристрастного анализа сложившихся обстоятельств.

Организационная и функциональная специфика Конституционного Совета предопределяет его особое место в общей системе и структуре органов государства. Конституционный контроль, реализуемый Конституционным Советом, одновременно имеет политико-правовой характер, поскольку Совет осуществляет защиту Конституции Республики – исходного для всего общества политико-правового документа страны.

Для осуществления своих функций Конституционный Совет

наделен властно-принудительными полномочиями, то есть вправе в предусмотренных Конституцией случаях признать не соответствующими Конституции законы, принятые Парламентом, до подписания их Президентом, отменять действующие законы и иные нормативные правовые акты, решать вопросы о правильности проведения выборов Президента, депутатов Парламента и другое. Изложенное характеризует самостоятельность Конституционного Совета как государственного органа, составляющего часть государственного аппарата, наделенного компетенцией, необходимой для осуществления конституционно-правовых функций арбитража.

Позвольте проиллюстрировать сказанное на конкретных примерах.

В 2003 году решением Конституционного Совета были разрешены разногласия между Парламентом и Правительством касательно действующего Земельного кодекса Казахстана. Внесенный Правительством проект упомянутого законодательного акта вызвал оживленные дискуссии в Парламенте, в связи с чем Премьер-министр поставил вопрос о доверии Правительству. Согласно пункту 7 статьи 61 Конституции, если предложение о вотуме недоверия не наберет большинства голосов от общего числа депутатов каждой из Палат, проект закона считается принятым без голосования. Порядок применения данной процедуры разрешения ситуации детально был разъяснен в нескольких решениях Конституционного Совета, которым были выработаны следующие правовые позиции: Премьер-министр вправе одномоментно поставить вопрос о доверии Правительству в связи с неприятием Парламентом внесенного Правительством лишь одного законопроекта; Премьер-министр не вправе ставить такой вопрос в связи с неприятием одновременно двух законопроектов с обязательством, что Правительство второй раз в данном году не будет пользоваться этим правом; голосование на совместном заседании палат Парламента по вопросу о доверии Правительству проводится незамедлительно, по истечении

установленных Конституцией сорока восьми часов с момента постановки вопроса о доверии (нормативные постановления от 12 марта 1999 года 3/2, от 27 сентября 1999 года 18/2).

С учетом нормативных постановлений Конституционного Совета Премьер-министр воспользовался своим правом и Земельный кодекс был принят в соответствии с отмеченными процедурами. В последующем Конституционный Совет признал Земельный кодекс соответствующим Конституции Республики. Это наглядный пример успешного разрешения конфликта между исполнительной и законодательной ветвями власти при юридическом сопровождении органа конституционного контроля.

Правовые споры и дискуссии могут касаться и конституционной материи. Особенно это проявляется при внесении поправок в конституцию, инициатором которых могут выступать различные субъекты. В нашей стране такое право предоставлено Президенту Республики, Парламенту и Правительству.

Как вам известно, в этом году в Казахстане проведена конституционная реформа. Одной из ее новелл является обязательное получение заключения Конституционного Совета о соответствии предлагаемых конституционных изменений требованиям пункта 2 статьи 91 Конституции до их вынесения на республиканский референдум или на рассмотрение Парламента. В этой статье Основного Закона закреплен перечень особо охраняемых конституционных ценностей, которые не могут быть изменены ни в каких случаях. Это независимость государства, унитарность и территориальная целостность Республики, форма ее правления, а также основополагающие принципы деятельности Республики, заложенные Основателем независимого Казахстана, Первым Президентом Республики Казахстан - Елбасы, и его статус.

Тем самым от мнения органа конституционной юстиции Казахстана будет зависеть возможность дальнейшего продолжения

конституционного процесса совершенствования Основного Закона. Подобный опыт имеется во многих зарубежных странах.

Конституционный Совет является государственным органом, обеспечивающим права и свободы человека и гражданина, формирование единого правового пространства страны на основе Конституции, устранение коллизий и пробелов в законодательстве. Данная функция исполняется путем осуществления не только предварительного, но и последующего конституционного контроля. До недавнего времени такой контроль мог осуществляться только по обращениям судов. Теперь в результате вышеупомянутой мной конституционной реформы право его инициирования предоставлено также Президенту Республики, который направляет обращения в Конституционный Совет о рассмотрении вступившего в силу закона или иного правового акта на соответствие Конституции Республики в интересах защиты прав и свобод человека и гражданина, обеспечения национальной безопасности, суверенитета и целостности государства. Суды, как сказано выше, при рассмотрении конкретных дел могут перед Конституционным Советом ставить вопрос о конституционности актов как законодательной, так и исполнительной власти.

Так, в прошлом году Конституционный Совет рассмотрел обращение одного из судов первой инстанции о признании неконституционным подпункта 3) пункта 7 Правил оформления документов на выезд за пределы Республики Казахстан на постоянное место жительства, утвержденных Постановлением Правительства Республики. Эти Правила предусматривали представление выезжающими в органы миграционной полиции, в числе других документов, нотариально удостоверенного заявления от проживающих в Республике лиц, имеющих по закону право на получение от них алиментов, об отсутствии у них возражений на выезд. В этом суд усмотрел ущемление закрепленных Конституцией прав человека.

Конституционный Совет выявил ряд недостатков в правовом регулировании вопросов выезда граждан в иностранные государства на постоянное место жительства и рекомендовал Правительству принять необходимые меры.

Постановлением Правительства от 29 сентября 2017 года внесены изменения в указанные Правила. Что касается корректировки законодательных актов, то она ожидается в ближайшее время.

Таким образом, конституционный контроль в Казахстане способствует профилактике и разрешению разных конституционных конфликтов и споров, возникающих между ветвями власти в законотворческом процессе и правоприменительной практике. Конституционный Совет за годы своей деятельности стал реальной движущей силой механизма конституционной регуляции и служит обеспечению и развитию политико-правовых процессов в рамках Основного Закона. Играя существенную роль в надлежащем воплощении норм и принципов Конституции, Конституционный Совет через свои итоговые решения фактически участвует в обеспечении баланса ветвей власти и в значительной мере предопределяет основные направления законодательных и иных реформ.



РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В УРЕГУЛИРОВАНИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ КОНФЛИКТОВ

СЕРГЕЙ МАВРИН

*Заместитель Председателя Конституционного Суда
Российской Федерации*

Любую разновидность человеческого общества можно рассматривать в широком смысле как совокупность индивидов человеческого рода (в натуралистическом понимании – *res extensas*), сосуществующих на обозначенной территории в конкретных временных границах в рамках определенных исторических, социокультурных и экономических условий. Функционирование данного общества всегда происходит в рамках системы конкретных взаимоотношений, складывающихся между его членами в процессе их жизнедеятельности, при этом данное взаимодействие не только не исключает, но даже и предполагает наличие (или, как минимум, возможность наличия) пересечения или столкновения разновекторных интересов членов данного социума, то есть конфликтов.

Классическая конфликтология, как правило, сводит понимание конфликта (от лат. *conflictus* – столкновение¹) к особому виду взаимодействия индивидов или их групп (объединений), которое, с одной стороны, проявляет себя как противодействие участников этого взаимодействия, а, с другой, как способ разрешения возникающих между ними противоречий во взглядах, интересах, целях продолжения процесса позитивного социального взаимодействия.

В контексте конституционного правосудия, в том числе

¹ См.: Словарь иностранных слов/ Под ред. И.В. Лехина, Ф.Н. Петрова. - М., 1996. - С. 359.

осуществляемого посредством деятельности Конституционного Суда Российской Федерации, естественно, чаще всего приходится сталкиваться именно с конституционным конфликтом, который в российской юридической научной литературе обычно определяют как имеющую политико-правовую природу форму взаимодействия субъектов конституционных отношений, обусловленную необходимостью разрешения разногласий по вопросам признания, реализации и защиты конституционно значимых интересов.

Обычно данная формулировка сопровождается указанием на то, что далеко не каждый политический, политико-правовой или правовой конфликт в сфере конституционных отношений, пусть даже и возникший между различными ветвями власти, априори является конституционным, поскольку к категории таковых может быть с достаточным основанием отнесен лишь тот конфликт, возникновение которого затрагивает (или может затронуть) существующий в соответствующей стране конституционный правопорядок. В этом смысле конституционным по своему значению может стать и конфликт изначально незначительного числа индивидов, который зародился в результате столкновения их частноправовых интересов, но по мере своего расширения или качественного изменения субъектного состава приобрел такое публично-правовое значение, что стал посягать на существующий конституционный правопорядок, поскольку его сторонами уже начали выступать не отдельные индивиды или некоторое их количество, а довольно обширные социальные группы. Природа самих конституционных конфликтов, многообразие источников и сфер их возникновения и, соответственно, обусловленных ими типов и форм весьма разнообразны, что, как представляется, говорит в пользу признания невозможности определить заранее некий исчерпывающий список или ограниченный перечень универсальных инструментов их разрешения. Это обстоятельство, в свою очередь, объективно требует соизмеримого многообразия адекватных и эффективных форм их разрешения, в связи с чем заранее можно предусмотреть лишь некие обобщенные модели или правовые процедуры их урегулирования.

В российской правовой системе, как следует уже из самого названия настоящей статьи, конституционное правосудие, отправляемое Конституционным Судом Российской Федерации, не только может, но и должно выступать в качестве основной правовой формы разрешения конституционных конфликтов. Однако, учитывая только что сказанное, нельзя заранее со всей определенностью разделить все полномочия Конституционного Суда на предназначенные и не предназначенные для урегулирования конституционных конфликтов, поскольку вариативность природы таких конфликтов предопределяет и многообразие конкретных процессуальных форм, в рамках которых Конституционный Суд Российской Федерации может осуществлять их урегулирование, избирая для конкретного случая наиболее оптимальную из них.

К примеру, Конституционный Суд Российской Федерации в своей истории принимал участие в урегулировании конституционных конфликтов посредством таких способов, как дача заключения о соответствии Конституции действий и решений Президента, проверка конституционности оспариваемых уполномоченными на то органами власти законоположений, осуществление конституционного контроля по конкретным конституционным жалобам.

Представляется, что одним из первых дел, которое фактически способствовало урегулированию возникшего в нашей стране конституционного конфликта и предотвратило в ней серьезный конституционный кризис, стало так называемое «дело КПСС», рассмотренное в 1992 году². Возникновение данного дела во многом было предопределено изданием Указов Президента

² См: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 ноября 1992 года по делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 23 августа 1991 года № 79 «О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР» от 25 августа 1991 года № 90 «Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР» и от 6 ноября 1991 года № 169 «О деятельности КПСС и КП РСФСР», а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР // Конституционный Суд Российской Федерации: Постановления. Определения. 1992-1996 / Сост. и отв. Ред. Т.Г. Морщакова. - М., 2001. - С. 230-260.

Российской Федерации от 23 августа 1991 года и от 6 ноября 1991 года, которыми была приостановлена деятельность Компартии РСФСР и прекращена на территории Российской Федерации деятельность КПСС. Рассматривая это дело в рамках конституционного судопроизводства, Конституционный Суд должен был вынести в итоге такое решение, которое бы, как минимум, предотвратило политическую и, не исключено, гражданскую войну в стране, то есть урегулировать конституционный по своей природе конфликт, уже начавший перерастать в конституционный кризис. При этом Суд должен был вынести не чисто политическое, а именно правовое по своей сути решение, обеспечивающее стабилизацию и развитие полноценной правовой системы, построение правового государства и создание такой общественной среды, в которой гарантируется исполнение правовых норм и обеспечиваются верховенство права и защита прав человека.

С этой целью, проверяя конституционность данных Указов Президента, Конституционный Суд, признав недопустимыми очевидные незаконные элементы в деятельности КПСС и КП РСФСР, в том числе прямое сращивание государственных, в частности, военных, и партийных органов, объединение собственности государства, партии и отдельных её членов, одновременно указал, что в демократическом государстве запрета на идеологию тем не менее быть не может. Соответственно, недопустим и запрет на объединение людей с общностью убеждений в организацию, если эти убеждения не несут угрозу основам конституционного строя.

Это решение, с одной стороны, окончательно ликвидировало партийную монополию, а с другой — предотвратило разрешение конституционного кризиса по силовому сценарию и возникновение сопутствующих ему гражданских столкновений, обеспечив тем самым укрепление, а не подрыв демократических устоев общества и государства.

Немаловажным итогом Постановления 1992 года стало также определение и формулирование основ системы разделения властей в Российской Федерации, в том числе ограничение вмешательства Президента в деятельность органов следствия и прокуратуры. При этом Конституционный Суд особо подчеркнул необходимость обеспечения приоритета прав граждан при применении и опубликовании нормативных актов, в том числе отметив, что общим принципом права является требование, согласно которому нормативный акт, предусматривающий ограничение прав граждан, вступает в силу только после его промульгации.

Само данное дело, как и результат его рассмотрения, свидетельствуют, как представляется, и еще об одном важном моменте. Суд с самого начала своей деятельности, причем далеко не в самое простое время становления новой государственности в России, стал проводить последовательную политику, главной целью которой был поиск общественного согласия, находящего свое отражение в эффективной системе разделения властей, в приоритете принципа защиты прав человека и национальных интересов Российской Федерации. Этим посылам, из которых Суд исходил 25 лет назад, он следует, как представляется, и сегодня. В этом смысле вряд ли имеются веские основания для выдвижения в адрес Конституционного Суда Российской Федерации обвинений в непоследовательности или отступлении от своих же собственных правовых позиций, по крайней мере, в рамках анализируемого аспекта его деятельности.

В качестве другого примера деятельности Конституционного Суда России по урегулированию конституционного конфликта и тем самым по предотвращению его перерастания в конституционный кризис можно назвать самое первое рассмотренное им дело о проверке конституционности Указа Президента РСФСР Б.Н. Ельцина «Об образовании Министерства безопас-

ности и внутренних дел РСФСР”³, которым он в декабре 1991 года объединил два столпа правоохранительной службы – Министерство государственной безопасности (МГБ) и Министерство внутренних дел (МВД).

Помимо политических мотивов в этом деле в виде необходимости скорее избавиться от органов государственной безопасности советского образца, с одной стороны, и жизненной важности обеспечения способности противостоять мощным внешним, политическим, социальным и экономическим вызовам и угрозам, с другой стороны, у данного Указа была и еще одна неприемлемая с правовой точки зрения характеристика. Объединяя органы госбезопасности и органы внутренних дел в одно ведомство, этот Указ нарушал одно из главных правил устройства власти в демократическом обществе – принцип сдержек и противовесов, который в качестве гарантии против узурпации власти силовыми службами должен также распространяться и на соответствующие правоохранительные ведомства, обладающие исключительными возможностями, даже несмотря на то, что они фактически принадлежат одной ветви исполнительной власти.

Итогом рассмотрения “дела МГБ” (как его иногда неофициально называют) стало то, что Конституционный Суд признал оспариваемый Указ не соответствующим Конституции и признал подписание Указа Президентом превышением его полномочий.

Еще одним из рассмотренных Конституционным Судом дел в части снятия политического напряжения и урегулирования конституционного конфликта на раннем этапе становления современной России (причем из наиболее показательных и в то же время резонансных с точки зрения общественной оценки)

³ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 января 1992 года по делу о проверке конституционности Указа Президента РСФСР от 19 декабря 1991 года “Об образовании Министерства безопасности и внутренних дел РСФСР” // Конституционный Суд Российской Федерации: Постановления. Определения. 1992-1996 / Сост. и отв. ред. Т.Г. Морщакова. - С.44-50.

является дело о проверке конституционности Указа Президента от 21 сентября 1993 года № 1400 "О поэтапной конституционной реформе"⁴.

В ситуации непрекращающегося конфликта между Президентом и представительными органами государственной власти 21 сентября 1993 года Президент выступил с обращением к гражданам России, в котором заявил о роспуске Съезда народных депутатов и Верховного Совета. До начала работы нового органа – Федерального Собрания – Президент установил верховенство указов Президента и постановлений Правительства; Конституция и законодательство субъектов Российской Федерации продолжали действовать в части, не противоречащей Указу. Конституционному Суду предлагалось не созывать заседания до начала работы Федерального Собрания.

Конституционный Суд Российской Федерации признал данный Указ Президента и его обращение к гражданам России не соответствующими Конституции России и служащими основанием для отрешения Президента Б.Н. Ельцина от должности или приведения в действие иных специальных механизмов его ответственности в порядке статей 121.10 и 121.6 Конституции Российской Федерации, действовавшей на тот момент⁵. Законодательная власть – Верховный Совет и Съезд народных депутатов – приступили к исполнению этого решения Конституционного Суда, которое, однако, реализовать так и не удалось, потому что противостояние Президента и законодателей довольно быстро переросло в открытое противоборство, которое закончилось, как известно, фактическим перерастанием конституционного конфликта в вооруженное столкновение противоборствующих в нем сторон.

⁴ Собрание актов Президента и Правительства РФ. № 39. Ст. 3597.

⁵ Заключение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 сентября 1993 года о соответствии Конституции Российской Федерации действий и решений Президента Российской Федерации Б.Н. Ельцина, связанных с его Указом "О поэтапной конституционной реформе в Российской Федерации" от 21 сентября 1993 года № 1400 и Обращением к гражданам России 21 сентября 1993 года // Вестник Конституционного Суда РФ. 1994. № 6. С. 40-41.

Тем не менее необходимо иметь в виду, что, принимая решение о неконституционности Указа Президента, Конституционный Суд руководствовался вовсе не ангажированностью либо симпатиями к одной из сторон конфликта, а требовал от конфликтующих сторон не выходить за рамки правового поля, предлагая Президенту и Верховному Совету вернуться в эти рамки, предварительно отменив все свои неправовые решения, и решить свои разногласия мирным путем.

К сожалению, поскольку Конституционный Суд стал арбитром в этом противостоянии уже тогда, когда оно фактически перерастало в вооружённый конфликт, то есть вышло за те пределы, в которых Конституционный Суд мог действовать эффективно, предотвратить конституционный кризис в данный период времени не удалось, а окончательное разрешение его стало возможно лишь после проведения всенародного голосования по проекту новой российской Конституции, которая была принята на референдуме 12 декабря 1993 года.

Конечно, нельзя не учитывать то обстоятельство, что возникновение таких тяжелейших конституционных конфликтов, случившихся в нашей стране в 1991 – 1993 годах, имело место на самом начальном этапе становления современного российского государства. Сегодня же, когда правовая система в России в целом сформировалась, а конституционный порядок приобрёл свою устойчивость, оснований для масштабных и в большом количестве конституционных конфликтов, надо полагать, стало значительно меньше, что также может свидетельствовать об успешном движении России по пути построения правового демократического государства.

Вместе с тем это не означает, что в настоящее время вообще отпала необходимость участия Конституционного Суда Российской Федерации в урегулировании конструктивных конфликтов. Такая необходимость, конечно, осталась, но поскольку задачи Суда применительно к этой сфере его деятельности изменились, то и

она претерпела в современных условиях известную модификацию, переместившись главным образом в область превенции - предотвращения самой возможности перерастания какого-либо социального конфликта в конституционный.

В качестве примера сказанному можно привести совокупность последовательных правовых позиций Конституционного Суда по защите права граждан на проведение мирных собраний. Эти позиции по своей сути были направлены, применительно к указанной сфере отношений, на сглаживание напряженности, возникающей в российском обществе по тем или иным вопросам, с тем, чтобы исключить возможность ее перерастания в конституционный конфликт.

Руководствуясь этой целью, Конституционный Суд в своих решениях последовательно применял к вопросам правового регулирования порядка проведения публичных мероприятий подходы, отвечающие требованию необходимости обеспечения и защиты конституционного права граждан собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование (статья 31 Конституции РФ), последовательно отстаивая за гражданами право на уведомительный, а не разрешительный порядок проведения мирных собраний, жестко ограничивая пределы ответственности организаторов публичных мероприятий (гражданской, административной и уголовной), защищая право индивидов быть организаторами таких мероприятий, ограничивая возможность злоупотреблений государственных органов при отведении специальных мест для проведения публичных мероприятий, наконец, специально защищая религиозные права граждан, связанные с проведением мирных собраний (для отправления религиозных культов и др.).

Необходимо также сказать и еще об одном. Среди полномочий Конституционного Суда есть полномочия, реализация которых в процессе конституционного судопроизводства осуществляется крайне редко. Так, согласно положениям Федерального

конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее ФКЗ о КС РФ) Конституционный Суд разрешает споры о компетенции между федеральными органами государственной власти, между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, а также между высшими государственными органами субъектов Российской Федерации (статья 3 ФКЗ о КС РФ). Перечень субъектов, уполномоченных на обращение с ходатайством о разрешении соответствующих споров, порядок и условия его рассмотрения, допустимость ходатайства о разрешении спора о компетенции определяются главой XI ФКЗ о КС РФ.

Есть, по всей видимости, достаточные основания для утверждения о том, что в настоящее время в условиях, как уже было сказано ранее, в целом уже сформировавшейся правовой системы преодоление конституционных конфликтов — реальных либо возможных — акцент в деятельности Суда, может также смещаться в сторону разрешения споров о компетенции между органами публичной власти. В связи с этим в заключение хотелось бы остановиться на процедуре реализации данного полномочия Конституционного Суда.

В целом законодательные положения о порядке разрешения споров о компетенции описывают процедуру рассмотрения подобного рода дел в общем виде. При этом нормативное регулирование фактически не исключает возможного «наслоения» различных процедур конституционного судопроизводства, в которых по существу могут рассматриваться дела по спорам о компетенции. Так, ходатайство органа (органов) государственной власти допустимо, если заявитель считает издание акта или совершение действия правового характера либо уклонение от издания акта или совершения такого действия нарушением установленного Конституцией Российской Федерации разграничения компетенции между органами государственной власти. При этом рассмотрение дела о соответствии нормативного акта, являющегося

предметом спора о компетенции, Конституции Российской Федерации возможно только на основании отдельного запроса и в соответствии с порядком рассмотрения дел о конституционности нормативных актов (статьи 93 и 94 ФКЗ о КС РФ).

Определяя критерии допустимости ходатайства о разрешении спора о компетенции, законодатель устанавливает, в частности, условие закрепления оспариваемой компетенции Конституцией Российской Федерации (статья 93 ФКЗ о КС РФ). Это, в числе прочего, предполагает возможность рассмотрения спора о компетенции посредством обращения уполномоченного заявителя с запросом о толковании Конституции Российской Федерации, т.е. в порядке главы XIV ФКЗ о КС РФ. Так, в Постановлении от 11 апреля 2000 года 6-П⁶ Конституционный Суд указывал, что разрешение публично-правовых споров между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в области разграничения нормотворческой компетенции должно основываться прежде всего на толковании компетенционных норм Конституции Российской Федерации в порядке конституционного судопроизводства.

Споры о компетенции в порядке главы XI ФКЗ о КС РФ рассматриваются исключительно с точки зрения разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную и разграничения компетенции между федеральными органами государственной власти, а также с точки зрения разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, между высшими государственными органами субъектов Российской Федерации, установленного Конституцией Российской Федера-

⁶ По делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 2 статьи 1, пункта 1 статьи 21 и пункта 3 статьи 22 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в связи с запросом Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации // СЗ РФ, 2000. № 16. Ст. 1774.

ции, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий.

ФКЗ о КС РФ (пункт 3 части первой статьи 93) признает в качестве одного из критериев допустимости ходатайства о разрешении спора о компетенции тот факт, что спор не был и не мог быть разрешен иным способом. Следовательно, данный механизм используется Конституционным Судом в случае, когда исчерпаны все иные внесудебные механизмы и способы защиты, включая согласительные процедуры, осуществляемые Президентом Российской Федерации в порядке части 1 статьи 85 Конституции Российской Федерации. Такое нормативное регулирование придает рассматриваемому институту качество субсидиарности.

Указанные обстоятельства предупредили очевидную ограниченность конституционно-судебной практики разрешения споров о компетенции.

На сегодняшний день Конституционным Судом фактически было принято только одно итоговое решение, в котором с применением процедуры, установленной главой XI ФКЗ о КС РФ, рассматривался спор о компетенции между Советом Федерации и Президентом Российской Федерации относительно принадлежности полномочия по изданию акта о временном отстранении Генерального прокурора Российской Федерации от должности в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела (Постановление от 1 декабря 1999 года № 17-П⁷).

При этом в данном деле фактически устанавливался пробел в законодательном регулировании вопроса о том, какой субъект вправе издавать акт о временном отстранении Генерального прокурора Российской Федерации от должности на время

⁷ По спору о компетенции между Советом Федерации и Президентом Российской Федерации относительно принадлежности полномочия по изданию акта о временном отстранении Генерального прокурора Российской Федерации от должности в связи с возбуждением в отношении него уголовного дела // СЗ РФ. 1999. 51. Ст. 6364.

расследования возбужденного в отношении него уголовного дела. Указав на отсутствие необходимого нормативного регулирования, Конституционный Суд пришел к выводу о том, что именно Президент Российской Федерации на основании и во исполнение соответствующих конституционных предписаний обладает таким полномочием. При этом Суд отметил, что законодатель не лишен возможности с учетом требований Конституции Российской Федерации и правовых позиций Конституционного Суда разработать иные механизмы, связанные с реализацией возможного уголовного преследования в отношении Генерального прокурора Российской Федерации и его отстранения от должности на период проводимого расследования.

На предпочтительность использования иных способов разрешения спора о компетенции Конституционный Суд обратил внимание и в Определении от 2 ноября 1995 года № 81-О⁸. Отказав Государственной Думе в принятии к рассмотрению запроса о соответствии Конституции Российской Федерации Указа Президента Российской Федерации от 22 июля 1994 года № 1535, Суд отметил, что заявителем по существу заявлен спор о компетенции, и, следовательно, запрос в заявленной процедуре не может быть признан допустимым. При этом Суд указал и надлежащий способ его разрешения - путем принятия Государственной Думой соответствующего закона. По существу речь тогда шла о предписании Конституционного Суда разрешить возможный конституционный конфликт посредством механизма законотворчества.

В целом Конституционный Суд Российской Федерации исходит из возможности разрешения спора о компетенции в рамках иной процедуры – проверки конституционности оспоренного

⁸ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Государственной думы Федерального Собрания о соответствии Конституции Российской Федерации Указа Президента от 22 июля 1994 года; 1535 "Об Основных положениях государственной программы приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации после 1 июля 1994 года"// Данный документ опубликован не был.

нормативного регулирования, которая признается приоритетной при рассмотрении соответствующей категории дел.

Суммируя сказанное, можно утверждать, что органам конституционного контроля в разрешении и преодолении конституционных конфликтов в современном обществе принадлежит особая роль. Действуя в одних случаях самостоятельно, в других тесно взаимодействуя с иными органами и ветвями публичной власти в рамках согласительных процедур, конституционные суды и эквивалентные органы обеспечивают специальными правовыми средствами снятие возникающих социальных напряжений, создавая, таким образом, конституционно-правовые предпосылки и возможности для бесконфликтного и устойчивого развития общества в своей стране.



КОНСТИТУЦИОННЫЕ СПОРЫ И РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В СРАВНИТЕЛЬНОМ АСПЕКТЕ (Тезисы доклада)

АЛЬВИНА ГЮЛУМЯН

Судья Конституционного Суда Республики Армения

1. Что означает конституционный спор.

В широком аспекте любое рассматриваемое в Конституционном Суде дело, по сути, является конституционным спором. Не случайно в постановлениях Конституционного Суда Республики Армения часто можно встретить выражение "поднятый в рамках настоящего дела конституционно-правовой спор".

В узком аспекте споры между конституционными органами в связи с их конституционными полномочиями — тема нашей Конференции.

При изучении конституционных развитий в нашей стране нетрудно заметить чрезвычайно важную тенденцию, которая заключается в расширении рамок субъектов обращения в Суд и полномочий Конституционного Суда. В результате последних изменений в Конституции (пункт 4 статьи 168 Конституции с изменениями от 2015 года) к полномочиям Конституционного Суда добавилось новое — разрешение споров между конституционными органами, возникающих в связи с их конституционными полномочиями. Это, конечно, новый вызов для Конституционного Суда, поскольку такие споры зачастую носят политический характер, и даже если их политический оттенок не так уж и очевиден, все равно после вынесенных по ним постановлений нельзя исключать возможность возникновения тех или иных политических последствий. В то же время бесспорно и то, что наделение Конституционного Суда полномочием по их разрешению преследует цель обеспечить

верховенство Конституции, разделение властей, содействовать формированию конституционной культуры и не допустить их перемещения в политическое поле. По моему глубокому убеждению, достичь этой цели будет возможно только в результате укрепления правового государства и при наличии необходимых конституционных традиций.

Изучение конституций разных стран показывает, что подобным полномочием в той или иной форме наделены почти все конституционные суды. В одних странах это полномочие совмещено с функцией определения конституционности правовой нормы, в других — с функцией абстрактного толкования Конституции, а в ряде стран, что ожидается и у нас, это совершенно отдельная функция. Так, согласно статье 125 Конституции Хорватии Конституционный Суд разрешает споры о компетенции между органами законодательной, исполнительной и судебной властей; согласно статье 87 Конституции Чехии Конституционный Суд принимает решения по спорам о компетенции государственных органов и органов территориального самоуправления, если законом разрешение данных споров не отнесено к компетенции иного органа. То есть в одних странах — это споры между государственными органами, а в других — в этот процесс вовлечены различные ветви власти. В нашем случае — это споры между конституционными органами.

2. Что означает конституционный орган.

Это органы, предусмотренные Конституцией, или органы, полномочия которых определяются Конституцией? Можно сделать вывод, что авторы Конституции имели в виду вторую группу, так как согласно пункту 4 статьи 168 Конституции Конституционный Суд “разрешает споры между конституционными органами, возникающие в связи с их **конституционными полномочиями**”.

3. Здесь, однако, встает вопрос: **“Могут ли обратиться в Конституционный Суд по этому вопросу все те органы, полномочия которых устанавливаются Конституцией, или нет, и если нет, то чем это обусловлено?”**. Так, из статьи 169 Конституции РА следует, что по спорам, возникающим в связи с **конституционными полномочиями**, в Конституционный Суд могут обращаться как минимум одна пятая от общего числа депутатов Национального Собрания РА, Президент РА, Правительство РА, Высший судебный совет РА и органы местного самоуправления РА, тогда как, например, согласно статье 176 Полномочия прокуратуры также устанавливаются Конституцией, но этот орган не входит в перечень тех, кто имеет право обращаться в Конституционный Суд по вопросу полномочий.

Между тем опыт нашего Суда показывает, что за последние два года в рамках производства касательно конституционности нормы Суд в связи именно с этим органом по сути рассматривал споры по вопросу полномочий.

В любом случае, если субъекты обращения четко определены Конституцией, то вопрос с ответчиками должен быть уточнен.

4. Какие органы могут быть ответчиками в спорах между конституционными органами? Могут ли это быть не только органы, имеющие право обращения в Конституционный Суд, но и другие государственные органы?

Конституция РА устанавливает в качестве субъекта, имеющего право обращения в Конституционный Суд, также 1/5 от общего числа депутатов Национального Собрания РА. Возникает вопрос, могут ли они направлять обращение против других конституционных органов или могут только оспаривать бездействие Национального Собрания РА?

5. В каких случаях возникают такие споры.

- Когда существуют противоречивые правовые положения, устанавливающие полномочия этих органов, или нормы, устанавливающие такие полномочия для разных органов. Зачастую эти споры приобретают характер спора об оспаривании конституционности нормы или приводят к такому спору.
- Когда есть конституционный или законодательный пробел.
- Когда какой-либо орган вследствие разного восприятия и толкования нормы приписывает себе полномочие, которым согласно Конституции наделен иной орган.
- Когда конституционный орган проявляет бездействие в вопросе осуществления своих конституционных полномочий.

Статья 150 Конституции РА, озаглавленная "Формирование Правительства" гласит: "Правительство формируется в пятнадцатидневный срок после назначения Премьер-министра. Премьер-министр в пятнадцатидневный срок после своего назначения предлагает Президенту Республики кандидатуры вице-премьеров и министров. Президент Республики в трехдневный срок либо назначает вице-премьеров и министров, либо обращается в Конституционный Суд. Конституционный Суд рассматривает обращение и принимает постановление в пятнадцатидневный срок. Если Президент Республики не выполняет установленные настоящей статьей требования в трехдневный срок, то соответствующий вице-премьер или министр считается назначенным в силу закона".

6. В какой срок после возникновения спора можно обращаться в Конституционный Суд.

7. Какие решения могут быть приняты в результате рассмотрения этих споров и как они будут реализованы.



THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN PROTECTING THE CONSTITUTIONAL IDENTITY

INETA ZIEMELE

President of the Constitutional Court of the Republic of Latvia

1. The theory of constitutional identity is relatively new to Latvia. It is important to explain and place it in the context. I will devote the first part of my presentation to this issue. The second part of my presentation will address the role of the Constitutional Court.
2. I will be using several concepts and at the start it is necessary to draw the distinction between them as well as to see the connections thereof. First, the concept of constitutional identity. Second, the inviolable core of the Constitution. Third, the fundamental general principles.
3. The Constitutional Court of Latvia has so far spoken about fundamental general principles or the foundation of the state which the Republic of Latvia cannot give up. In the *Lisbon Treaty* case, the Court recognized that Latvia, by transferring some of its competences to the European Union, places upon itself limitations and that this is only permitted when it is compatible with Articles 1 and 2 of the Constitution¹ which, *inter alia*, contain the principles of democratic state and popular sovereignty. In the list of these fundamental principles the Court has included the rule of law and fundamental rights.²
4. Along same line of thinking, in the case with regards to the Border Agreement between Latvia and the Russian Federation the Court identified fundamental principle of state continuity, which Article 2 of the Constitution includes as well. When restoring the inde-

¹ Article 1 of the Constitution of the Republic of Latvia provides: "Latvia is an independent democratic republic." Article 2 provides: "The sovereign power of the state of Latvia is vested in the people of Latvia."

² Judgement of 7 April 2009 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2008-35-01, paras.17, 18.3.

pendence of Latvia, the people of Latvia could only do that in accordance with the principle of state continuity which derives from the non-recognition of the unlawful use of force against Latvia by the Soviet Union in 1940.³ In other words, the Court uses the concept of general principles and appears to underscore the existence of foundational principles which cannot be changed or interfered with.

5. However, in the Latvian legal doctrine the concepts of the core of the Constitution and of the constitutional identity have been explored. Between 2008 and 2013 the two consecutive Presidents of Latvia had established the Constitutional Law Commission with eminent legal experts providing academic opinions on topical constitutional law issues. The final opinion of the Commission concerned the question whether the Constitution of the Republic of Latvia comprises such provisions and principles that form the core of the Constitution and which thus cannot be changed in any lawful manner.⁴ The Commission identified the following:
 6. The core of the Constitution comprises the constitutional identity of Latvia and proclaims its inviolability. The core of the Constitution is therefore a principle of constitutional law which exists alongside the written text of the Constitution. The meaning of this principle is that the legislator is prohibited to change the constitutional identity of Latvia.⁵ In Latvia, the Constitution spells out two legislators, i.e., the people and the Parliament.⁶ Latvian constitution, which includes the power of direct legislative initiative by a certain number of voters and gives the people the right to take a final decision in

³ Judgement of 29 November 2007 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2007-10-0102, paras.31.2, 32.1–32.3. See also I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: the Baltic States and Russia. Past, Present and Future as Defined by International Law*, Leiden: M. Nijhoff Publishers, 2005.

⁴ Par Latvijas valsts konstitucionālajiem pamatiem un neaizskaramo Satversmes kodolu. Konstitucionālo tiesību komisijas viedoklis un materiāli. [Opinion of 17 September 2012 by the Constitutional Law Commission under the Auspices of the President of the State “On the Constitutional Foundations of the State of Latvia and the Inviolable Core of the *Satversme*”.] Rīga: Latvijas Vēstnesis, 2012.

⁵ *Ibid.*, pp. 78–79.

⁶ Article 64 of the Constitution of the Republic of Latvia provides: “The *Saeima*, and also the people, have the right to legislate, in accordance with the procedures, and to the extent, provided for by this Constitution.”

this case if the Parliament does not support the legislative proposal, is an important example of a system of direct democracy.

7. The legal doctrine argues that in Latvia there is a constitutional principle prohibiting an interference with the constitutional identity of the state. Neither the people, nor the constitutional bodies can turn against the core of the Constitution. It is impossible within the framework of the existing Constitution.⁷
8. The concept of the inviolable core of the Constitution is linked to the theory of militant democracy. Following World War II the theory of militant democracy which argues that democracy has to be able to defend itself against internal and external threats has gained ground. In recent years it has been put to test, certainly in Europe. It is therefore that such actions which could challenge the principle of democracy and thus the core of the Latvian constitutional identity would not be legally possible. They can happen in a form of revolution which is an act that is outside the constitutional scope in force.⁸
9. In 2012 the constitutional identity of Latvia was challenged. A proportion of the electorate come with the legislative initiative to allow Russian language as the second state language.⁹ According to the Constitution in Latvia the people have the right to propose draft legislation¹⁰ and the procedure was at the time relatively simple. The referendum was allowed to go ahead but already at this stage the question arose whether the constitutional procedure can be used for anti-constitutional proposals which go to the very core of the identity. In other words, while the initiative was *a priori* democratic, it was evident that it clashed with another fundamental principle, *i.e.*, Latvia as a national

⁷ Par Latvijas valsts konstitucionālajiem pamatiem un neaizskaramo Satversmes kodolu. Konstitucionālo tiesību komisijas viedoklis un materiāli. [Opinion of 17 September 2012 by the Constitutional Law Commission under the Auspices of the President of the State “On the Constitutional Foundations of the State of Latvia and the Inviolable Core of the *Satversme*”.] Rīga: Latvijas Vēstnesis, 2012, pp. 111, 113.

⁸ *Ibid.*, pp. 64–68.

⁹ *Ibid.*, pp. 69–70.

¹⁰ Article 78 of the Constitution of the Republic of Latvia provides: “Electors, in number comprising not less than one tenth of the electorate, have the right to submit a fully elaborated draft of an amendment to the Constitution or of a law to the President, who shall present it to the *Saeima*. If the *Saeima* does not adopt it without change as to its content, it shall then be submitted to national referendum.”

state with the Latvian language at the center of national and constitutional identity.

10. As can be seen, the general principles may clash. But there is also a hierarchy among the general principles. For example, the principle of state continuity is part of the core of the Latvian Constitution and it is for this reason that it will prevail over other principles that may challenge the principle of state continuity. The principle of openness to international law, including law of the European Union, is among the fundamental principles in accordance with the doctrine of the Constitutional Court. However, the principle of democracy will prevail as well as the principle of state continuity and that of the national state.
11. The hierarchy of general principles can be explained by reference to the constitutional identity of the state which is the core of the Constitution. First of all, international law delimits the powers of states within a certain territory. This means that a crucial element of the identity of a state in international law is the territory over which the government exercises effective control. Transmitted to the level of constitutional law, this means that this particular territory is the core of the Constitution.¹¹ To have a state, you have to have a people exercising sovereignty in that territory. Therefore, also a people are the core of the Constitution.¹² Latvia has emerged as a state in which the Latvian culture, language and identity can develop. This is the reason why the principle of a nation state is part of the core of the Constitution. The right to communicate in Latvian is part of the core of the Constitution.¹³
12. To sum up the first part of the presentation, it should be stated that there are several principles that form part of the constitutional identity of a state. The core of the Constitution is the constitutional identity of a state. That core is not violable.

¹¹ Par Latvijas valsts konstitucionālajiem pamatiem un neaizskaramo Satversmes kodolu. Konstitucionālo tiesību komisijas viedoklis un materiāli. [Opinion of 17 September 2012 by the Constitutional Law Commission under the Auspices of the President of the State “On the Constitutional Foundations of the State of Latvia and the Inviolable Core of the *Satversme*”.] Rīga: Latvijas Vēstnesis, 2012, pp. 126–127.

¹² *Ibid.*, p. 127.

¹³ *Ibid.*, p. 134.

13. The next question arises how to ensure that the core of the Constitution is inviolable. The answer to this question depends on the structure of the constitutional organs and their powers. In Latvia, the responsibility to protect the Constitution rests with all constitutional organs within the limits of their competence. However, the Constitutional Court has indeed the ultimate responsibility. Normally, the Constitutional Court protects the core of the Constitution in ordinary constitutional cases. Latvian Constitutional Court has decided several cases concerning the territory of the state,¹⁴ the Latvian language,¹⁵ and the Latvian citizenship¹⁶ which are core issues.
14. More complex situations may arise with regard to draft legislative proposals to amend the Constitution. The Constitutional Court has determined that Article 76 of the Constitution¹⁷ has given the Parliament the competence to amend the Constitution within the existing constitutional frame. The Parliament cannot change the foundations of the constitutional order or give up statehood. According to the Constitutional Court, this could only be done by the people. Article 77 of the Constitution¹⁸ accepts that people can only change the foundations of the state through a referendum. But the Court has stated that in case the referendum has been held in the presence of foreign armed forces or during *coup d'état*, that situation cannot affect the statehood.¹⁹

¹⁴ Judgement of 29 November 2007 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2007-10-0102.

¹⁵ Judgement of 21 December 2001 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2001-04-0103; Judgement of 7 November 2013 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2012-24-03.

¹⁶ Judgement of 7 March 2005 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2004-15-0106; Judgement of 13 May 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2009-94-01.

¹⁷ Article 76 of the Constitution of the Republic of Latvia provides: "The *Saeima* may amend the Constitution in sittings at which at least two-thirds of the members of the *Saeima* participate. The amendments shall be passed in three readings by a majority of not less than two-thirds of the members present."

¹⁸ Article 77 of the Constitution of the Republic of Latvia provides: "If the *Saeima* has amended the first, second, third, fourth, sixth or seventy-seventh Article of the Constitution, such amendments, in order to come into force as law, shall be submitted to a national referendum."

¹⁹ Judgement of 29 November 2007 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2007-10-0102, paras.31.1, 31.2.

15. The Constitutional Law Commission considered that Articles 76–79 of the Constitution²⁰ do not give either to the Parliament or to the people the right to change the basic norm (*Grundnorm*) that sovereign power in Latvia belongs to the people because it means giving up the statehood.²¹ In that respect, the Court drew a line between permissible and impermissible constitutional amendments.
16. The Commission also considered that Articles 1, 2, 3, 4, 6 and 77 of the Constitution,²² are broader than the constitutional identity of Latvia.²³ In that respect there is a similarity in the reasoning employed by the Constitutional Court and the Constitutional Law Commission. It means that in some respect the above-mentioned articles of the Constitution can be changed by the way of a popular referendum. The Constitutional Court has to still await for a case in which it would be faced with the issue as to whether it should pronounce on the constitutional identity. It may well be that such a case is already under the consideration in the court.

²⁰ The content of Articles 76, 77 and 78 of the Constitution of the Republic of Latvia see above (footnotes 17, 18 and 10). Article 79 provides: “An amendment to the Constitution submitted for national referendum shall be deemed adopted if at least half of the electorate has voted in favour. A draft law, decision regarding membership of Latvia in the European Union or substantial changes in the terms regarding such membership submitted for national referendum shall be deemed adopted if the number of voters is at least half of the number of electors as participated in the previous *Saeima* election and if the majority has voted in favour of the draft law, membership of Latvia in the European Union or substantial changes in the terms regarding such membership.”

²¹ Par Latvijas valsts konstitucionālajiem pamatiem un neaizskaramo Satversmes kodolu. Konstitucionālo tiesību komisijas viedoklis un materiāli. [Opinion of 17 September 2012 by the Constitutional Law Commission under the Auspices of the President of the State “On the Constitutional Foundations of the State of Latvia and the Inviolable Core of the *Satversme*”.] Rīga: Latvijas Vēstnesis, 2012, p. 121.

²² The content of Articles 1, 2 and 77 of the Constitution of the Republic of Latvia see above (footnotes 1 and 18). Article 3 provides: “The territory of the state of Latvia, within the borders established by international agreements, consists of Vidzeme, Latgale, Kurzeme and Zemgale.” Article 4 provides: “The Latvian language is the official language in the Republic of Latvia. The national flag of Latvia shall be red with a band of white.” Article 6 provides: “The *Saeima* shall be elected in general, equal and direct elections, and by secret ballot based on proportional representation.”

²³ Par Latvijas valsts konstitucionālajiem pamatiem un neaizskaramo Satversmes kodolu. Konstitucionālo tiesību komisijas viedoklis un materiāli. [Opinion of 17 September 2012 by the Constitutional Law Commission under the Auspices of the President of the State “On the Constitutional Foundations of the State of Latvia and the Inviolable Core of the *Satversme*”.] Rīga: Latvijas Vēstnesis, 2012, pp. 72–74.

17. The Constitutional Court does not have the competence to review draft legislative proposals. It can only review draft international agreements which can touch upon the constitutional identity. Such an issue did arise in the Case on the Border Agreement between the Republic of Latvia and the Russian Federation. Also the President of the State cannot submit to the Constitutional Court laws before he/she pronounces the law. In some cases *post factum* control could be too late.²⁴
18. The only means to apply some prior control to legislative proposals is to properly examine whether such a proposal has been fully elaborated. This is the criterion put forward by Article 78 of the Constitution. Full elaboration should also mean that the legislative proposal is compatible with the constitutional identity of the state.²⁵ The responsibility to examine the sufficient elaboration of legislative proposal rests with the Central Elections Commission and the judiciary. The Constitutional Court in a 2013 case concerning the introduction of the euro as national currency determined that the procedure whereby the draft legislative proposal submitted by a portion of the people (electorate) is to be examined by the Central Election Commission and the Supreme Administrative Court complies with the principle of separation of powers. There are several criteria spelled out in the judgment which the examination of the compliance of the legislative proposal with Article 78 of the Constitution has to address. Namely, the legislative proposal cannot be considered to be fully elaborated, if it: 1) envisages deciding on issues, which are not be regulated by law at all; 2) in case of adoption, would be incompatible with the norms, principles and values included in the Constitution; or 3) in case of adoption, would be incompatible with international commitments.²⁶
19. To sum up, the people (portion of the electorate) and the Parliament in their legislative activities have to comply with the Constitution and certainly to respect the core of the Constitution which is the constitutional identity. Relevant mechanisms in Latvia in such cases are the Central Election Commission and the judiciary as to prior examination and the Constitutional Court following the adoption of the law or amendment to the Constitution.

²⁴ *Ibid.*, pp. 141–142.

²⁵ *Ibid.*, p. 142.

²⁶ Judgement of 18 December 2013 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in Case 2013-06-01, para. 13.2.

РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОЙ ПАЛАТЫ ВЕРХОВНОГО СУДА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ В ПРЕОДОЛЕНИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ КОНФЛИКТОВ В СИСТЕМЕ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

ЧОЛПОН ОСМОНОВА

*Судья Конституционной палаты
Верховного Суда Кыргызской Республики*

Уважаемые коллеги!

Позвольте от имени Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики приветствовать участников настоящей конференции и выразить благодарность господину Г. Арутюняну за приглашение и предоставленную возможность выступить на этом мероприятии.

Ежегодные Ереванские международные конференции стали своего рода площадкой для обмена взглядами и мнениями конституционалистов. Безусловно, эти конференции внесли свой исторический вклад в развитие института конституционного правосудия стран молодой демократии.

Тематика, выбранная организаторами конференции, вызывает большой интерес. Поэтому в своем выступлении мне хотелось бы обратить внимание наших зарубежных коллег на опыт Кыргызской Республики по рассматриваемому вопросу. К сожалению, в современной науке конституционного права не сложилось единого определения конституционного конфликта, несмотря на то, что идея конституционной конфликтологии появилась более 10 лет назад. Нет и единого представления о том, какие явления, значимые с точки зрения конституционного права, подпадают под это понятие. Но в свете происходящей конституционно-правовой интеграции мнения ученых-конституционалистов совпадают в том, что именно органу конституционного правосудия отводится

центральное место в разрешении и преодолении конституционных конфликтов.

Следует также признать, что идеальное конституционно-правовое регулирование не является гарантией отсутствия конфликтных ситуаций в реальной жизни. Зачастую сами конституционно-правовые нормы, их противоречия, их неверное применение и толкование выступают причиной конституционных конфликтов, юридизированной формой которых являются конституционно-правовые споры. Между тем категория «конституционный конфликт» охватывает весьма широкий спектр конфликтных ситуаций, часть из которых может носить и неправовой характер. В отношениях между органами публичной власти в системе разделения властей и в системе «государство – местное самоуправление» и во взаимоотношениях между государством (властью) и личностью возможны противоречия. Конечно, конфликтность изначально присуща всем общественным отношениям – развитие любого общества представляет собой сложный процесс, который совершается на основе зарождения, развертывания и разрешения объективных противоречий, конфликтов. Таким образом, конституционно-правовой спор – это юридическая форма конфликта между субъектами конституционного права по поводу их конституционных прав, обязанностей или предметов ведения и полномочий.

Результат урегулирования, разрешения таких конфликтов может иметь разные последствия: от преобразования основ конституционного строя до изменения конкретного правового регулирования в рамках отдельных отраслей права.

Определяя конституционный конфликт как «противоборство субъектов права с противоположными правовыми интересами», ученые называют следующие признаки конституционного конфликта: связанность с правовыми отношениями сторон (их юридически значимыми действиями или состояниями); возникновение конфликта в связи с созданием, реализацией, применением, изменением, нарушением либо толкованием права; возможность предотвращения, приостановления, прекращения, разрешения конфликта юридическим способом, как правило, юридическими средствами и с помощью юридических процедур.

Если более детально остановиться на указанных признаках, то можно отметить следующее.

Во-первых, в рамках конституционно-правового конфликта субъекты противостоят друг другу, имеют разнонаправленные интересы, находятся в «противоборстве». Это препятствует реализации принадлежащих им конституционных прав, свобод, обязанностей, законных интересов, имеющих конституционно-правовое значение, конституционно установленных предметов ведения и полномочий.

Во-вторых, причиной конституционно-правового конфликта может стать либо коллизионность конституционно-правовых норм, либо различное понимание или толкование субъектами права одной и той же конституционно-правовой нормы. Иными словами, противоборство сторон конституционно-правового спора всегда связано с установлением, применением, нарушением либо толкованием норм конституционного права. При его решении затрагиваются основы конституционного строя, например, принцип разделения властей, вопросы разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти и т.п.

В-третьих, разрешение конституционно-правового конфликта осуществляется в рамках процедур, предусмотренных конституционным судопроизводством.

Безусловно, назначением права в рамках рассматриваемого контекста является устранение, недопущение, урегулирование социальных противоречий и конфликтов в обществе, и основная роль здесь принадлежит органу конституционного правосудия.

Уважаемые участники конференции!

В соответствии с Конституцией Кыргызской Республики, принятой на референдуме 27 июня 2010 года, конституционный контроль осуществляется Конституционной палатой Верховного Суда Кыргызской Республики, являющейся институционально и организационно самостоятельным высшим судебным органом.

Конституционная палата, также как и конституционные суды других стран, не лишена возможности рассмотрения конфликтных ситуаций между органами государственной власти. Разрешение таких конфликтов не указано в

Конституции как одно из полномочий Конституционной палаты. Однако такого рода конфликты возникают между органами государственной власти в связи с нормативной регламентацией компетенции государственных органов, которые в последующем становятся предметом рассмотрения органа конституционного контроля при наличии конфликтной ситуации. Таким образом, Конституционная палата разрешает возникающие конфликты между государственными органами через нормоконтроль.

Статья 20 Конституционного закона Кыргызской Республики «О Конституционной палате Верховного Суда Кыргызской Республики» определила круг субъектов, имеющих право на обращение в данный орган. Так, положения этой статьи гласят, что парламент страны, фракции парламента, Президент, Правительство, Премьер-министр, Генеральный прокурор, Омбудсмен, а также органы местного самоуправления вправе обращаться в Конституционную палату по вопросам компетенции только в части, касающейся их компетенции.

В своей практике Конституционная палата имела возможность вынести решение относительно разграничения компетенции между исполнительной и законодательной ветвями государственной власти.

Так, 11 апреля 2014 года Конституционная палата приняла решение о признании противоречащими Конституции Кыргызской Республики норм Законов «О республиканском бюджете на 2013 год и прогнозе на 2014-2015 годы» и «О республиканском бюджете на 2014 год и прогнозе на 2015-2016 годы», согласно которым планирование капитальных вложений из республиканского бюджета осуществлялось Министерством финансов Кыргызской Республики по согласованию с профильным комитетом Жогорку Кенеша Кыргызской Республики в расширенном формате.

Такое обращение было подано Правительством Кыргызской Республики, которое заявило, что комитеты Жогорку Кенеша — законодательного органа страны могут рассматривать только те вопросы, которые Конституцией отнесены к компетенции Жогорку Кенеша. Возложение законами на указанные комитеты

полномочий, не свойственных законодательной ветви власти, по утверждению Правительства противоречили Конституции.

В свою очередь, Конституционная палата, рассмотрев данное дело, пришла к следующим выводам.

В соответствии с законодательством бюджетный процесс состоит из следующих последовательных стадий:

- составление проекта республиканского бюджета Правительством и внесение его в Жогорку Кенеш;
- рассмотрение Жогорку Кенешем проекта закона республиканского бюджета и его утверждение;
- исполнение республиканского бюджета Правительством;
- утверждение отчета об исполнении республиканского бюджета Жогорку Кенешем.

На каждой стадии бюджетного процесса Конституция четко определила полномочия Правительства и Жогорку Кенеша, исходя из принципа разделения государственной власти. Тем более, функция разработки и исполнения республиканского бюджета присуща только Правительству и реализуется через Министерство финансов. В связи с этим законодатель возложил на Министерство финансов в соответствии с Законом Кыргызской Республики «Об основных принципах бюджетного права в Кыргызской Республике» функцию планирования капитальных вложений из республиканского бюджета.

Соответственно, установленная законодателем процедура согласования планирования капитальных вложений из республиканского бюджета с профильным комитетом Жогорку Кенеша не может осуществляться на стадии исполнения закона о республиканском бюджете.

Поэтому Конституционная палата отметила, что наделение профильного комитета таким полномочием является вмешательством в деятельность Правительства по исполнению республиканского бюджета, что противоречит Конституции и нарушает принцип разделения государственной власти.

Вместе с тем Конституционная палата отметила, что доводы Жогорку Кенеша Кыргызской Республики о том, что дача согласия профильного комитета Жогорку Кенеша на планирование

капитальных вложений из республиканского бюджета является формой парламентского контроля за проведением в жизнь законов и решений, принятых Жогорку Кенешем, являются необоснованными, так как сущность парламентского контроля состоит в проверке исполнения принятого закона, которая не предполагает какого-либо последующего согласования в части исполнения принятого закона.

Кроме того, Конституционная палата обозначила, что, исходя из смысла и содержания Конституции, пределы парламентского контроля должны пролегать там, где начинаются полномочия основной деятельности системы исполнительной власти, в которую законодательная власть, в соответствии с принципом разделения властей, вмешиваться не вправе.

Изложенное свидетельствует о том, что, способствуя «юридизации» политической власти, разрешая конституционные конфликты и споры о компетенции, Конституционная палата не вторгается при этом в оценки целесообразности, политической эффективности и т.п. принимаемых законодательной, исполнительной и другими органами власти решений и не участвует непосредственно в политическом процессе. В этом главная особенность конституционного правосудия и важное отличие его от судов общей юрисдикции. Тем самым Конституционной палате отведена интегрирующая роль как гаранта политического мира в обществе и государстве и хранителя долгосрочных конституционных ценностей.

Другим примером может служить дело, где оспаривался пункт 1 части 1 статьи 34 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, в котором было предусмотрено право прокурора передавать уголовные дела для расследования следователям в исключительных случаях — независимо от подследственности иным следственным органам.

Рассмотрев данное дело, в своем решении от 13 января 2014 года Конституционная палата отметила следующее.

Конституция, закрепляя за прокуратурой статус независимого и самостоятельного органа, возложила на нее функцию осуществления уголовного преследования должностных лиц государственных органов в целях обеспечения разумного

функционирования механизма государственной власти, основанного на принципе взаимных сдержек и противовесов. Исходя из этого, прокуратура должна осуществлять уголовное преследование должностных лиц государственных органов, наделенных властными полномочиями публичного характера. В системе органов, осуществляющих в целом функции уголовного преследования, уголовное преследование должностных лиц государственных органов должно рассматриваться исключительно как полномочие прокуратуры. Вместе с тем Конституционная палата отметила, что законодатель, определяя пунктом 1 части 1 статьи 34 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики право прокурора передавать уголовные дела для расследования следователям в исключительных случаях – независимо от подследственности - и не устанавливая при этом исключений в отношении отдельной категории уголовных дел, расследование которых должно входить в исключительную компетенцию органов прокуратуры, не принял во внимание, что такое нормативное положение находится в очевидном противоречии с пунктом 6 статьи 104 Конституции. Более того, содержащийся в оспариваемой норме термин «в исключительных случаях» является оценочной категорией и наполняется содержанием в зависимости от фактических обстоятельств конкретного дела. Отсутствие регламентации исключительных случаев позволяет прокурору произвольно, по своему усмотрению определять характер таких случаев, вкладывая в них определенный смысл, соответствующий субъективно-личным представлениям. Поэтому Конституционная палата отметила, что необходимо законодательно определить критерии исключительности случаев, позволяющих прокурору передавать уголовные дела для расследования следователям независимо от подследственности, либо установить перечень обстоятельств, являющихся исключительными случаями. При этом Конституционная палата обозначила, что никакие исключительные случаи не могут быть основанием для передачи дел независимо от подследственности при осуществлении органами прокуратуры уголовного преследования отдельной категории должностных лиц государственных органов. В связи с этим Конституционная палата пришла к выводу, что нормативное положение пункта 1 части 1 статьи 34 Уголовно- процессуального

кодекса Кыргызской Республики противоречит пункту 6 статьи 104 Конституции в той мере, в какой предоставляет прокурору право передавать независимо от подследственности иным следственным органам уголовные дела о преступлениях, совершенных отдельной категорией должностных лиц государственных органов.

Указанная практика свидетельствует, что Конституционная палата занимает особое место в системе государственных органов. Ее решения не раз ставили точку в долгих дискуссиях по правовым проблемам, дискуссиям и конфликтам.

Приведенные примеры из практики Конституционной палаты демонстрируют многообразие конституционных конфликтов, подтверждают важность и необходимость существования самостоятельного и независимого органа конституционного контроля в Кыргызской Республике, показывают особую роль, которую играет Конституционная палата в надлежащем обеспечении преодоления конституционных конфликтов в системе органов государственной власти.



ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ: КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

ПЕТР МИКЛАШЕВИЧ

Председатель Конституционного Суда Республики Беларусь

Уважаемые коллеги!

Уважаемые дамы и господа!

Конституционные конфликты во многом предопределены самой природой государственной власти и особенностями ее функционирования. Причиной конституционных конфликтов выступает совокупность различных факторов, дополненная слабостью и неэффективностью действующей власти, забвением национально-культурных традиций и ценностей, разрушением самосознания народа и его конституционной идентичности.

В связи с этим одной из первоочередных задач построения демократического правового государства является формирование системы эффективно функционирующей государственной власти.

Неотъемлемый атрибут современной государственной власти – конституционно-правовое регулирование принципов, форм и методов ее осуществления, основанное на признании народа единственным источником государственной власти.

1. Конституционные основы государственной власти

Главным условием эффективного функционирования государственной власти является принцип разделения властей.

Система разделения властей представляет собой государственно-правовой механизм взаимодействия ветвей единой государственной власти, обеспечивающий их самостоятельность и независимость, эффективную реализацию функций каждой из них.

Принцип разделения властей является фундаментальным конституционным принципом. В соответствии со статьей 6 Конституции

государственная власть в Республике Беларусь осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную.

Государственные органы, относящиеся к каждой из ветвей власти, выполняют свои функции, обладая собственным предметом ведения и объемом полномочий, они самостоятельны в пределах своих полномочий, взаимодействуют между собой, сдерживают и уравновешивают друг друга.

В соответствии со статьей 3 Конституции единственным источником государственной власти и носителем суверенитета в Беларуси является народ. Народ осуществляет свою власть непосредственно, через представительные и иные органы в формах и пределах, определенных Конституцией. Закрепление принципа народовластия предопределило сущность конституционного строя и политико-правового режима Республики Беларусь, а его последовательная реализация обеспечивает устойчивое эффективное развитие государства и общества.

Следует подчеркнуть особую значимость урегулирования на конституционном уровне компетенции каждой ветви власти, пределов полномочий их органов в целях реального действия принципа разделения властей.

В условиях формирования государственных институтов на новой конституционной основе в Беларуси был период, когда полномочия Президента и Парламента не были четко определены в Конституции, и на этой почве возник конституционный конфликт. Для его разрешения на референдуме 1996 года белорусский народ поддержал конституционные изменения, предложенные Президентом, подтвердив свое стремление сохранить общественное согласие и стабильность путем усиления президентской власти, укрепления парламентаризма на новых конституционных началах, отвечающих современному уровню государственного и общественного развития.

В Республике Беларусь изменения в Конституцию, ее важнейшие разделы, регламентирующие основы конституционного строя, систему органов государственной власти, права и свободы человека вносятся только путем референдума. Народная гарантия стабильности Конституции ведет к согласию в обществе и устойчивости

конституционного фундамента государства, а при возникновении конституционных конфликтов референдум позволяет гражданам принять значимое решение для демократического развития страны. Таким образом граждане выступают активными участниками демократического процесса, а государство воспринимается не абстрактно, а как государство для народа, обеспечивающее защищенность прав, правопорядок, безопасность.

И в настоящее время можно констатировать, что на конституционной основе в Беларуси достигнуто конструктивное взаимодействие государственных органов власти, гражданское согласие в обществе, политическая и социально-экономическая стабильность.

2. Конституционный Суд – конституционный арбитр

Верховенство права, являясь принципом конституционного строя Республики Беларусь, обязывает государство, все его органы и должностных лиц действовать в пределах Конституции и принятых в соответствии с ней актов законодательства. Таким образом проявляется системная взаимосвязь конституционных положений и субъектов конституционных отношений на основе верховенства права и верховенства Конституции, обеспечивается принятие необходимых мер к реализации данного принципа в политико-правовой и социально-экономической жизни общества и государства.

Конституционный Суд, выполняя функцию «хранителя» Конституции, разрешая дела, связанные с компетенцией государственных органов, на основе достижения баланса и защиты конституционных ценностей и принципов становится фактически конституционным арбитром между различными ветвями власти.

Ключевым при этом для органа конституционного правосудия является судебная сдержанность и недопущение чрезмерного судебного активизма, сохранение уравновешивающей правовой природы конституционного суда как органа судебной власти.

В истории конституционно-правового строительства Беларуси был период 1994–1996 годов, когда Конституционный Суд обладал правом инициировать разбирательство дел по своему усмотрению и на практике проявлял излишнюю активность, по

сути вторгаясь в политические процессы. Инициирование таким образом рассмотрения вопросов, связанных с компетенцией ветвей власти, снижало в определенной мере объективность и авторитет конституционного правосудия. Поэтому изменения, внесенные в Конституцию в ноябре 1996 года, исключили право Конституционного Суда возбуждать рассмотрение дел по собственной инициативе в целях обеспечения принципа разделения властей и укрепления авторитета Конституционного Суда как независимого конституционного арбитра.

Современное конституционно-правовое развитие показывает, что очень сложно порой разрешать возникшие конституционные конфликты в государстве и обществе правовыми средствами. Поэтому объективная необходимость — выработать конституционно-правовые механизмы по упреждению возникновения конституционных конфликтов.

В этих целях, учитывая, что законами регулируются наиболее важные общественные отношения, с 2008 года Конституционный Суд Республики Беларусь наделен правом осуществлять обязательный предварительный контроль конституционности всех законов, принятых Парламентом, до подписания их Президентом.

Предварительный конституционный контроль:

во-первых, дает возможность Конституционному Суду проверять нормы законов о компетенции органов власти на соответствие Конституции до вступления их в силу, тем самым упреждая возникновение конституционных конфликтов, связанных с разграничением полномочий ветвей власти;

во-вторых, является сдерживающим фактором для Парламента и нацеливает парламентариев на неукоснительное соблюдение Конституции при принятии законов;

в-третьих, положительно влияет на формирование у представителей государственной власти и граждан уверенности в конституционности положений принятых законов.

Таким образом, Конституционный Суд посредством предварительного контроля конституционности законов упреждает возникновение конституционных конфликтов, оказывает сдерживающее и стабилизирующее влияние на всех участников конституционных отношений.

Заключение

В заключение подчеркну, что только легитимная и авторитетная государственная власть способна обеспечить конституционный баланс социально-политических интересов, конструктивное взаимодействие государства и общества, реальное действие политических и правовых механизмов, в конечном итоге — претворять в жизнь конституционную модель организации отношений личности и государства.

Конституционные суды как независимые конституционные арбитры играют в преодолении и упреждении конституционных конфликтов значимую роль, связанную с обеспечением разграничения компетенции государственных органов различных ветвей власти, недопущения властного произвола в целях достижения баланса и гармонизации интересов личности, общества и государства.



THE INSEPARABILITY OF A SEPARATION OF POWERS-SENSITIVE APPROACH FROM FIERCE INDEPENDENCE

MOGOENG MOGOENG

Chief Justice of the Republic of South Africa

Prof Dr Harutyunyan, the President of the Constitutional Court of Armenia, Presidents of Constitutional Courts, esteemed Colleagues, ladies and gentlemen, I bring you greetings from the South African Constitutional Court, the Judiciary as a whole and the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, over which I am privileged to preside.

I wish to thank President Harutyunyan for inviting us to participate in this 22nd Yerevan International Conference. It is indeed a privilege and an honour to be here. I also wish to congratulate President Harutyunyan, the Judges of the Constitutional Court of Armenia, and the Government of Armenia for a well organised Conference and thank them for the hospitality that the people of Armenia have extended to us.

Since I have been given the freedom to choose the angle from which I will approach the theme, the topic I have chosen is: "*The inseparability of a separation of powers-sensitive approach from fierce independence*". The resolution of constitutional conflicts or crisis is fundamentally, the domain of Constitutional Courts or Courts of equivalent status. How a Constitutional Court goes about discharging that mandate depends largely on the nature and extent of the powers vested in it. For, barring reasonable and acceptable flexibilities and degrees of judicial activism, Constitutional Courts are creatures of the Constitutions that create and bestow powers upon them.

Turning to the Constitutional Court of South Africa, section 172(1) of the Constitution clothes it with the following powers in the resolution of constitutional conflicts:

"1. When deciding a constitutional matter within its power, a court –

- (a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency, and
- (b) may make any order that is just and equitable, including –
 - (i) an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity, and
 - (ii) an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any conditions, to allow the competent authority to correct the defect."

To complete the picture, these extensive powers must be read in conjunction with section 2 of the Constitution which provides –

"This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled."

What all of the above mean is that the Constitutional Court has the power to resolve constitutional conflicts relating to the meaning, validity or invalidity of legislation as well as conduct by any State functionary including the President or any member of the Executive or Legislative arm of the State or other organs of the State as the case might be.

Specifically, the Constitutional Court has exclusive jurisdiction to decide disputes between organs of State concerning the constitutional status, powers, or functions of any of them. It also falls on it to decide the constitutionality of parliamentary or provincial Bills or Acts, the constitutionality of any amendment to the Constitution and also decide whether the President or Parliament has failed to fulfil their constitutional obligations.¹

By their very nature, constitutional conflicts tend to create tension between the Judiciary on the one hand and the Executive and Legislative arms of the State on the other. Apart from the conflict that predictably flows from being told that you are wrong especially when you occupy a very powerful and high office, considerations of separation of powers tend to feature prominently in this connection.

¹ Section 167(4) of the Constitution of the Republic of South Africa.

In addressing constitutional conflicts, the Constitutional Court is therefore obliged, not to be apologetic for doing its job properly, but to also demonstrate its independence, impartiality, depth and clarity of understanding of complexities around separation of powers. This is necessitated by the sensitivities or concerns relating to possible encroachment by the courts in the exclusive domain of the other arms or organs of the State. That approach also has the effect of silencing illegitimate and gratuitous criticism of the courts on grounds that they are usurping the powers of others. The Constitutional Court of South Africa addressed these concerns in the *United Democratic Movement* case in these terms:

"[1] South Africa is a constitutional democracy – a government of the people, by the people and for the people through the instrumentality of the Constitution. It is a system of governance that "we the people" consciously and purposefully opted for to create a truly free, just and united nation. Central to this vision is the improvement of the quality of life of all citizens and the optimisation of the potential of each through good governance.

[2] Since constitutions and good governance do not self-actualise, governance structures had to be created to breathe life into our collective aspirations. Hence the existence of the legislative, executive and judicial arms of the State. They each have specific roles to play and are enjoined to inter-relate as foreshadowed by the following principle that guided our constitution making process:

'There shall be a separation of powers between the legislature, executive and judiciary, with appropriate checks and balances to ensure accountability, responsiveness and openness.'

[3] Knowing that it is not practical for all fifty five million of us to assume governance responsibilities and function effectively in these three arms of the State and its organs, "we the people" designated messengers or servants to run our constitutional errands for the common good of us all. These errands can only be run successfully by people who are unwaveringly loyal to the core constitutional values of accountability, responsiveness and openness. And this would

explain why all have to swear obedience to the Constitution before the assumption of office."²

Building on our pre-existing jurisprudence on separation of powers and the necessary restraint that ought to be attendant to the application of the principle of rationality, the Constitutional Court said in *Electronic Media Network Limited*:

"[1] Ours is a constitutional democracy, not a judiciocracy. And in consonance with the principle of separation of powers, the national legislative authority of the Republic is vested in Parliament whereas the judicial and the executive authority of the Republic repose in the Judiciary and the Executive respectively. Each arm enjoys functional independence in the exercise of its powers. Alive to this arrangement, all three must always caution themselves against intruding into the constitutionally-assigned operational space of the others, save where the encroachment is unavoidable and constitutionally permissible.

[4] Driven by this reality, we were constrained to sound the following sobering reminder:

'The Judiciary is but one of the three branches of government. It does not have unlimited powers and must always be sensitive to the need to refrain from undue interference with the functional independence of other branches of government.

. . .

Courts ought not to blink at the thought of asserting their authority, whenever it is constitutionally permissible to do so, irrespective of the issues or who is involved. At the same time, and mindful of the vital strictures of their powers, they must be on high alert against impermissible encroachment on the powers of the other arms of government.'

[5] The determination of the issues must thus be grounded on and steered by the ever-abiding consciousness of the import of the principle of separation of powers. Permissible judicial intervention is quite distinct from the Judiciary's imposition

² *United Democratic Movement v Speaker of the National Assembly and Others* [2017] ZACC 21; 2017 (8) BCLR 1061 (CC); 2017 (5) SA 300 (CC).

of its preferred approach to the issues or what it considers to be the best or superior choice in relation to matters that the political arms are constitutionally mandated and therefore best-placed to handle. . . .

[6] It needs to be said that rationality is not some supra-constitutional entity or principle that is uncontrollable and that respects or knows no constitutional bounds. It is not a uniquely designed master key that opens any and every door, any time, anyhow. Like all other constitutional principles, it too is subject to constitutional constraints and must fit seamlessly into our constitutional order, with due regard to the imperatives of separation of powers. It is a good governance-facilitating, arbitrariness and abuse of power-negating weapon in our constitutional armoury to be employed sensitively and cautiously."³

It is within the context of that known appreciation of the critical dynamics around the proper role of the Constitutional Court in dealing with constitutional conflicts, that the following issues were resolved. They related, among others, to whether:

- (i) local government elections may be held when the voters' roll is defective;
- (ii) the President and Parliament failed to fulfil their constitutional obligations; and
- (iii) the motion of no confidence in the President of the Republic is to be decided by secret or open ballot.

In 2016, a few months before local government elections were constitutionally required to be held, the Constitutional Court was approached by even many political parties represented in Parliament to decide whether free, fair and credible elections could be held on the basis of a defective voters' roll. Defective because it did not reflect the residential addresses of millions of registered voters. This was so because the constitutionally-created electoral body had

³ Electronic Media Network Limited and Others v e.tv (Pty) Limited and Others [2017] ZACC 17; 2017 (9) BCLR 1108 (CC).

failed to compile a proper national common voters' roll.⁴ The absence of those addresses had in one municipal election already enabled election-rigging. But, a failure to allow elections to be proceeded with was going to give rise to a real constitutional crisis since the constitutionally-prescribed term of office of councillors and mayors was ending. Meaning, a failure to hold elections as scheduled, would result in a governance vacuum at a municipal level or an unconstitutional exercise of power by those in office if allowed to continue, since it would take well over a year to update the national common voters' roll. This is what the Court said in *Electoral Commission* case to address the impending constitutional crisis:

"[132] Section 172(1)(b) clothes our courts with remedial powers so extensive that they ought to be able to craft an appropriate or just remedy even for exceptional, complex or apparently irresolvable situations. And the operative words in this section are "an order that is just and equitable". This means that whatever considerations of justice and equity point to as the appropriate solution for a particular problem, may justifiably be used to remedy that problem. If justice and equity would best be served or advanced by that remedy, then it ought to prevail as a constitutionally sanctioned order contemplated in section 172(1)(b). In this case a just and equitable order is one that would pave the way for the August elections to be held although our voters' roll is the product of unlawful conduct. Failure to do so, could indeed lead to a constitutional crisis with far-reaching implications.

....

[137] It bears emphasis that this is an exceptional case that cries out for an exceptional solution or remedy to avoid a constitutional crisis which could have grave consequences. It is about the upper guardian of our Constitution responding to its core mandate by preserving the integrity of our constitutional democracy. And that explains the unique or extraordinary remedy we have crafted, of suspending

⁴ See sections 190 and 191 of the Constitution as well as section 1 of the Constitution. Legislation required that addresses of voters should, where reasonably available, be reflected in the voters' roll.

the duty that flows from a constitutionally valid statutory provision.”⁵

In the case of *Economic Freedom Fighters*⁶ several political parties represented in Parliament approached the Constitutional Court to decide whether the President and a House of Parliament had indeed failed to fulfil their constitutional obligations. What had happened was that a constitutional institution known as the Public Protector, created to strengthen our constitutional democracy, investigated and reported on allegations of wrongdoing by the President. It directed the President to take certain steps to remedy the constitutional lapse of allowing State resources to be irregularly deployed for improvements at his private residence. According to opposition parties represented in Parliament in their court papers, the President neither complied with the remedial action taken nor did Parliament hold him accountable.

The Constitutional Court concluded that the President failed to fulfil his constitutional obligation to uphold, defend and respect the Constitution as the supreme law of the Republic as required by section 83 of the Constitution read with other constitutional provisions. Similarly, the Court held that Parliament had failed to fulfil its constitutional obligations to hold the President accountable.

In the result, the Constitutional Court ordered the President to pay back the money that was irregularly spent on the non-security upgrades at his private home and to reprimand Cabinet Members who had failed to ensure that, the undue enrichment central to the case did not take place. How the issues were dealt with, the language employed to articulate the issues and the manifest appreciation of the sensitivities and dynamics at play, resulted in the acceptance of the judgment by all and the subsequent compliance by the President.

I deal with the last case by the South African Constitutional Court. In the exercise of presidential prerogative, a Cabinet reshuffle was effected earlier this year. Some of those relieved of their duties were the Minister and Deputy Minister of Finance who were obviously responsible for our Treasury. As a consequence of their dismissal,

⁵ Electoral Commission v Mhlope and Others [2016] ZACC 15; 2016 (8) BCLR 987 (CC); 2016 (5) SA 1 (CC).

⁶ Economic Freedom Fighters v Speaker of the National Assembly and Others; Democratic Alliance v Speaker of the National Assembly and Others [2016] ZACC 11; 2016 (5) BCLR 618 (CC); 2016 (3) SA 580 (CC)

our stock market and the economy plummeted and South Africa was downgraded to sub-investment grade, otherwise known as junk status. Several political parties represented in Parliament began preparations for tabling, debating and voting on a motion of no confidence in our President.⁷

Because our Constitution only provides for the removal of the President by a simple majority vote, on unstipulated grounds but does not say whether voting would be by secret or open ballot, unlike when Parliament votes the President into office, the Constitutional Court was approached to clarify this issue. On the one side opposition parties said that voting is supposed to be by secret ballot whereas many ruling party Parliamentarians and the President said it had to be by open ballot, as had happened in the previous seven times when similar attempts were made to remove the President from office.

The Constitutional Court concluded that a motion of no confidence against the President or an impeachment, could be decided on a secret ballot or even an open ballot. The Court held that it was a decision to be taken by Parliament itself, but with due regard to certain circumstances or factors relevant to the proper execution of that accountability-enforcing or consequence-management constitutional obligation.

This means that mindful of considerations of separation of powers, the Constitutional Court left it to Parliament, as empowered by the Constitution,⁸ to make its own internal arrangements and determine procedures for the proper execution of its constitutional obligation. And Parliament decided to vote by secret ballot.

It could only have been in recognition of the imperative of good governance, stability and the need to reduce constitutional conflicts that the following provisions found their way into the Constitution of the Republic of South Africa:

"(3) An organ of State involved in an intergovernmental dispute must make every reasonable effort to settle the dispute by means of mechanisms and procedures provided for that purpose and must exhaust all other remedies before it approaches a court to resolve the dispute."

⁷ Section 102 of the Constitution of the Republic of South Africa provides for the removal of the President and Cabinet through a motion of no confidence.

⁸ Section 57 of the Constitution of the Republic of South Africa.

(4) If a court is not satisfied that the requirements of subsection (3) have been met, it may refer a dispute back to the organs of state involved."⁹

Finally, the Supreme Court of Kenya was recently confronted with a constitutional conflict relating to whether the presidential elections in which the sitting President emerged victorious were compliant with the requirements of the electoral provisions of the Constitution. The Supreme Court ruled that the constitutional prescripts had not been complied with, annulled the elections and ordered a re-run of the elections. It generated unprecedented controversy but political parties in effect accepted the outcome and complied.

Constitutional Courts are the guardians of their countries' Constitutions. Broadly speaking, they bear very important and vast powers to help preserve constitutional democracies and create stability and predictability. The depth of understanding, the maturity, and delicacy with which Constitutional Courts handle inherently sensitive constitutional conflicts would determine the vibrancy and sustainability of democracy.

Constitutional Courts must always be alive to the vital limits of their powers, the reality that a constitutional democracy with independently functional three arms of the State, as opposed to a judiciocracy, was and is intended. Courts should always be super alert to the imperative to be impartial and to the need to adopt a separation of powers sensitive approach in resolving constitutional conflicts.



⁹ Section 41 of the Constitution of the Republic of South Africa.

РОЛЬ И ПОЛНОМОЧИЯ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ В РЕШЕНИИ КОМПЕТЕНЦИОННЫХ СПОРОВ (ПРАКТИКА АРМЕНИИ И МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ)

ФЕЛИКС ТОХЯН

Судья Конституционного Суда Республики Армения

Во всем мире органы конституционного правосудия играют важную роль в обеспечении и практической реализации фундаментальных конституционных принципов, и в первую очередь принципа разделения властей.

Доктринальных определений разделения властей множество. Мы считаем, что принцип разделения властей в первую очередь выражается в распределении компетенций, взаимном контроле и сбалансированности.

Для достижения этих целей органы конституционного правосудия наделяются полномочиями двух видов: рассматривать споры конституционного характера по горизонтали - между государственными органами, и по вертикали - между федеративным или унитарным государством и его составными частями.

По некоторым данным, в настоящее время в мире из более ста действующих специализированных органов конституционного правосудия в 41 стране органы конституционного правосудия уполномочены рассматривать споры между органами центральной власти; в 32 странах - между центральными и региональными органами; в 23 странах - между местными органами власти; в 8 странах - между судами и иными органами власти.

Особо отметим, что в Конституциях ряда стран СНГ прямо закреплено полномочие конституционных судов по рассмотрению компетенционных споров (Россия, Азербайджан, Грузия, Таджикистан).

Однако законодательства многих стран по-разному определяют объем этих полномочий, процедуры их реализации, условия допустимости споров о компетенции и т.д.

Так, в ряде стран это полномочие универсально, т.е. орган конституционного правосудия вправе рассматривать спор о компетенции между любыми государственными органами. Например, в ЮАР согласно ст. 167 (часть 8) Конституции Конституционный Суд разрешает споры конституционного характера между государственными органами любого уровня, в Грузии - споры по компетенции между государственными органами (ст. 89 Конституции Грузии), но не уточнено, между какими именно (центральными, местными). В Таджикистане на конституционном уровне закреплено полномочие Конституционного Суда рассматривать споры между государственными органами относительно их компетенции (ст. 89 Конституции Таджикистана). Однако в Конституционном законе "О Конституционном Суде Республики Таджикистан" уточнено, что Конституционный Суд разрешает споры о компетенции между:

- 1) республиканскими органами государственной власти;
- 2) республиканскими и местными органами государственной власти;
- 3) местными органами государственной власти и территориальными органами местного самоуправления (ст. 14 Конституционного закона).

В Испании согласно ст. 59 Закона "О Конституционном Суде Испании" Конституционный Суд вправе рассматривать споры о разграничении компетенции или полномочий, в которых участвуют Правительство и Конгресс депутатов, Сенат или Генеральный Совет судебной власти или какие-либо учрежденные Конституцией органы.

В других странах это является полномочием конституционных судов уже по своему объему: предметом рассмотрения являются споры преимущественно о компетенции между двумя ветвями власти или даже в пределах одной ветви.

Здесь можно выделить несколько вариантов. Наиболее распространенный — рассмотрение споров между законодательной и исполнительной властями (Азербайджан, Болгария и др.).

Типичен опыт Франции. Хотя в Конституции прямо не говорится о разрешении Конституционным Советом споров между Парламентом и Правительством, он эффективно осуществляет такое полномочие, рассматривая споры о разграничении нормотворческой компетенции между Парламентом и Правительством (на основании ст. 34 и ст. 37 о разграничении сфер законодательной и регламентарной властей).

Часто конституционные суды рассматривают споры между судебной и исполнительной ветвями власти. Так, согласно ст. 138 Конституции Австрии Конституционный Суд рассматривает спор о компетенции между судами и административными органами.

Наиболее редко органы конституционного правосудия наделяются полномочиями рассматривать споры в пределах судебной власти (Австрия, Египет). Так, тот же Конституционный Суд Австрии вправе рассматривать компетенционные споры между Административным судом и всеми иными судами, в частности между Административным судом и Конституционным Судом, а также между обычными и другими судами (ст. 138 Конституции Австрии).

Разнообразие форм организации государственной власти в различных государствах предопределяет и разнообразие форм осуществления конституционными судами полномочий по рассмотрению компетенционных споров.

Так, полномочия органов конституционного правосудия по разрешению споров между государством и его составными частями и между последними традиционно были закреплены в конституциях федеральных государств. Во всех современных федеральных государствах органы конституционного правосудия обладают этими полномочиями, обеспечивая конституционную защиту принципов федерализма, поддерживая баланс между властями центра и субъектов федерации.

Во многих унитарных государствах именно органы конституционного правосудия вправе разрешать споры между государством и его автономными единицами (Италия, Испания, Португалия). Более того, новейшие конституции в посткоммунистических странах (Болгария, Албания, Венгрия) закрепили за конституционными органами правосудия полномочия по разрешению споров между

центральными государственными органами и органами местного самоуправления.

В тех государствах, конституционное законодательство которых отдельно не выделяет полномочие по рассмотрению споров между государственными органами, на практике органы конституционного правосудия осуществляют его в рамках других процедур. Как правило, это происходит в рамках общей процедуры проверки конституционности нормативных актов или толкования соответствующих компетенционных норм Конституции.

Несомненно, выделение специального полномочия, специальной процедуры рассмотрения споров между государственными органами способствует упрочению стабильности конституционного правового статуса конституционных судов. Это дает возможность избежать возможных разногласий по поводу компетенции самого органа конституционного правосудия.

Предметами спора о компетенции может быть как нормативный, так и ненормативный акт либо совершенное действие правового характера в результате применения соответствующих компетенционных норм.

По своему содержанию в литературе выделяют четыре разновидности таких споров:

1. Споры о признании компетенции. Это когда ходатайствующий орган государственной власти считает, что принятие другими органами государственной власти правового акта или совершение юридического действия входит в компетенцию ходатайствующего органа.
2. Споры об отрицании компетенции. В данной ситуации ходатайствующий орган государственной власти полагает, что спорные полномочия должны осуществляться другими органами, а последние также отрицают свои полномочия. Частным случаем подобных споров является уклонение органа от издания акта либо совершения действия правового характера (неконституционное бездействие).
3. Споры о присвоении полномочий: например, когда орган государственной власти принимает нормативный правовой акт или совершает действие, выходя за рамки собственной компетенции, т.е. расширительно толкует свои права (злоупотребление правом).

4. Споры о противоречиях и совпадениях в компетенции различных государственных органов.

Субъекты обращения в Конституционный Суд по этим спорам, как правило, определяются в соответствующих законах. Этот вопрос имеет свои особенности.

Право обращения принадлежит исключительно заинтересованному субъекту, чьи права или компетенция ("правовой интерес") были ущемлены действием или бездействием иного органа. Сторонами в этих делах выступают государственные органы, как правило, высшего уровня, т. е. субъекты, имеющие самые сильные политические и правовые позиции.

Так, в Грузии право обращения в Конституционный Суд имеют Президент, 1/5 часть членов Парламента, высшие представительные органы Абхазии и Аджарии, суды, народный защитник.

В Таджикистане круг субъектов значительно шире: среди них Президент Республики, министерства, государственные комитеты и ведомства, местные представительные и исполнительные органы государственной власти. Иногда субъект обращения имеет конституционную возможность использовать согласительные процедуры, прежде чем обратиться в Конституционный Суд, например Президент России при разрешении разногласий между федеральными органами и органами субъектов федерации.

Другой особенностью производства по компетенционным спорам является его публично-правовой характер. Речь идет об определении прав и обязанностей исключительно органов государства либо его составных частей. Считаем верным мнение, что производство по спорам о компетенциях является единственным в конституционном судопроизводстве, где стороны могут называться именно сторонами процесса с процессуальной точки зрения, т.к. они имеют субъективный интерес в разрешении спора, предметом которого является компетенция, принадлежащая одной из сторон. Причем порядок рассмотрения европейскими конституционными судами дел по спорам о компетенции органов власти также имеет общую особенность, обусловленную предметом разбирательства по данным делам, которая заключается в осуществлении этого вида

конституционного производства в полноценной состязательной форме.

Функциональная роль органов конституционного правосудия при реализации полномочий по разрешению компетенционных споров в разных странах неодинакова.

Разрешая эти споры, органы конституционного правосудия выступают как высший арбитр в конфликтах между различными ветвями власти, призванный обеспечить сохранение их сбалансированности. По сути, данное полномочие конституционных судов служит умиротворению политической жизни в том смысле, что переводит проблему из области политической в сугубо правовую. В ряде государств их роль велика. Например, в Испании Конституционный Суд, разрешая конфликты между государством и автономными сообществами, эффективно выполняет роль арбитра, смягчая известную напряженность между государством и автономиями.

Общепризнана роль Верховного Суда США в регулировании федеральных конфликтов.

В других странах это полномочие органов конституционного правосудия практически имеет второстепенное значение, о чем свидетельствует и малочисленная судебная практика (в Австрии, в Германии, в Италии и т.д.).

Например, в Италии Конституционный Суд впервые использовал свое право на рассмотрение компетенционного спора только через 30 лет после создания.

Практика рассмотрения споров о компетенции в посткоммунистических странах невелика, особенно в первоначальный период становления конституционных судов. Отметим, что эти споры решаются либо в рамках специальной процедуры, либо, в основном если возникают, то разрешаются в рамках других процедур конституционного производства.

Можем констатировать, что по мере укрепления конституционного принципа разделения властей, их реального наполнения на практике, во многом связанного со сменой системы государственного правления с президентской на парламентскую, востребованность Конституционных Судов в решении компетенционных споров повышается. Об этом свидетельствует

практика Конституционных Судов Украины, Молдавии, Грузии, Кыргызстана.

Конституционный Суд Армении, к сожалению, до 2015 г. не был наделен самостоятельным полномочием по рассмотрению компетенционных споров. Суд не вправе был осуществлять в абстрактной форме толкование Конституции. Как и в других странах, Конституционный Суд Армении, по сути, решал компетенционные споры через процедуру проверки конституционности нормативных актов. Суд рассмотрел небольшой ряд дел по контролю конституционности законов, в частности дела по проверке конституционности ст. 17 Закона РА "О выборах в органы местного самоуправления", ст. 22 Закона РА "О недвижимом имуществе" и т.д.

В первом случае, по сути, Конституционный Суд Армении одновременно решил компетенционный спор между Генеральной прокуратурой и Верховным Судом республики, во втором – между Правительством и Парламентом.

4 февраля 2011 г. Конституционный Суд РА рассмотрел дело ПКС-934 о соответствии третьей части ст. 309.1 Уголовно-процессуального кодекса РА Конституции РА по заявлению Генерального прокурора РА, решив компетенционный спор между Генеральным прокурором и Следственным комитетом РА. 28 марта 2017 г. Конституционный Суд РА рассмотрел дело ПКС-1359 по заявлению Генерального прокурора Армении относительно конституционности ряда статей Уголовно-процессуального кодекса РА. Конституционный Суд РА принял решение по этому делу, по сути решив компетенционный спор между Генеральной прокуратурой и Кассационным Судом РА.

Что касается Республики Армения, то Конституционный Суд Армении получил такое полномочие впервые только после конституционных реформ 2015 года.

Следует подчеркнуть, что реформа Конституции от 2015 г. является фундаментальной и самой радикальной из всех предшествующих. Среди прочего, кардинальные изменения произошли и в конституционном статусе Конституционного Суда РА. Полномочия Конституционного Суда значительно увеличились: некоторые из них были уточнены, появились и новые.

Как уже было отмечено, среди новелл — конституционное положение Конституционного Суда по решению споров между конституционными органами по поводу их конституционных полномочий. Известно, что компетенционные споры между высшими органами государственной власти — достаточно частое явление в государствах новой демократии, где еще отсутствует надлежащая политическая культура их решений. Эти споры решаются зачастую в политическом поле, в условиях права сильного, по принципу политической целесообразности. Перевод данных возможных компетенционных споров в правовое поле, на уровень судебного конституционного контроля — безусловно, значимый демократический шаг, который может оздоровить государственную систему власти от политической конъюнктуры момента.

В частности, согласно п. 4 ст. 168 Конституции РА 2015 г. Конституционный Суд в порядке, установленном Законом о Конституционном Суде, разрешает споры между конституционными органами, возникающие в связи с их конституционными полномочиями.

Особо отметим, что этот раздел реформированной Конституции, касающийся нового конституционного статуса Конституционного Суда РА, в соответствии со ст. 209 заключительных и переходных положений Конституции, вступает в силу в день вступления в должность новоизбранного Президента Республики (т.е. с 9 апреля 2018 года). До этого продолжают действовать соответствующие положения Конституции с изменениями от 2005 года.

По реформированной Конституции РА с изм. от 2015 г. (ст. 169) право обращения в Конституционный Суд имеют: 1) не менее чем 1/5 часть от общего числа депутатов; 2) Президент Республики; 3) Правительство; 4) Высший судебный совет (это единственный случай, когда этот конституционный орган уполномочен обращаться в Конституционный Суд); 5) органы местного самоуправления. Как видим, обращаться в Конституционный Суд при спорах, возникающих в связи с их конституционными полномочиями, не могут Генеральный прокурор, Защитник по правам человека, Счетная палата, Центральный банк, Центральная избирательная комиссия и Комиссия по телевидению и радио, т.е. все остальные конституционные органы, наделенные рядом конкретных и широких конституционных полномочий, относительно которых на практике всегда могут возникнуть правовые споры.

По реформированной Конституции РА с изм. от 2015 г. Конституционный Суд провозглашен как единственный орган конституционного правосудия, обеспечивающий верховенство Конституции (в соответствии со ст. 167 Конституции). При осуществлении правосудия Конституционный Суд независим и подчиняется только Конституции. Его полномочия определяются исключительно Конституцией, а порядок образования и деятельности – Конституцией и Конституционным законом РА “О Конституционном Суде”. Это новый институт в правовой системе страны. До этого по старой Конституции 2005 г. действовал текущий Закон “О Конституционном Суде”, который можно было легко изменять и дополнять. Внедрение института конституционного закона безусловно усилит степень независимости Конституционного Суда от возможного давления со стороны Парламента, его политического большинства, учитывая особый, усложненный порядок принятия этого вида закона. Отметим, что проект Конституционного закона “О Конституционном Суде” представлен Правительством в Парламент и должен быть принят до 1 января 2018 г. Надеемся, что специальный порядок рассмотрения Конституционным Судом компетенционных споров как нового полномочия будет достаточно четко и полно расписан в указанном Законе.



ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF MONTENEGRO IN THE PROTECTION OF THE LEGAL ORDER

DESANKA LOPIČIĆ

Judge of the Constitutional Court of Montenegro

The Constitution, as the legal act, which contains a complex system of legal principles, constitutes the foundation of the legal order and normative regulation of a society. As the stronghold of law and justice and "the supreme law of a country", the Constitution ensures safety and stability in the state, its identity and individuality¹.

Montenegro, after the restoration of independence, committed itself to draft and adopt its constitution modelled on the contemporary constitutionalism², to establish on it and in compliance with it its constitutional legal order of the internationally recognized state of Montenegro³, which was constituted as an independent and sovereign state, of the republican form of rule⁴. In the Preamble of the Constitution of Montenegro⁵, the fundamental normative principle is stated in detail - "the commitment of the citizens of Montenegro to live in a state in which the basic values are freedom, peace, tolerance, respect for human rights and liberties, multiculturalism, democracy and the rule of law". Those values are the foundation for the interpretation of the Constitution. By the provision of Article 6 paragraph 1 of the Constitution, the state guarantees the protection

¹ *The Constitution deals with the political system in a thorough way, so that criteria can be derived from it, in order to decide on the problems and conflicts from the political life.*

² *The Constitution was published in the Official Gazette of Montenegro, No.1/2007 and Amendments I to XVI –in 38/2013-1.*

³ *"The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and g) capacity to enter into relations with the other states". (Article 1 of the International Convention on Rights and Obligations of States, concluded in Montevideo in 1933).*

⁴ *Article 1 paragraph 1 of the Constitution.*

⁵ *Article 1 of the Constitution.*

of rights and freedoms, and by Article 8 paragraph 1, it prohibits any direct or indirect discrimination, on any grounds⁶. Over one third of the constitutional text is related to the guarantees of freedoms and rights of man and citizen. The Chapter on "Human rights and freedoms" more precisely defines individual human rights and certain principles and mechanisms of their protection. The Constitution guarantees equality of all the citizens before the law, irrespective of any specific quality or personal property⁷, equality of women and men and it develops the policy of equal opportunities⁸, the right to legal remedy⁹, the right to legal aid¹⁰, the right to local self-government¹¹, and the right to the healthy environment.¹²

Montenegro has created its constitutional legal order on the model of democratic constitutions on the grounds of which it has regulated its institutions and prescribed their respective competencies. Owing to such an approach a great number of values and standards of the Montenegrin constitutional legal order are similar to those that we find in the norms of the supranational law, particularly the one that is related to the right to regulate constitutionalization of a modern, democratic constitutional state of the rule of law, human rights, and fundamental freedoms. This is primarily related to the similarities in the competencies that have been assigned to the institutions that are engaged in the protection of human rights. Namely, the Constitution contains textually all the essential rules that characterize the contemporary constitutionalism, such as: „a) The government institutions and their respective competences are established by the Constitution, and b) Through constitutional elections, the people are assigned the ultimate power; c) Exercising of public powers, including the legislative power, is legitimate only if it is in compliance with the constitutional

⁶ *Regulations and introduction of special measures aimed at creating the conditions for the exercise of national, gender and overall equality and protection of persons who are in an unequal position on any grounds shall not be considered discrimination (Article 8 paragraph 2 of the Constitution).*

⁷ *Article 17 paragraph 1 of the Constitution.*

⁸ *Article 18 of the Constitution.*

⁹ *Article 20 of the Constitution.*

¹⁰ *Legal aid shall be provided by the bar, as an independent and autonomous profession, and by other services. Legal aid may be provided free of charge, in accordance with the law (Article 21).*

¹¹ *Article 22 of the Constitution.*

¹² *Article 23 paragraph 1 of the Constitution.*

law; d) The Constitution stipulates the right and the system of constitutional adjudication for the protection of such rights. The framer of the constitution expressed great confidence in the institutions of the judiciary, and particularly in the institution of the constitutional judiciary to which in the immanent logic of the constitutional document the role of the "guardian of democracy" was given. We are talking about the concept the agent of which protects democracy from abuse and usurpation of power. By adopting the Constitution on the "tidal wave of the historical constitutional moment", the Montenegrin framer of the constitution conceived the constitutional provisions on the Constitutional Court in the manner that this constitutional legal institution differs from others by being formed as a potentially powerful means of defence against all possible temptations that any new democratic political community could face and so can the one in Montenegro as well.¹³

The Constitutional Court of Montenegro (hereinafter: the Constitutional Court), since 1963, has been continuously, in different forms of the social system, performing its function. Throughout that time, its role has been, by exercising its jurisdiction, to contribute to the respect of the constitutionality and legality and, in line with that, to contribute to the implementation of the values and goals of a desirable – ideal state. The period after Montenegro gained independence and autonomy, in the development of the constitutional judiciary, could be called: "the period of adoption and development of the European constitutional standards". It corresponds with the period of development of the Montenegrin state, which is marked by the processes of internal democratization and reform-wise adaptation of the entire system for the purpose of meeting of the commitments assumed by the ratified and published international agreements/treaties. The goal of that process, in the words of Jean-Marc Suvé, is the endeavour to defend the traditions of our continent: the European humanism which is based on the demanding concept of the rights of persons and their human dignity and, at the same time, on the idea of the obligations and rights of the community.¹⁴

¹³ Arsen Bačić & Petar Bačić, „Constitutional Democracy and Courts”.

¹⁴ Suvé, Jean-Marc: *Operation and impact of the French State Council, Collected Papers of the Faculty of Law in Split (Online)*, god.45, No.1 (2008), p. 7.

The concept of values and the foundation of the constitutional order of the new state constituted the premises on which the Constitutional Court has continued with its work as the highest legal body for the protection of constitutionality, legality, as well as the protection of human rights and fundamental freedoms, the independent state. According to its constitutional role, the Constitutional Court is the highest body of the constitutional guarantee, which, in its decisions, interprets fundamental constitutional values. Those decisions are permanent guidelines for the development of the Montenegrin constitutional law, so, the law that deals with the key mainstreams of the state and social development and have both the legal and political character. Their dual nature is the fact we have to accept. Regulation of social relations always implies interweaving of politics and the law. Namely, we are talking about the politics that is implemented by political stakeholders whom the people at the elections authorized to work on the attainment of their respective political goals. However, in the attainment of such goals, they must adhere to the generally accepted values and to the basis for their own activity, as it is actually defined in the Constitution.

By the new Constitution of Montenegro as an independent state, the competences and powers of the Constitutional Court are extended in such a manner that, in addition to the jurisdiction already prescribed by the former 1992 Constitution, the Constitutional Court was assigned the jurisdiction to appraise formal and substantial, not only the constitutionality of a law but also its harmonization with international agreements/treaties and the jurisdiction of subsidiary deciding on a constitutional appeal due to violation of human rights and freedoms guaranteed by the Constitution¹⁵. At the very beginning of the second period, the Constitutional Court demonstrated the intent to turn to the improvement of the constitutional democracy and to its own development, particularly the elaboration of constitutional court argumentation in substantiations of its decisions¹⁶. Starting from the concept of legal monism, the "quasi-constitutional" status of the

¹⁵ *Article 149 paragraph 1 points 1 and 3 of the Constitution.*

¹⁶ *Generally one can say that, prior to the independence of the state of Montenegro, the Constitutional Court in its activity had seldom referred to international agreements/treaties. This is related to the Convention, although it became a part of the internal legal order in 2004.*

Convention in the Montenegrin legal order and the constitutional requirement for the direct application of the Convention, the Constitutional Court of Montenegro, in its decisions, refers to the European Court of Human Rights and its jurisprudence. In such a way, two requirements are met at the same time, the first one – implementation of constitutional arguments in handing down decisions, and the second one – harmonization of the Montenegrin constitutional law with the European legal standards. Adaptation to such requirements takes time in the implementation of their constitutional court techniques and principles for interpretation. In its decisions, the Constitutional Court started to gradually accept specific principles for interpretation of the Constitution. It found the grounds in the jurisprudence of the European Court. We are talking about the principle of theological interpretation of the constitution, the principle of effectiveness of the protection of constitutional rights, the principle of democracy, the principle of the rule of law, the principle of legal security, the principle of legality, the principle of procedural fairness, the principle of equitable balance, the principle of proportionality and necessity, the principle of the area of free appraisal by the state, the principle of evolitional and dynamic interpretation of the Constitution, and the principle of prohibition of discrimination. Similarly, it started adopting different court techniques for establishing of constitutionally relevant substrate of a concrete case and for its disposal. In addition to the general "step by step" court technique, we are talking about the implementation of different tests in the constitutional court practice, such as the test of justifiability, the test of proportionality, the test of necessity in a democratic society, and the test of "the very essence of law", which the European Court uses in deciding cases. The use of constitutional argument when drafting substantiations of constitutional court decisions and change of legal opinion, which is the necessary precondition for adoption and application of the European legal standards, is a particularly difficult task of a reform nature. If those facts are taken into consideration, the conclusion can be drawn that the Constitutional Court has first to learn on its own and adopt the European and the contemporary comparative constitutional law, use them immediately when interpreting a provision of the Montenegrin Constitution and, at the same time, prepare and hand down important decisions.

The basic (original) power of the Constitutional Court of Montenegro in the protection of fundamental rights and freedoms is reflected in the right of the Court to eliminate a law, other regulation or some of their provisions from the legal order, once it has established that the law or other regulation, for formal or essential - substantial reasons, is not in compliance with the Constitution. By abolishing such acts the Court ensures the protection of, i.e. adherence to the Constitution and its superiority in the legal order and brings the legislator back into the constitutional context. In other words, although the Constitutional Court does not control whether the legislator politically appropriately and rationally exercised its powers, but only whether it adhered to the constitutional context which must not be exceeded by the legislative freedom of setting norms either, the strained relationship between politics and the law in exercising of the normative constitutional control is constantly present in practice. The Constitutional Court, in many of its decisions, has expressed the position that "its jurisdiction does not include the appraisal of appropriateness of certain legislative solutions"; "that appropriateness is the matter of the legislative policy", "that its jurisdiction does not include regulation of social relations, or substitution of the legislator"; "that its powers do not imply adoption of laws", nor "it has the general power of higher instance control (oversight) over the work of the parliament", etc. The range of the right of the Constitutional Court to establish whether or not a legal norm is in compliance with the Constitution or law is: the content, the meaning, and the system of goals of all the constitutionally established fundamental principles – of the state of Montenegro, in which the principle of the rule of law has a prominent place; the content, the meaning, and goals of constitutionally established human rights and freedoms, the entirety of the constitutional contents; the vision expressed by fundamental constitutional principles. And the criterion within that range is: accountability before the freedom, development, human justice, and equity. Had this not be done, the constitutional law would be conducive to the blocking of social progress. It would pull backward. Manoeuvring of the Constitutional Court within that framework is its jurisdiction. Its possible manoeuvring

beyond that framework, under the cover of interpretation of the Constitution and laws or any other, would be taking the territory of jurisdiction of the framer of the constitution or of the legislator, which is in contravention of the constitutional concept and contents¹⁷. No known constitution has eliminated the possibility where the constitutional courts may, at least in exceptional cases, cross the border of the range of their jurisdictions, exceptionally or more seldom take the territory of the jurisdiction of the framer of the constitution or the legislator. That possibility does exist, in view of the fact that there are no legal remedies against the decisions of the constitutional courts; instead, already at the moment of their publishing, they automatically become final and generally binding. This is the basis to raise two mutually dependent questions in literature. One is: "Isn't there a threat to establish the state of the rule of judges in practice instead of the rule of law"? And the second one: "Is there a way and method, is there a bulwark, to protect us from guardians"? The possibility in question has not been eliminated by the Constitution either and, therefore, the two quoted questions also have importance in Montenegro. The decisions of the Constitutional Court have the effect *ex nunc*, and, as of recently, the Constitutional Court may also determine the effect of its decision *pro futuro*. Namely, the Constitutional Court, after handing down the decision by which it establishes that certain provisions of a law are not in compliance with the Constitution, may give the legislator a time period in which it can make "correction" (harmonization) of the law. It was established quite a long ago that this possibility is the consequence of the eternally present fear of occurrence of legal voids (*horror vacui*) and causing of legal uncertainty that could take place under the conditions of non-existence of legal norms that have been annulled.¹⁸

The biggest novelty with respect to the change of the role and jurisdiction of the Constitutional Court was brought by the provisions of the Constitution, which establish direct protection of human rights and fundamental freedoms by the Constitutional

¹⁷ M. Šuković, „*The Constitutional Law*”, CID – Podgorica, 2009.

¹⁸ B. Nenadić, „*Impact of the Constitutional Court Control on Exercising of the Legislative Power*”, *Legal Collected Papers*, 2016.

Court through a constitutional appeal. This function has changed the character of the Constitutional Court, at the same time creating a clear turning point in its work. Although the function of a constitutional appeal is primarily individual protection of subjective rights guaranteed by the Constitution, at the same time, it also protects the Constitution as a part of the objective legal order. The Constitutional Court has based its practice of handing down of decisions on constitutional appeals on the jurisprudence and standards of the European Court, as well as on the jurisprudence of the constitutional courts of the majority of European states. Disposing of constitutional appeals, the Constitutional Court of Montenegro does not exercise general legal control of court decisions, nor it acts as the highest review instance with respect to regular courts, nor it hands down the final decision on the merits of cases. It only appraises whether courts, deciding on the rights and legal interests of citizens, have ensured the exercising and the protection of fundamental human rights and freedoms guaranteed by the Constitution, i.e. to what extent the actual courts and other authorities in performing their respective functions have manoeuvred within the Constitution. Deciding on a constitutional appeal the Constitutional Court appears not only as the protector of individual rights and freedoms at the national level, but also as the protector of the legal dignity of the state of Montenegro in the proceedings before the European Court of Human Rights and before other international institutions that supervise exercising of the rights and freedoms established in the European Convention and other international acts.

Of course, the protection of human rights has been and has remained the primary function of the judicial power, as independent and autonomous, but such power in modern European counties cannot be exercised without direct application and interpretation of the constitution (and the convention law), in which the role of the constitutional courts is unavoidable – they are the ones that are authorized to safeguard and, upon reading the constitution, finally say "what the constitution talks about" and "what the constitution is".

Despite all the difficulties, implementation of the idea of human

rights cannot be imagined without the activity of the Constitutional Court. The noblest task that the legal order and the authorities enforcing it have, i.e. the protection of the weaker, the protection of minorities is also to a particular extent the task of the Constitutional Court, which must actively sanction violations of the Constitution committed by the legislator, the executive power, and by the regular judiciary. All of this contributes to the fact that the Constitutional Court has a particularly important, difficult, and responsible role in the process of further development of the state of Montenegro, as an independent and democratic state, in ensuring incorporation of democratic values and the European standards by its decisions in the domestic legal order.



LE ROLE DES COURS CONSTITUTIONNELLES À SURMONTER LES CONFLITS CONSTITUTIONNELS

HANIFA BENCHABANE

Membre du Conseil constitutionnel d'Algérie

Introduction

Avant d'aborder le principe d'égalité et l'autonomisation de la femme, notamment le cadre constitutionnel et législatif, et en prélude au sujet, il me semble judicieux de formuler à l'honorable assistance quelques observations susceptibles de contribuer à mieux définir le thème que nous vous proposons. Les observations, au nombre de quatre(4) sont les suivantes :

1. Le thème d'aujourd'hui relatif à l'égalité des sexes et l'autonomisation de la femme en Algérie, s'inspire de la révision constitutionnelle de 2016. Celle-ci a introduit un article nouveau, en l'occurrence l'article 36, d'une importance capitale, qui dispose que l'Etat œuvre à la promotion de la parité entre les hommes et les femmes. Ce concept est utilisé pour la première fois, dans la culture constitutionnelle algérienne.
2. Contrairement à l'article 35 de la Constitution relatif à la promotion de la femme par l'Etat à travers l'augmentation des chances de sa représentation au sein des assemblées élues, qui renvoie les modalités de sa mise en œuvre à la loi organique, le nouvel article 36 de la constitution ne renvoie son application à aucun texte législatif ou réglementaire. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.
3. Le thème de ce séminaire est, en plus de l'article 36, corollaire à d'autres dispositions constitutionnelles, notamment les articles 32, 34, 35 et 36 de la constitution ainsi qu'aux instruments internationaux adoptés par l'Algérie sur la question.
4. Enfin, le thème que nous débattons aujourd'hui ne se limite pas uniquement aux textes mais pose la problématique du changement des mentalités et la consécration juridique du principe d'égalité. En

conséquence, nous analysons l'intention du constituant dans le processus de mise en place des mécanismes d'application de cet article 36 et la consécration du principe d'égalité.

Suite à ces observations, je voudrais exposer devant l'honorable assistance, l'expérience algérienne en matière d'égalité et d'autonomisation de la femme, par référence aux conventions internationales adoptées par l'Algérie, et également aux bonnes pratiques. Les expériences étrangères constituent, au regard de la dimension internationale du thème d'aujourd'hui, une source d'inspiration appropriée pour les acteurs nationaux dans les domaines juridique et politique, dans le respect de nos spécificités nationales. Que signifient l'égalité et l'autonomisation de la femme ?

1. Le principe d'égalité entre les sexes :

Le principe d'égalité constitue un cadre pour la protection des droits et libertés. Ce principe fondamental occupe la première place des déclarations de droits universels et des constitutions nationales. Le principe d'égalité signifie que tous les membres de la société sont égaux devant la loi, tant en droits que devant les charges publiques, qu'ils ne font l'objet d'aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de tout autre condition ou circonstance. En d'autres termes, aucune distinction ou discrimination entre les citoyens n'est tolérée.

L'illustration apparente de l'égalité est celle entre les sexes, c'est-à-dire entre l'homme et la femme. Ce principe implique que les femmes bénéficient d'un traitement égal à celui des hommes ; qu'elles ne sont victimes, par conséquent, d'aucune discrimination en raison de leur sexe. L'égalité entre les sexes constitue l'objectif auxquels tendent les chartes et les conventions internationales sur les droits de l'homme qui prévoient l'égalité en droits entre l'homme et la femme, indépendamment de l'origine sociale de chacun. (1)

Le principe d'égalité, notamment entre les sexes, a connu une évolution relative, en passant du stade de l'égalité en tant que principe à l'égalité en tant qu'objectif visant à éliminer les disparités et les discriminations pour aboutir à l'égalité entre les sexes. Cette évolution a conduit à la mise en place de mécanismes pour garantir le principe d'égalité. (2)

A. *Le concept de discrimination positive*

Ce concept traduit, en substance, une politique, des mesures ou un cadre juridique dont l'objectif est d'instaurer un traitement préférentiel envers une catégorie de personnes, qui subit, habituellement, une discrimination pour cause de son origine sociale, sa race, sa religion ou en raison de son sexe, son âge ou son handicap.

Ce concept est apparu, pour la première fois, aux Etats unis d'Amérique. Il a été appliqué à la politique de remboursement accordée, soit par les pouvoirs publics ou les employeurs dans le secteur privé, aux démunis qui relèvent de la catégorie des travailleurs d'origine africaine, avant d'être généralisé par la suite aux autres catégories. Cette politique, qualifiée de discrimination positive, vise à traduire l'égalité des chances, en privilégiant une catégorie sociale. Cependant, ce principe est, généralement, une mesure temporaire qui n'élimine pas l'origine du problème de non-égalité, mais qui réduit l'écart et permet de résoudre le déséquilibre dans la mise en œuvre du principe d'égalité. (3)

B. *Le système de quota féminin*

Le système de quota signifie qu'un pourcentage déterminé de sièges parlementaires ou de postes de décisions est réservé aux femmes. Ce système de quota est une forme de réponses possibles pour faire face à la sous-représentation de la femme dans la vie politique et publique.

Le principe ou le mécanisme de ce système s'appuie sur l'idée que la femme doit être représentée selon un pourcentage déterminé, dans les différents organes de l'Etat. Le système de quota est généralement perçu comme une mesure provisoire visant à corriger les écarts et les aspects inégalitaires.

Le système de quota revêt plusieurs formes. Cependant, deux sont essentielles.

1. Le quota requis par la constitution ou la loi,
2. Le quota adopté par les partis politiques.

C. *La parité entre l'homme et la femme*

La parité signifie l'égalité ou l'équivalence entre deux personnes ou deux choses ayant les mêmes possibilités et de même nature.

La parité homme-femme vise à combattre les inégalités dues aux déséquilibres entre les sexes.

Le mécanisme de la parité peut être mis en œuvre par des lois dont la finalité est de réduire les écarts qui traduisent l'absence de parité, que ce soit dans la représentation au sein des entreprises ou en matière salariale. S'il apparaît que des catégories sociales sont victimes de discrimination ou d'injustice flagrante dans les fonctions qu'elles occupent, le principe d'équité à travers la loi, pourrait corriger ce qui est considéré comme non-équitable.

Dans le cadre de la défense des droits de la femme, le principe d'équité est posé pour défendre l'égalité en termes de sièges ou de postes à pourvoir par les hommes et les femmes dans les entreprises publiques ou privées et traduisant l'existence de discrimination dans la réalité. La parité pourrait être également évoquée au sein des partis politiques, au parlement et dans les fonctions. (5)

D. *L'égalité des chances*

Il exprime une vision de l'égalité qui fait que les personnes disposeront des mêmes moyens pour le développement social, indépendamment de leur origine sociale, de leur race, de leur sexe, des moyens matériels dont elles disposent, de leur lieu de naissance ou de leur appartenance religieuse.

L'égalité des chances va au-delà de la simple égalité d'endroits ; elle a pour fondement essentiel de privilégier le groupe social qui subit une discrimination, pour lui garantir une équité de traitement, que ce soit pour l'accès aux grandes écoles, à la formation supérieure, aux concours de recrutement ou aux fonctions supérieures.

2- la notion d'autonomisation de la femme

La notion d'autonomisation prend son origine de la Conférence mondiale sur la femme tenue à Pékin en 1995.

Selon Kober, l'autonomisation vise à accroître la capacité des gens à tracer des choix stratégiques dans leurs vies, dans un domaine où cette capacité n'était pas disponible avant.

L'autonomisation signifie en général : « l'élimination de tous les comportements stéréotypés au sein de la société et des institutions qui classent les femmes et les catégories vulnérables en bas de l'échelle. L'autonomisation est aussi un processus complexe qui implique l'adoption de politiques, de méthodes et de structures juridiques visant à surpasser les formes de discrimination et à garantir l'égalité des chances aux individus

dans l'utilisation des ressources de la société et également dans la participation à la vie politique. »(7)

On peut faire la distinction entre plusieurs sortes d'autonomisation : l'auto-autonomisation, l'autonomisation sociale, l'autonomisation économique et l'autonomisation politique.

L'importance de l'autonomisation apparaît à travers l'évidence que l'égalité n'est pas toujours équitable et que, souvent, le processus d'autonomisation implique la mise en place de programmes et de politiques au profit des femmes à l'effet de leur permettre de se débarrasser des inégalités vécues dans la réalité. L'autonomisation de la femme se concentre dans les domaines de l'enseignement, l'information, les contextes socio-économique, politique et juridique ainsi que dans la prise de décision.

La notion d'autonomisation a pris sa signification sur la base de la théorie des « capacités » d'Amartya SEN, se fondant sur les indicateurs de développement humain du PNUD, qui considèrent que cette notion ne peut se concrétiser que si chacun, et plus particulièrement la moitié de l'humanité, en l'occurrence les femmes, ait la capacité d'action qui leur donnera possibilité de concrétiser leurs potentialités à travers les chances qui leur sont offertes par l'emploi. Cette capacité d'action pourrait être concrétisée également dans le domaine politique, en mesurant le nombre de femme élues au parlement, dans les différents centres de décision, au niveau des fonctions supérieures dans la fonction publique, dans les conseils d'administration des grandes entreprises ou en général dans le domaine de la gestion du secteur économique.(8)

1. Le cadre juridique du principe d'égalité entre les sexes

Le principe d'égalité constitue aujourd'hui, une règle constitutionnelle fondamentale sur laquelle s'appuient tous les droits et libertés qui ne peuvent s'exercer sans le principe d'égalité. Ce principe est consacré prioritairement dans tous les documents internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que dans les Constitutions et les législations nationales. La consécration du principe d'égalité ne se limite pas à éliminer les aspects discriminatoires entre les individus, sur la base de la naissance, de la race, de la religion ou du sexe, mais tend essentiellement à garantir à tous les individus l'exercice de leurs droits et libertés sur un même pied d'égalité.

Nous aborderons le cadre législatif relatif au principe d'égalité, notamment l'égalité entre l'homme et la femme, sur trois niveaux :

- Le cadre juridique international, représenté par les instruments internationaux ;
- Le cadre constitutionnel algérien consacrant ce principe d'égalité en droits entre les sexes ;
- Le cadre législatif de l'égalité entre les sexes, notamment en matière d'emploi.

1. Le cadre juridique international du principe d'égalité entre les sexes

- a) La Charte des Nations unies de 1945 constitue le document essentiel qui a accordé beaucoup d'intérêt à la question des droits de l'Homme et a consacré le principe d'égalité en droits et de non-discrimination entre les sexes dans l'exercice de ces droits. Le préambule, les articles 8 et 25 notamment de la Charte ont consacré l'égalité des droits fondamentaux de l'homme en énonçant que les hommes et les femmes sont égaux en droits et que les Nations unies œuvrent au respect, à travers le monde, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pour tous, sans discrimination pour raison de sexe, de langue ou de religion.
- b) La déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 figure parmi les documents internationaux essentiels des droits de l'homme. Son article 2 stipule : « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration sans distinction aucune de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion... ou de toute autre situation. »
- c) La convention des droits politiques de la femme de 1952 vise à consacrer les droits politiques des femmes et à les encourager en tant qu'élément de la société, à l'exercice de ces droits. Elle œuvre également à éliminer toutes les formes de discriminations à l'égard de la femme dans le domaine politique. Elle affirme la nécessité d'accorder à la femme les mêmes chances que l'homme pour voter, être éligible, présenter sa candidature et accéder aux fonctions supérieures. Son article 1^{er} dispose en effet : « Les femmes auront, dans des conditions d'égalité avec les hommes, le droit de vote dans toutes les élections, sans aucune discrimination. ».
- d) Le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que le Pacte international des droits civils et politiques et le Protocole facultatif annexe de 1966.

e) La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme de 1979 (CEDAW) pose les principes et prévoit les mesures internationalement admises pour garantir l'égalité en droits entre les hommes et les femmes. Elle appelle à accorder à la femme, notwithstanding sa situation familiale, tous les droits et dans tous les domaines politique, socio-économique et culturel. Elle appelle également à adopter des législations nationales interdisant les discriminations et à accélérer la garantie d'une réelle égalité entre l'homme et la femme.

L'Algérie a adopté ces instruments internationaux. Elle a adopté ceux relatifs aux droits politiques de la femme sans réserves puis elle les a insérés dans la législation nationale, comme nous l'exposons ultérieurement. Cependant, elle a émis des réserves concernant l'exercice des droits civils de la femme dont la priorité a été accordée au droit national. Elle a adopté tous les instruments à caractère international, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international des droits civils et politiques et le Protocole facultatif annexe au Pacte des droits civils et politiques, le Traité des droits politiques de la femme de 1952, ainsi que la convention internationale sur la lutte contre toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) de 1979, qui a été adoptée avec réserves. (10)

L'Algérie a également adhéré à la Déclaration et au Programme d'action de Pékin de 1995 ainsi qu'à la Déclaration des Objectifs Millénaire de Développement de 2000.

L'adhésion des pays africains aux instruments internationaux relatifs aux principes d'égalité, à l'instar de la Convention de CEDAW de 1979 et de la Plateforme de Pékin de 1995, a été affirmée de manière expresse dans les différents instruments africains portant sur des droits des femmes. L'Algérie a bien évidemment, adopté ces instruments continentaux fondamentaux sur les droits politiques des femmes. Il y a lieu de noter que certains de ces instruments régionaux sont plus expresse et plus avancés en matière de droits de la femme et d'égalité entre les sexes, comparativement aux instruments internationaux, notamment ceux ayant été signés récemment. Parallèlement à ces instruments régionaux, les Chefs d'Etats et de Gouvernements des pays membres de l'Union africaine ne cessent, à chaque occasion, d'affirmer expressément le principe d'égalité entre l'homme et la femme et la primauté du droit international et des obligations internationales des pays sur leurs lois nationales. (11)

* La ratification de la Convention CEDAW

La convention CEDAW constitue le cadre international le plus important du principe d'égalité entre les sexes et de non-discrimination. En raison de cette importance, nous lui consacrons ces lignes pour faire ressortir deux points ; le premier porte sur les aspects essentiels du contenu de cette convention et le second concerne sa ratification par l'Algérie.

1. La convention CEDAW a été adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations unies. Elle est en vigueur depuis le 03 septembre 1981. Aujourd'hui, plus de 186 Etats en sont membres. Ils se sont engagés à respecter les droits des femmes, à condamner et à œuvrer à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme. Ces Etats veillent à garantir l'égalité des sexes.

La convention CEDAW a clairement défini la signification de discrimination à l'égard de la femme. Elle a rappelé les droits des femmes inaliénable Elle a également défini le concept d'égalité homme/femme et les mesures susceptibles de garantir cette égalité. Elle a, en outre, déterminé la responsabilité et les obligations des Etats parties pour mettre un terme à toute forme de discrimination fondée sur le sexe et garantir la promotion de l'égalité en droits.

Après avoir exprimé dans son préambule que toute discrimination constitue une violation du principe d'égalité en droits, la Convention a défini la discrimination en son article 1^{er}, sur la base de trois critères, à savoir : la distinction, l'exclusion et la restriction fondée sur le sexe. Une discrimination existe si l'un des trois critères est constaté. L'effet qui en découle sera de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes des droits de l'homme et des libertés collectives et individuelles dans tous les domaines.

L'article 2 de la Convention, définit les mesures de nature à éliminer les formes de discrimination à l'égard de la femme, en obligeant les Etats parties à consacrer l'égalité homme/femme dans leurs constitutions et leurs législations, à condamner toute forme de discrimination et à veiller à éliminer les discriminations par l'adoption de toutes les mesures nécessaires et à créer les conditions appropriées pour l'exercice effectif de ces droits.

En résumé, les principes fondant la CEDAW sont : l'égalité, la non-discrimination et la responsabilité des Etats parties.

Le Protocole facultatif annexe à la Convention a été adopté le 6 octobre 1999. Il est entré en vigueur le 22 décembre 2000. Il porte sur l'accepta-

tion de l'enregistrement de plaintes individuelles et collectives, la définition des compétences de la commission onusienne pour l'élimination des discriminations à l'égard de la femme et la mise en place d'un système de contrôle en la matière.

2. L'Algérie a ratifié la Convention CEDAW par décret présidentiel du 22 janvier 1996. Cette ratification a cependant été assortie de quelques réserves sur les articles 2, 9 (paragraphe 2) – cette réserve a été levée par la suite -, 15 paragraphe 4, 16 et 29 paragraphe 1^{er}. Ces réserves concernent en majorité, des questions liées au statut personnel portant code de la famille. Certaines réserves ont été levées suite à l'amendement du code de la famille et du code de la nationalité en 2005, comme nous l'exposerons ci-après. (12)

3. Cadre constitutionnel du principe d'égalité entre les sexes

La Constitution algérienne a consacré les droits et libertés, tel que ressortant de la Déclaration universelle des droits de l'homme, notamment l'égalité homme/femme. Les Constitutions algériennes successives depuis l'indépendance ont consacré ces droits sans distinction sur la base de sexe ou de tout autre facteur, garantissant ainsi l'égalité homme/femme.

La 1^{ère} constitution algérienne indépendante de 1963 a prévu en son article 12, le principe d'égalité entre tous les citoyens, indépendamment du sexe. Cet article dispose que : « tous les citoyens des deux sexes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. »

La Constitution de 1976 a également prévu ce principe en son article 39 alinéa 2. Dans son alinéa 3, il proscrit toute discrimination fondée sur les préjugés de sexe, de race ou de métier. En outre, son article 41 prévoit que : « L'Etat assure l'égalité de tous les citoyens en supprimant les obstacles d'ordre économique, social et culturel qui limitent en fait l'égalité entre les citoyens, entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous les citoyens à l'organisation politique, économique, sociale et culturelle. » (13)

la Constitution du 23 février 1989, en consacrant le régime démocratique fondé sur le multipartisme et la garantie des droits et libertés individuels, a également prévu ce principe mais en lui conférant davantage de précision. En effet, les articles 28 et 30 prévoient respectivement que : « les citoyens

sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale. », et que : « Les institutions ont pour finalité d'assurer l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens et citoyennes en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous, à la vie politique, économique, sociale et culturelle. ».

La teneur de ces deux articles a été entérinée dans la Constitution de 1996 puis dans les amendements constitutionnels de 2008 (articles 29 et 31), et de 2016 (articles 32 et 34).

Ces deux articles qui traduisent l'orientation du constituant algérien à l'égard de la question d'égalité, et ce jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, reflètent le sens absolu du principe d'égalité sous sa forme matérielle qui implique l'égalité devant la loi et l'interdiction de toute discrimination entre les citoyens pour quelque cause que ce soit.

Cette signification a été consacrée par l'article 29 de la Constitution de 1996 et l'article 32 de la constitution en vigueur qui stipule que : «Tous les citoyens sont égaux devant la loi...).

La seconde signification du principe d'égalité est procédurale reposant sur le critère formel, qui permet de rendre effective l'égalité devant la loi. Ainsi, l'article 31 de la constitution de 1996 (article 34 de la Constitution de 2016) prévoit en ce sens, que : « Les institutions ont pour finalité d'assurer l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens et citoyennes ...». (14)

La Constitution algérienne a accordé une grande importance au principe d'égalité en lui consacrant plusieurs articles, en tant que principe fondamental et indispensable pour que les individus puissent jouir des mêmes droits et être astreints aux mêmes obligations, parant ainsi à toute discrimination éventuelle. Il a consacré le principe d'égalité des citoyens devant la loi et a érigé l'égalité comme fondement de la justice. En application de ce principe, le constituant a consacré l'accès de tous les citoyens, aux missions et fonctions publiques de l'Etat, en interdisant toute condition d'accès à ces missions et fonctions à l'exception de celles fixées par la loi.

Par ailleurs, le constituant a endossé à l'Etat le devoir de garantir l'égalité d'accès à l'enseignement et à la formation professionnelle, l'égalité des citoyens devant l'impôt.

Le Conseil constitutionnel, chargé de veiller au respect de la constitution,

a, depuis sa création en 1989, garanti l'observance de ce principe. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est abondante en ce sens, puisque l'institution, dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité, a écarté toutes les dispositions législatives qui heurtent ce droit constitutionnel. À travers sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a développé des principes constitutionnels garantissant le respect du principe d'égalité. En effet, il a considéré que le principe d'égalité des citoyens devant la loi ne revêt pas forcément un caractère absolu. Il peut être relatif, dans la mesure où il n'est applicable que pour les individus se trouvant dans des positions juridiques simulables.

Le Conseil constitutionnel a consacré l'idée que le principe d'égalité est violé si des individus ou des citoyens ayant des positions différentes bénéficient d'un traitement simulable ou l'inverse, c'est-à-dire des citoyens ayant des positions similaires bénéficient d'un traitement différent. (15)

Nous concluons que le constituant a prévu le principe d'égalité et de non-discrimination entre les citoyens pour quelque raison que ce soit, et que ce principe, jusqu'à l'amendement constitutionnel de 2008, n'a pas revêtu une dimension fondée sur le sexe ou le genre. Cela est valable pour les autres droits consacrés par le constituant algérien. Nous citons à cet égard, l'article 62 de la constitution de 2016 qui dispose : « Tout citoyen remplissant les conditions légales, est électeur et éligible. », l'article 63 qui prévoit : « L'égal accès aux fonctions et aux emplois au sein de l'Etat, est garanti à tous les citoyens, sans autres conditions que celles fixées par la loi. », ainsi que l'article 69 qui stipule que : « tous les citoyens ont droit au travail. ». Il ressort que la constitution algérienne n'a pas introduit le genre mais a consacré le principe d'égalité entre les citoyens sans distinction entre les sexes. L'approche genre a été introduite à la faveur de la révision constitutionnelle de 2008. Cette nouvelle donne s'est traduite dans la législation algérienne.

3. le cadre législatif du principe d'égalité et de non-discrimination entre les sexes

Le système législatif algérien est en totale adéquation avec les différentes Constitutions adoptées depuis l'indépendance, consacrant le principe d'égalité et de non-discrimination entre l'homme et la femme. Il s'inscrit également en parfaite harmonie avec les obligations internationales de l'Algérie. Dans ce cadre, pour pallier certaines insuffisances incompatibles

avec le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, le législateur algérien a procédé à l'amendement d'un ensemble de lois à l'effet d'assurer la protection des droits et libertés de l'homme en général, et de la femme, en particulier.

Le code de la nationalité algérienne, adopté par l'ordonnance du 15/12/1970, a fait l'objet de plusieurs amendements importants en vertu de l'ordonnance de février 2005. Ces amendements ont consacré le principe constitutionnel fondé sur l'égalité des sexes et ont porté sur l'adaptation de la législation nationale aux instruments internationaux, notamment la convention CEDAW. La nouvelle législation a constitué une évolution marquante en matière d'égalité homme/femme et a permis l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme. Ainsi, l'égalité entre le père et la mère est consacrée en cas d'acquisition de la nationalité, conformément aux principes fondamentaux des droits de l'homme et aux conventions internationales relatives à la protection des droits de l'enfant, et celles portant sur l'élimination de toutes les formes de discrimination exercée contre la femme. L'amendement introduit à l'article 6 notamment, a porté sur la reconnaissance de la nationalité algérienne d'origine par filiation maternelle. L'article 9 bis nouveau a donné la possibilité aux étrangers d'acquérir la nationalité algérienne par le mariage avec une algérienne ou un algérien. (16)

Le Code de la famille : la loi n°84/11 du 9 juin 1984 a comporté plusieurs dispositions qui renforcent le statut de la femme, dont les plus importantes sont le choix du conjoint, la jouissance des biens patrimoniaux en toute indépendance, la demande de divorce et le khol, le droit à la succession et la jouissance de son patrimoine sur la base de la séparation des biens. L'ordonnance n°05-02 modifiant et complétant la loi 84/11 est venue conforter ces dispositions en introduisant des modifications qui vont dans le sens des obligations internationales de l'Algérie et s'inscrivent en conformité avec la Convention CEDAW ; ce qui a permis de lever certaines réserves émises par l'Algérie au moment de la signature et de la ratification de cette convention.

Parmi ces modifications :

- le consentement des deux conjoints comme élément central du contrat de mariage ;
- le droit des conjoints de poser les conditions qu'ils estiment nécessaires dans l'acte de mariage ou un acte officiel ultérieur, à condition

- que cela ne soit pas contraire aux dispositions du code de la famille ;
- l'assujettissement de la polygamie au consentement préalable de la première et de la deuxième épouses et à l'autorisation du président du tribunal ;
- la reconsidération de l'ordre des priorités en matière de la garde d'enfants (hadhana). Celle-ci revient directement, à la faveur de cet amendement, au père après la mère.
- obligation faite au mari, en cas de divorce, d'assurer un foyer décent à ses enfants mineurs gardés par la mère ou l'acquittement d'un loyer.
- législation du travail :

La législation du travail en Algérie se distingue par son caractère non discriminatoire. Elle est traduite par la reconnaissance du droit au travail consacré par l'article 69 de la Constitution. Le Code du travail renferme des dispositions interdisant toute forme de discrimination fondée sur le sexe. Le statut de la fonction publique de 1966 ainsi que l'ordonnance n°06-03 de 2006 proscrivent également toute distinction entre les sexes en matière de travail. De même, la loi n° 90- 11 relative aux relations de travail, modifiée et complétée, garantit à tous le droit au travail, prescrit l'égalité entre les sexes et interdit toute forme de discrimination entre les travailleurs en matière d'emploi, de salaire, de promotion, de formation ou tout autre droit fondamental. Elle interdit par ailleurs, l'établissement de toute convention, accord collectif ou contrat de travail sur une base discriminatoire fondée sur l'âge, le sexe, la condition sociale ou familiale, les convictions politiques ou l'appartenance syndicale, sous peine de nullité, et est considéré sans effet.

Nous concluons que la législation du travail en Algérie ne comporte aucune discrimination entre l'homme et la femme, à l'exception des situations préférentielles pour la femme, dont notamment :

- le travail de nuit : le code de travail et le statut de la fonction publique interdisent l'emploi de la femme dans des travaux pénibles et contraignants, tout comme ils interdisent leur emploi dans le travail de nuit, sauf dans des situations particulières.
- la protection de la femme durant le travail des différents dangers des rayons ;
- le congé de maternité garanti par la législation, notamment la loi 90/11 et l'ordonnance 06/06 portant statut de la fonction publique,

- les avantages accordés à la femme en période d'allaitement,
- les mises en disponibilité et les garanties pour l'éducation de ses enfants de moins de 05 d'âge.

L'Algérie a également adopté le 19/10/1962 la convention n°100 de l'Organisation Internationale du Travail sur l'égalité des salaires entre les sexes en contrepartie d'un travail égal. Elle a également adopté le 12/06/1969 la convention n°111 de l'OIT sur la discrimination, c'est-à-dire la discrimination en matière d'emploi et de profession. (18)

II- Du principe d'égalité devant la loi à l'autonomisation de la femme

L'amendement constitutionnel de 2008 a constitué une mutation dans l'application du principe d'égalité des sexes en Algérie. Il a instauré un schéma constitutionnel important qui a fondé une nouvelle approche par le constituant du principe d'égalité des sexes. Celle-ci ne s'appuie plus sur l'égalité devant la loi comme principe mais comme objectif, en réduisant l'écart de participation à la vie publique et politique et à la prise de décision entre l'homme et la femme. Le Constituant a donc adopté une nouvelle approche qui instaure une discrimination positive au profit de la femme Cette approche est dictée par la nécessité de combler l'écart en matière d'autonomisation politique de la femme, en lui garantissant une plus grande représentation et participation au sein des assemblées élues. La solution a été de retenir le système de quota féminin pour assurer un nouvel équilibre homme/femme dans l'exercice des droits politiques. Cette mutation s'est concrétisée par l'adoption de la loi organique n°12-03 fixant les modalités d'élargissement des chances de la femme dans les assemblées élues.

Quels sont les motifs ayant dicté cette mutation ? Quel le contenu de ce texte organique ? Quels ont été les effets induits de la mise en œuvre de ce texte sur l'autonomisation de la femme ?

a) *S'agissant des motifs :*

1) *le contexte international*

L'ONU a tenu quatre (04) conférences internationales sur la femme depuis 1975 . La 4^{ème} Conférence mondiale sur les femmes, organisée à Pékin en 1995, a donné lieu à l'adoption par 189 pays d'une déclaration dite la Déclaration de Pékin affirmant l'égalité des droits et la dignité humaine entre l'homme et la femme. L'adoption également d'un Programme d'action,

adossé à cette déclaration, fait ressortir l'engagement des pays signataires, à modifier les lois entachées de dispositions discriminatoires fondées sur le sexe. Le programme d'action a retenu deux objectifs essentiels à savoir l'autonomisation de la femme et l'inscription du genre dans les politiques. Le Programme d'action de Pékin est ainsi devenu le cadre référentiel pour les pays et les organisations. Celle-ci a fixé 12 objectifs stratégiques, en exhortant les gouvernements à mobiliser tous les moyens pour réaliser ces objectifs qui s'inscrivent dans le sens de l'égalité entre les hommes et les femmes et l'autonomisation de la femme.

En 2005, dans une évaluation des Nations unies du Pékin +10, au cours d'une conférence internationale, le haut-commissaire des Nations unies pour les droits de l'Homme a affirmé qu'en dépit des progrès réalisés, la mise en œuvre des engagements au niveau national reste faible.

En 2010, le Comité des Nations unies pour la question de la femme a mis l'accent sur la nécessité d'échanger les expériences entre Etats et les bonnes pratiques pour éliminer les obstacles persistants et faire ressortir les nouveaux défis, notamment ceux de l'OMD.(19).

La Déclaration des Objectifs Millénaire du Développement adoptée en 2000, a fixé 8 objectifs pour le développement à l'horizon 2015, en vue d'édifier un monde meilleur à l'horizon du 21^{ème} siècle. Parmi ces 8 objectifs, figurent l'égalité des sexes et l'autonomisation de la femme. L'un des indicateurs de cet objectif est le niveau de représentation de la femme au sein du Parlement et sa participation à la prise de décision.

Sur ce point, la représentation de la femme au parlement en 2011 et à travers le monde a connu une évolution bien que l'objectif de parité dans les assemblées parlementaires dans le monde soit loin d'être atteint, puisque un taux de 19,23% seulement a été enregistré au début de l'année 2011. Selon le rapport du PNUD, de grands écarts sont enregistrés en 2011 au niveau des régions. Dans certains pays, le taux de la présence de la femme au parlement est relativement élevé, puisque un taux de 30% au moins a été enregistré dans 25 pays dont 07 ont dépassé le taux de 40% des sièges. Parmi ces derniers, ceux qui ont atteint des niveaux record de la représentation de la femme au parlement, nous citons le Rwanda (56,3%) la Suède (45%), l'Afrique du Sud (44,5%) et Cuba (43,2%). A l'opposé, 48 pays ont enregistré la présence de moins de 10% de femmes au sein des assemblées parlementaires dont 03 pays arabes (Arabie Saoudite, Oman et Qatar). En Afrique du nord, un progrès palpable de la représentation de la

femme aux parlements a été constaté, passant de 9% à 11,7% entre 2010 et 2011.

Ce qu'il y a lieu de noter, c'est que ces résultats ont été, dans la plupart des cas, le fruit de la mise en œuvre du système des quotas. 67% des 43 chambres basses ont adopté le système des quotas et ont dépassé le taux de 30% de femmes en leur sein.

Il s'agit là du contexte international qui a été l'un des motifs qui a conduit le constituant algérien à aller de l'égalité des citoyens devant la loi en tant que principe vers l'autonomisation politique de la femme pour combler l'écart et assurer un équilibre homme/femme pour aboutir à une égalité effective.

2) *Faiblesse de la représentation politique de la femme*

La représentation de la femme aux parlements et aux assemblées élues constitue un indicateur important retenu par l'OMD pour évaluer le degré de progrès des pays réalisé en matière d'autonomisation politique des femmes. Il constitue également l'un des objectifs majeurs du Programme d'action Pékin et des 8 objectifs de l'OMD.

L'évaluation de la situation en Algérie, avant l'amendement constitutionnel de 2008 et les élections législatives et locales de 2012, et comparativement aux taux de représentation des femmes aux parlements dans certains pays, notamment dans notre région, montre que les résultats étaient bien en-deçà des attentes, tant au niveau local que national.

Il ressort des tableaux ci-dessous que la représentation de la femme au Parlement est bien loin de l'égalité. Certains mandats ont connu une augmentation légère en termes de représentation, d'autres le contraire.

Développement de la représentation de la femme à la chambre haute du parlement avant 2012

législature	Nombre de député	Nombre de femmes à l'assemblée	Taux de participation de la femme
Conseil constitutif 1962	194	10	5.15%
Conseil national 1964	138	2	1.45%

Assemblée populaire nationale 1977 – 1982	261	9	3.45%
Assemblée populaire nationale 1982 - 1987	281	4	1.40%
Assemblée populaire nationale Assemblée populaire nationale 1987 – 1991	295	7	2.35%
Assemblée populaire nationale 1997 – 2002	380	12	3.15%
Assemblée populaire nationale 2002 – 2007	389	25	6.42%
Assemblée populaire nationale 2007 – 2012	389	31	7.96%

Ce tableau révèle que la progression de la représentation de la femme depuis l'indépendance jusqu'aux élections de 2007 n'était pas significative ni en nombre ni en proportion, car le conseil constitutif comprenait 10 femmes sur les 194 députés, soit un taux de 5.15%, 35 ans plus tard, après les élections législatives de 1997, l'Assemblée populaire nationale comprenait en son sein 12 femmes sur 389 députés, soit une augmentation de seulement deux femmes par rapport à 1962. L'augmentation réelle et significative durant les cinquante ans qui ont suivi l'indépendance, était celle de 2007, puisque l'Assemblée populaire nationale a vu l'arrivée de 31 femmes sur un ensemble de 389 députés, soit un taux de 7.96%.

La législature 1982 – 1987 a connu une baisse notable. Le nombre de femmes était de seulement 4 femmes sur 281 députés, soit un taux n'excédant pas 1.4%.

La même remarque enregistrée dans la chambre basse créée en vertu de l'amendement constitutionnel de 1996, où la représentation des femmes était aussi faible. En 2012, le nombre de femmes a atteint 7 femmes, toutes désignées par le président de la République au titre du tiers (1/3) présidentiel de la composition de cette chambre, alors qu'en 1998 la composition comprenait 8 femmes, 3 élues et 5 désignées. La baisse significative du nombre de parlementaire femmes était celle de 2006, où le Conseil de la Nation comptait 4 membres désignées sur 144 membres, soit un taux de 2.7%. (21)

Les femmes membres du Conseil de la Nation 1997 – 2009

Année	Nombre des membres du CN	Nombre de femmes membres	Taux
1997	144	8 (3 élues + 5 désignées)	5.55%
2006	144	4 (désignées)	2.7%
2009	144	7 (désignées)	4.86%

Comme on pourrait le constater en comparant la représentation des femmes dans les assemblées des autres pays de la région avant 2012, l'Algérie était en bas du classement des pays du Maghreb arabe. En Tunisie, à titre d'exemple, le taux de représentation de la femme au sein du conseil constitutif a atteint en 2011, un taux de 31% contre un taux de 17% au Maroc durant la même année. En 2006, l'Algérie s'est classée à la 119^{ème} place mondiale en termes de représentation de la femme au parlement. (22)

Il convient de noter que le déséquilibre hommes/femmes ne se limite pas au parlement, mais s'étant également au niveau local où le taux de représentation de la femme dans les assemblées élues durant cette période est resté faible tel qu'il ressort du tableau ci-après :

Taux de représentation de la femme dans les assemblées élues des communes et de wilayas de 1997 à 2007 :

Elections locales	Elections des assemblées communales			Elections des assemblées de wilayas		
	candidates	élues	taux	candidates	élues	taux
23 octobre 1997	1281	75	5.8%	905	62	6.8%
10 octobre 2002	3679	147	3.9%	2684	113	4.2%
29 novembre 2007	13981	1540	9%	1960	133	6.6%

Sans verser dans les détails, les chiffres mentionnés dans ce tableau montrent la faiblesse de la représentation des femmes dans les assemblées

élues locales. Un autre constat vient réconforter ce bilan, c'est celui dû à la difficulté que rencontre la femme pour accéder aux postes de décision sur le plan local, car le nombre de femmes à la tête des APC durant le mandat 2007 – 2012 était seulement de 3 sur un ensemble de 1541 communes sur le territoire national. Aucune femme n'a pris la présidence des 48 assemblées populaires de wilayas. (23)

Toutes ces données sur la place de la représentation de la femme, montrent l'existence de disparités significatives entre les deux sexes. L'autorité politique du pays, à sa tête le Président de la République Abdelaziz BOUTEFLIKA, a été amenée donc à procéder à des changements pour rehausser la place de la femme et lui assurer une plus grande représentation politique.

3. les engagements internationaux et continentaux :

Outre les instruments internationaux évoqués dans la première partie de cette étude, en particulier l'adoption par l'Algérie des plus importantes conventions internationales et des engagements qui y sont prescrits, notamment l'égalité entre les deux sexes, telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme adopté en 1963, les deux pactes internationaux sur les droits socio-économiques et culturels et celui des droits civils et politiques et le protocole en annexe adopté en 1989, la convention de CEDAW de 1979 ratifié par l'Algérie en 1996, la convention sur les droits politiques de la femme de 1952, adoptée en 2004, l'Algérie a également adhéré à la plupart des traités et chartes continentaux en Afrique relatifs aux droits politiques de la femme tel que la charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui prône le principe de parité entre les deux sexes.

Parallèlement aux textes, les chefs des Etats et gouvernements membres de l'Union africaine ne cessent de mettre l'accent, à chaque occasion, sur le principe de parité femme/ homme en Afrique. En 2004, à Addis- Abeba, une déclaration pour l'égalité du genre en Afrique a été adoptée. Ces engagements ont été un moteur puissant pour enclencher la mutation vers la parité entre les sexes et l'autonomisation de la femme.

4. la Conscience et la volonté des pouvoirs politiques vers l'autonomisation de la femme

La révision constitutionnelle de 2008 ne pourrait être considérée comme tournant décisif en matière d'autonomisation politique de la femme algérienne s'il n'y avait pas cette prise de conscience de la part des pouvoirs publics, en la personne du Président de la République M. Abdelaziz BOUTEFLIKA, de la nécessité de réduire les inégalités et de créer un équilibre dans l'exercice des droits politiques en augmentant la représentation de la femme dans les assemblées élues. Il est totalement admis que la contribution de la femme au développement ne peut se faire qu'en lui ouvrant la possibilité d'accéder aux fonctions de prise de décision notamment dans les assemblées élues, et qu'à travers, en priorité, son l'autonomisation politique, tout en étant conscient de la pesanteur des mentalités marquées par d'éventuels rejets ou hésitations, d'une part et de l'importance d'assurer une grande présence de la femme aux assemblées élues pour lui permettre de faire valoir ses potentialités, de participer pleinement au développement du pays et d'accroître son rôle dans le dialogue social, d'autre part. Dans un discours sur les réformes politiques, le président de la République a présenté la femme comme étant le nerf de toute réforme, en soulignant que soutenir la participation de la femme est en soi un soutien aux réformes. Il a réitéré, dans plusieurs de ses discours, l'importance de la mise en place du système genre dans l'action politique. (24)

5. la révision constitutionnelle de 2008

Les amendements du 15 novembre 2008 introduits à la Constitution algérienne ont formé un nouveau départ sur la question de l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes. Etant auparavant concentré sur les principes de non-discrimination entre les citoyens et d'égalité en droits, les dispositions constitutionnelles de l'article 34 bis (article 35 de la Constitution en vigueur), en introduisant l'idée de discrimination positive en faveur des femmes visant à réduire les disparités qui entravent son exercice de ses droits politiques, ont donc constitué un tournant important marquant le début d'une nouvelle approche sur le principe d'égalité. L'article dispose que « L'Etat œuvre à la promotion des droits politiques

de la femme en augmentant ses chances d'accès à la représentation dans les assemblées élues. Les modalités d'application de cet article sont fixées par une loi organique ».

Le Conseil constitutionnel, saisi de ce texte pour avis motivé, a considéré que cet article trouve sa pleine signification et motivation dans le paragraphe 8 du préambule de la Constitution et dans l'article 31 qui stipule que : « Les institutions ont pour finalité d'assurer l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens et citoyennes en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent la participation effective de tous, à la vie politique, économique, sociale et culturelle ».

L'article 31 bis a constitué donc le fondement constitutionnel essentiel à la loi organique n° 12 – 03 qui a fondé le système de quotas dans l'élargissement de la représentation de la femme dans les assemblées élues.

b- la loi organique n° 12-03 et les caractéristiques de l'application du système de quotas au profit de la femme en Algérie

L'année 2012 a constitué une étape importante dans l'histoire de l'Algérie qui a célébré, durant cette année, le cinquantième anniversaire de son indépendance, dans une conjoncture internationale marquée par les événements de ce que l'on a appelé le printemps arabe dans la région. C'est aussi l'année qui a vu l'adoption des lois dites de réformes. Dans son discours de mai 2011, le Président de la République a considéré que ces lois sont le noyau et le prélude à un nouveau contrat politique en Algérie qui fera l'objet de profondes réformes constitutionnelles visant à consolider la pratique démocratique et le renforcement de l'Etat de droit.

Parmi les lois sur les réformes, figure en bonne place, la loi organique fixant les modalités d'élargissement de la représentation des femmes dans les assemblées élues. Perçue comme un développement significatif allant dans le sens du renforcement de la représentation de la femme, ce texte organique a retenu expressément le principe de discrimination positive et de système de quota, sur le fondement de l'amendement constitutionnel de 2008. L'idée de quota a été soulevée par la commission mise en place par le Président de la République, chargée de l'élaboration d'un projet de loi organique visant l'élargissement de la représentation des femmes dans les institutions politiques, particulièrement les assemblées élues. Ladite commission, placée sous la conduite du Ministre de la Justice et sous la présidence d'une femme, en l'occurrence la Présidente du Conseil

d'Etat de l'époque, a proposé l'attribution d'un quota de 30% de sièges aux femmes dans toutes les assemblées élues. L'idée de quota n'a pas fait l'unanimité au sein des partis politiques, y compris parmi ceux représentés au parlement. Ces derniers ont fini par l'accepter, après hésitation. Néanmoins, un consensus a pu être dégagé ensuite au motif que le système de quota constitue le seul mécanisme à même de remédier rapidement aux disparités homme/ femme dans le domaine politique et de garantir l'autonomisation à la femme. (25)

- le contenu de la loi organique n° 12-03

L'article 2 de la loi organique fixe un pourcentage de femmes candidates sur les listes présentées soit au nom d'un parti politique, de plusieurs partis politiques ou de listes indépendantes selon le nombre de sièges à pourvoir au niveau de la circonscription électorale concernée, et selon qu'il s'agisse d'élections législatives, communales ou de wilayas.

S'agissant de l'élection des membres de l'assemblée populaire nationale, les taux sont :

- 20 % lorsque le nombre de sièges est égal à 4 sièges,
- 30 % lorsque le nombre de sièges est égal ou supérieur à 5 sièges,
- 35 % lorsque le nombre de sièges est égal ou supérieur à 14 sièges,
- 40 % lorsque le nombre de sièges est égal ou supérieur à 32 sièges,
- 50 % pour les sièges de la communauté nationale à l'étranger.

S'agissant des élections aux assemblées populaires de wilayas, les taux sont :

- 30 % lorsque le nombre de sièges est de 35, 39, 43 et 47 sièges,
- 35 % lorsque le nombre de sièges est de 51 à 55 sièges.

S'agissant des élections des assemblées populaires communales, un taux unique de 30 % a été fixé pour les communes situées aux chefs-lieux des daïras et au sein des communes dont le nombre d'habitants est supérieur à vingt mille (20.000) habitants.

S'agissant de la répartition des sièges, l'article 3 de la loi organique stipule que « Les sièges sont répartis en fonction du nombre de voix obtenues par chaque liste. Les proportions fixées à l'article 2 ci-dessus, sont obligatoirement réservées aux candidates femmes selon leur classement nominatif dans les listes ».

Une première lecture de cet article laisse apparaître une ambiguïté quant

à l'interprétation du mot « obligatoirement » et le lien qu'il peut avoir avec le classement nominatif dans les listes gagnantes. Cela signifierait-il l'obligation de répartir les sièges selon le nombre de voix obtenues par chaque liste, quel que soit le classement des candidates femmes dans chaque liste. Saisi dans le cadre du contrôle obligatoire de conformité à la constitution, le Conseil a retenu cette interprétation, en considérant que les dispositions de la loi organique, objet de saisine, s'inscrivent obligatoirement dans le sens de la promotion des droits politiques de la femme et non le contraire. Il ajoute que l'obligation de prévoir sur les listes électorales un nombre de femmes qui ne doit pas être inférieur aux taux fixés à l'article 2 ci-dessus, ne pouvait permettre l'élargissement des chances d'accès de la femme à la représentation aux assemblées que dans la mesure où le classement sur ces listes est conforme à l'esprit de la Constitution et que les modalités de répartition des sièges revêtent un caractère non discriminatoire à l'égard de la femme.

Dans le cadre toujours de l'élargissement des chances d'accès de la femme, l'article 6 de la loi organique susvisée dispose qu'il « est pourvu au remplacement du candidat ou de l'élue, par une personne de même sexe ».

Par ailleurs, l'article 5 prévoit que toute liste non conforme au quota attribué aux femmes est rejetée. En outre, la loi organique prévoit, en vertu des dispositions de l'article 7, des incitations financières aux profits des partis politiques sous forme d'aides financières de l'Etat qui leur seront accordées selon le nombre de candidates élues aux assemblées populaires communales, de wilayas et au Parlement. (26).

c. Effets de l'application du système de quota sur l'autonomisation politique de la femme :

a- dans les élections législatives de 2012 :

L'application de la loi organique n° 12-03 fixant les modalités augmentant les chances d'accès de la femme à la représentation dans les assemblées élues a conduit, grâce au système de quota, à l'augmentation de la représentation de la femme dans les assemblées élues. Ce système a été expérimenté, pour la première fois, lors des élections législatives du 10 mai 2012, les élections locales du 29 novembre 2012 et les élections législatives du 4 mai 2017.

A la faveur de cette loi organique, un saut qualitatif du taux de représentation de la femme à l'APN, a été enregistré. Sur les 462 sièges parlementaires,

146 sont revenus à la femme. Le taux de représentation de la femme est passé de 7.88%, soit 31 sièges lors des élections législatives de 2007, à 31.8%, soit 146 sièges en 2012. À l'échelle mondiale, l'Algérie est passée de la 122^{ème} place à la 25^{ème} place et a occupé la première place dans le monde arabe.

Les résultats de 2012 ont augmenté sensiblement la représentation de la femme au parlement après 50 ans d'indépendance. Sans le système de quota, la femme algérienne aurait pu attendre un autre demi-siècle ou plus pour atteindre ce nombre. Elle ne l'attendra peut-être jamais. (27)

La loi organique a donné, une seconde fois, ses fruits lors des élections législatives du 4 mai 2017. Des résultats similaires ont été obtenus, puisque le nombre des femmes élues s'est élevé à 119 femmes sur 462 députés, soit un taux de 25.76%. Malgré cette légère diminution du nombre des élues dû au climat de compétition différent entre les deux échéances, au nombre de listes en lice pour les deux élections et au mode de scrutin en vigueur, les résultats ont, dans les deux élections, démontré l'efficacité du système des quotas dans l'augmentation du taux de représentation des femmes au parlement.

b- dans les élections communales et de wilayas de 2012

Plusieurs enseignements ont pu être tirés des résultats des élections locales qui se sont déroulées sous le règne de la loi organique 12-03 susvisée.

S'agissant des élections communales, les femmes ont obtenu 4120 sièges sur les 24891 mis en compétition, passant ainsi de 9% en 2007 à 16.55% en 2012. Ces résultats, bien que n'ayant pas atteint le taux fixé par la loi organique, furent considérés comme un progrès significatif. Plusieurs facteurs n'ont pas permis une plus grande représentation : manque de candidates, mode de scrutin, répartition des sièges liée aux voix obtenues par les listes gagnantes.

Toutefois, il y a lieu de noter que le nombre de candidates est passé à 31 609 femmes sur un total de candidats de 185 187, soit une augmentation de 28 472 candidates par rapport à 2007.

Le résultat le plus significatif reste l'élection de 10 femmes à la tête des communes sur les 1541 communes, par rapport à 2007 où 3 femmes seulement avaient pris la tête des communes. Toutefois, ce taux reste faible. (28)

Les effets de la loi organique 12-03 étaient le plus palpables lors de l'élection des assemblées de wilayas ; 595 femmes ont été élues sur les 2004 sièges à pourvoir, soit un taux de 29.69% .Ce taux est proche du quota fixé par la loi. Quant aux organes exécutifs des assemblées de wilayas, et à l'instar des élections précédentes, les élections n'ont pas donné à l'élection d'une femme à la présidence de l'assemblée de wilaya dans l'ensemble des 48 wilayas.

De tout ce qu'il précède, il ressort que les chiffres et les analyses fournis montrent l'incidence de l'adoption du système de quota comme mécanisme permettant l'augmentation de la représentation de la femme dans les assemblées élues. C'est un indice important de l'autonomisation de la femme tel qu'il a été fixé par le Programme d'action de Pékin et la déclaration des objectifs millénaire pour le développement.

Troisièmement : consécration du principe de parité de genre dans la révision constitutionnelle de 2016

Après les progrès réalisés par la femme algérienne dans les domaines de la représentation et de l'autonomisation politique, à la faveur de la révision constitutionnelle de 2008 introduisant le fameux article 31bis, et la mise en application de la loi 12-03 susvisée, la révision constitutionnelle de 2016 vient ajouter une autre pierre à l'édifice de l'autonomisation de la femme, à travers la constitutionnalisation du principe de la parité entre les hommes et les femmes sur le marché de l'emploi et la promotion de la femme aux postes de responsabilités. Pourquoi a-t-on insérer cet article dans la révision constitutionnelle ? Quel est le contenu et le sens de l'article 36 ? Et comment peut-on le traduire dans les faits en droitset en stratégies politiques ?

1. les raisons de l'insertion de l'article 36 dans la révision constitutionnelle de 2016 :

L'égalité du genre et l'autonomisation de la femme constitue l'un des huit objectifs du Millénaire pour le développement. En 2010, un sommet mondial s'est tenu pour évaluer le taux d'avancement de ces huit objectifs, soit cinq 5 ans avant l'expiration du délai fixé à 2015 par le sommet du millénaire en 2000. Un programme d'action a été mis en place par le sommet en vue d'accélérer la réalisation des objectifs fixés. Dans une recommandation, il invite les pays à prendre des mesures garantissant la parité entre le genre dans l'éducation, la santé, sur le plan des opportunités économiques et la capacité de prise de décisions.

L'évaluation du 5^{ème} objectif a montré clairement que l'objectif du millénaire pour le développement qui a été atteint le moins atteint, dans le monde, est celui relatif à la parité entre le genre, au regard des trois indicateurs de l'objectif retenus, à savoir.

- le taux de femmes dans l'éducation et l'enseignement supérieur.
- la représentation de la femme au sein des parlements nationaux.
- le taux de femmes employées dans le secteur économique.

Le rapport général de 2010 a conclu qu'en dépit du progrès réalisé dans le domaine de l'éducation et la représentation politique de la femme, le progrès en matière d'emploi reste insuffisant. (30)

En Algérie, le rapport national de 2010 sur les objectifs du développement a évalué les trois indicateurs. Cette évaluation a montré une progression dans le domaine de l'éducation et de la santé, alors que le taux de présence de la femme, selon les deux autres indicateurs, était faible. Selon les mêmes indicateurs de 2016, à la veille de la révision constitutionnelle, et sur la base du rapport national sur les objectifs du millénaire pour le développement 2000-2015, on remarque que le secteur économique a connu le plus grand développement (l'éducation, l'enseignement supérieur et la santé) dans le domaine de la stratégie du genre puisque le taux de scolarité et de réussite des filles dépasse celui des garçons ces dernières années dans l'enseignement secondaire et universitaire. En 1999-2000, le taux de scolarité des filles au lycée a atteint 31.9%, le taux a atteint 51% en 2013-2014 devançant le taux de scolarité des garçons qui a atteint 41.2% pour les mêmes dates. Cela s'est reflété dans le taux de réussite au baccalauréat puisque le taux de réussite des filles est passé de 58% en 2000 à 67.8% en 2014. (31)

Dans l'enseignement supérieur, l'évolution du nombre et du taux des filles était important, comme l'indique le tableau suivant :

L'évolution du taux des femmes dans l'enseignement supérieur :

Le pourcentage des femmes %	2001	2005	2010	2014
Graduation	54%	56.8%	59.5%	61.1%
Post graduation	38.9%	44.8%	48.1%	53.1%
Diplômés	55.5%	60.4%	64.7%	63.3%

Cela démontre que les filles ont la capacité que leur offre les opportunités de l'autonomisation, et que les disparités entre le genre en termes d'éducation se sont considérablement réduites, et disparaîtront bientôt.

Aujourd'hui, la femme occupe le tiers 1/3 des sièges à l'APN, grâce à l'application du principe de la discrimination positive adopté suite à la révision constitutionnelle de 2008 et l'adoption du système de quotas des femmes après l'entrée en vigueur de la loi 12-03 fixant les modalités augmentant les chances d'accès de la femme à la représentation dans les assemblées élues. Il s'agit là d'un progrès significatif dont les résultats ne peuvent être éludés à l'avenir et grâce auxquels l'Algérie est passé de la 122^{ème} à la 25^{ème} place à l'échelle mondiale.

Toutefois, en matière économique où des possibilités existent pour l'accès de la femme au marché de l'emploi, l'Algérie a encore beaucoup à faire dans ce domaine, non seulement en termes de taux de femmes dans la catégorie de la population active, qui est l'une des plus faibles au monde et dans la région du Moyen-Orient et Afrique du nord (16.4% en 2015), comparativement au taux d'activité chez les hommes qui a atteint 66.8%. Le taux de chômage chez les femmes pour la même année a atteint 16.6% contre 9.9% chez les hommes. en 2015, le taux d'emploi a atteint chez la femme 13.8% contre 60.2% chez les hommes.

Ces chiffres indiquent l'existence de disparités significatives homme/ femme et ne traduisent pas la parité et l'énorme progrès de la femme dans l'indice de présence de la femme dans l'éducation et l'enseignement d'un part, et sa représentation politique au parlement, d'autre part.

La combinaison de ces facteurs a renforcé la conviction du Président de la République de la nécessité de donner un nouveau souffle à l'autonomisation des femmes dans la Constitution de 2016. Cela reflète ses convictions personnelles et ses engagements constitutionnels. Il ne cesse en effet, de rappeler à chaque occasion, à travers ses discours aux femmes à l'occasion de la journée mondiale de la femme, particulièrement celui de 2009, qu'il n'a depuis son investiture, jamais hésité à exercer la plénitude de ses attributions constitutionnelles pour promouvoir les droits de la femme et son autonomisation politique, économique et sociale. Pour traduire dans les faits cet engagement, il a procédé à la nomination de femmes à des postes, jusqu'à un passé récent l'apanage des hommes : tels que wali, ambassadeur, recteur, président d'un tribunal ou d'une cour et membre du gouvernement. Il a invité les membres du gouvernement à attribuer un taux raisonnable de postes de directeur central ou président d'établissement public à des femmes, en réponse à l'évolution de la place de la femme et son rôle dans tous les secteurs. Cette approche a été consacrée dans le projet de révision constitutionnelle voté et promulgué le 6 mars 2016. (33)

2. Lecture dans le contenu de l'article 36 de la constitution

L'article 36 de la constitution stipule : « L'Etat œuvre à promouvoir la parité entre les hommes et les femmes sur le marché de l'emploi. L'Etat encourage la promotion de la femme aux responsabilités dans les institutions et administrations publiques ainsi qu'au niveau des entreprises ». L'analyse de l'alinéa premier de cet article soulève l'idée de la parité comme mécanisme permettant d'atteindre l'égalité des genres. L'Etat œuvre à promouvoir cette parité. Le Constituant consacre la responsabilité de l'Etat dans la promotion de la parité, à travers la prise de toutes les dispositions nécessaires : l'adoption de textes législatifs et réglementaires et de politiques publiques, la réquisition de moyens matériels et humains pour promouvoir la parité des genres.

L'Etat œuvre à promouvoir la parité progressivement. L'intention du constituant de consacrer la parité ne se traduit pas uniquement à travers une loi ou un décret. Plusieurs obstacles doivent être levés, particulièrement le changement des mentalités hostiles à ce principe et l'ouverture d'un débat auquel participeront tous les acteurs : l'Etat et ses institutions, le parlement, la société civile et les experts, pour s'inspirer des bonnes pratiques dans ce domaine au double plans intérieur et extérieur et adopter une stratégie nationale permettant de mettre en œuvre la parité.

A travers l'article 36 alinéa premier, le constituant vise la concrétisation de la parité sur le marché de l'emploi. Autrement dit, à l'avenir, la politique de l'emploi doit prendre en considération le principe de parité dans les postes à pourvoir. Le constituant entend en effet, insérer la dimension genre dans la politique d'emploi. Il s'agit là d'une grande évolution, sans précédent dans l'histoire de l'Algérie, dans le système constitutionnel et législatif du pays. De plus, la volonté du constituant prend en considération plusieurs données et réalités dont la plus importante est que cette disposition constitutionnelle, concrétisée par des dispositions législatives et des bonnes pratiques, confortera le système de quota pour l'autonomisation de la femme au sein des assemblées élues. Le Constituant entend en effet, franchir un pas en avant et relever le niveau d'ambition pour dépasser le taux de 30% dans le domaine de l'emploi de la femme à l'avenir. Cela constitue, évidemment, une réponse à une réalité sociale, à savoir le nombre élevé de femmes dans la société et son autonomisation dans les secteurs de l'éducation et de l'enseignement supérieur en particulier. Il est tout à fait naturel que le taux de demande d'emploi soit plus élevé chez les femmes et qu'il est par conséquent évident qu'il leur soit accordé un nombre conséquent de postes ouverts.

Le constituant a retenu pour cette formule dans l'alinéa premier de l'article 36 de la constitution et n'a pas adopté celle de l'avant-projet de la révision constitutionnelle dont la formulation était faite par le comité des cinq 5 experts. L'alinéa premier de l'article 31bis stipule : « *l'Etat œuvre à la promotion de la parité entre les hommes et les femmes comme objectif principal* » en mettant en place les législations, les textes et les mécanismes qui établissent la parité dans la politique de l'emploi.

- s'agissant de l'alinéa 2 de l'article 36 : « *L'Etat encourage la promotion de la femme aux responsabilités ...* ». Dans cet alinéa et contrairement à l'alinéa précédent, la responsabilité de l'Etat est d'encourager la promotion de la femme aux responsabilités soit dans la fonction publique ou dans le secteur économique, au niveau central (directeurs centraux aux ministères, directeurs des établissements économiques ou sous-directeurs) ou au niveau locale et sectoriel. L'accès des femmes aux postes de responsabilité est complexe et régi par plusieurs facteurs, souvent liés à la discrimination à l'égard des femmes et pouvant, dans de nombreux cas, être renvoyer à la réticence des femmes à accepter la responsabilité à cause de leur situation sociale et de la difficulté de concilier fonction supérieure et vie familiale. Compte tenu de cela, le constituant a employé « l'Etat encourage » au lieu de « l'Etat œuvre », en éliminant tout ce qui entrave l'accès de la femme aux responsabilités dans les institutions et administrations publiques ou au niveau des établissements économiques.

La question qui se pose est de savoir quel est le mécanisme adéquat pour promouvoir la femme aux responsabilités ? L'Etat doit-il recourir au mécanisme des quotas pour atteindre l'égalité des chances des hommes et femmes dans ce domaine ou va-t-il recourir à d'autres méthodes et mécanismes ?

Le constituant a laissé le champ ouvert à la réflexion et au débat pour prendre la décision adéquate et efficace sur cette question. Nous sommes ici pour extrapoler les autres expériences et les bonnes pratiques. Si on regarde les expériences européennes, on remarque que la majorité des grands pays européens a opté pour le mécanisme de quotas des femmes. La Norvège était le premier pays à imposer un taux de femmes dans des postes de leader dans les sociétés à travers une loi promulguée en 2003 et mise en œuvre en 2006, où la femme doit représenter un taux minimale de 40% des membres du conseil d'administration dans les grandes sociétés. En France, une loi a été promulguée en janvier 2011 obligeant les grandes sociétés à octroyer 40% des sièges de leurs conseils d'administrations aux femmes. La loi a prévu un délai de 6 ans pour sa mise en œuvre.

L'Espagne, quant à elle, a adopté le principe de parité à travers des règles

juridiques disposant que les conseils d'administration des entreprises cotées en bourse ou celles employant plus de 250 employés doivent être composées sur la base d'égalité entre les sexes. Elles ont défini un objectif principal d'atteindre 40% de femmes aux conseils d'administration en 2015. Pour atteindre cet objectif, et afin de les motiver, le gouvernement espagnol leur donner la priorité dans l'Exécution des contrats d'approvisionnement et les projets gouvernementaux. En Island, une loi a été promulguée en 2013 et qui est toujours en vigueur imposant le taux de 40% de femmes dans le conseil d'administration de toute entreprise employant plus de 50 travailleurs. En Belgique, la loi promulguée en 2011 impose aux entreprises privées ou celles soumises au contrôle gouvernemental que le taux de représentation de la femme dans leur conseil d'administration soit d'un tiers. Les Pays-Bas a défini en 2015 par la loi le taux obligatoire de 30% de la représentation de la femme dans les conseils d'administrations des entreprises cotées en bourse ou celles qui emploient plus de 250 travailleurs. L'Italie a aussi imposée par la loi, en début de 2015, que la femme soit représentée dans les conseils d'administration des entreprises cotées en bourse ou soumises au contrôle du gouvernement par un taux minimal d'un tiers 1/3. En Allemagne, la loi du quota des femmes a été promulguée en début de 2016 définissant un taux obligatoire de la présence des femmes dans les conseils d'administration des grandes et moyennes entreprises dans des postes de leader estimé à 30%.

3. Quel est l'outil juridique pour l'application de l'article 36 de la Constitution?

L'outil juridique qui a été utilisé pour la promotion de la représentation de la femme dans les assemblées élues peut-il être appliqué pour œuvrer à promouvoir la parité entre les hommes et les femmes dans le marché de l'emploi et promouvoir l'accès de la femme aux responsabilités dans les institutions et administrations publiques et dans les entreprises ?

Il convient de noter que le constituant n'a pas précisé dans l'article 36 de l'outil juridique des modalités d'application de cet article, contrairement à ce qu'il fait en 2008 à l'occasion de la révision constitutionnelle quand il a constitutionalisé l'article 31bis relatif à l'élargissement des chances d'accès de la femme aux assemblées élues, en renvoyant son application à la loi ordinaire. On constate que le progrès constitutionnel qui découle de la révision constitutionnelle de 2016 n'a renvoyé à aucun texte les modalités d'application de cet article, ce qui soulève la question suivante : est-ce que les modalités d'application de cet article relèvent du domaine d'intervention du Président de la République

à travers son exercice du pouvoir réglementaire que lui confère l'article 143 alinéa premier de la constitution qui dispose : « *Les matières, autres que celles réservées à la loi, relèvent du pouvoir réglementaire du Président de la République* », ou bien la volonté du constituant va au-delà de l'aspect formel des modalités de l'application de l'article 36, la raison pour laquelle la constitution n'a pas fait référence à un outil juridique précis pour mettre cet article en application et que le constituant n'a pas cité intentionnellement l'outil afin de matérialiser ce progrès constitutionnel qu'incarne la parité et la promotion de l'accès de la femme aux responsabilités exige une mûre réflexion et l'élaboration d'une stratégie nationale qui comprend :

- Un volet législatif et réglementaire qui relève du domaine d'intervention du parlement soit en votant pour l'introduction d'amendements dans les lois en vigueur qui s'y rapportent telles que le statut général de la fonction publique, le code du travail, le code de commerce régissant les entreprises ou la création des lois spécifiques comme la France avec la loi parités hommes-femmes ou bien l'Espagne, ainsi que l'intervention du Président de la République dans l'exercice du pouvoir réglementaire.
- Un volet institutionnel à travers la création d'institutions destinées à promouvoir la parité homme femme et d'un observatoire national pour le suivi et l'évaluation de l'état d'avancement de cette stratégie nationale.
- Un volet qui concerne la politique générale à l'échelle national, local ou sectoriel pour réformer le déséquilibre entre les deux sexes, réduire les disparités et atteindre finalement la constitutionnalisation de la parité entre les genres sur le marché de l'emploi, objectif du constituant.

En ce qui concerne l'encouragement de la promotion de l'accès des femmes aux responsabilités dans les institutions et administrations publiques, et au regard des autres expériences, notamment les pionnières, le législateur peut-il recourir au principe de la discrimination positive, et en particulier au système des quotas? Lors de notre examen des bonnes pratiques et des expériences pionnières, il ressort de l'analyse du contenu de l'article 36 alinéa 2 que les pays qui ont connu des avancées dans ce domaine ont introduit le système des quotas dans leurs lois pour promouvoir la présence de la femme dans des postes de leaders et de responsabilité au sein des administrations et entreprises. On peut ajouter à ces données l'étude présentée par l'Organisation de Coopération et de Développement Economique OCDE sur la discrimination contre la femme au monde, qui a introduit dans l'indicateur des entreprises sociale et l'égalité des genres « SIGI » l'exigence du quota dans les législatives aux niveaux local et national comme l'un des variables prise en considération pour mesurer le taux de discrimination contre la femme dans 160 pays, outre le taux de représentation de la femme au parlement.

Conclusion

A travers l'expérience algérienne en matière de présence de la femme sur le marché de l'emploi comme nous le verrons dans les deux prochaines interventions du professeur LAOUICI et Dr. MSERATI, il convient de dire qu'un progrès considérable a été enregistré, plus encore, des secteurs comme l'éducation, la santé et la justice sont en voie de féminisation, mais si on compare ce que représente la femme dans la société et le haut taux de femmes dans l'éducation, et l'enseignement supérieur, il reste beaucoup à faire pour promouvoir la femme sur le marché de l'emploi, et concorder sa présence en société et sa présence sur le marché de l'emploi et dans le secteur économique en particulier, source de la richesse. L'accès de la femme aux postes de responsabilité nécessite d'entreprendre des pas courageux en matières législatives, réglementaires et politiques.

Nous avons besoin de connaître les expériences des autres dans ce domaine, en particulier les expériences de ceux qui ont inclus dans leurs constitutions et mis en pratique ces principes. Dans cet esprit, outre les textes qui sont d'une importance majeure, nous aurons besoin de la jurisprudence des cours et conseils constitutionnels dans ce domaine.

Enfin, nous aspirons à ce que notre rencontre soit une des séries de dialogue sur ce sujet important dans notre région et dans l'espace au sein duquel nous tenons cette rencontre.

Nous aspirons surtout à ce que cette tribune et toutes les conclusions et recommandations qui s'en résultent soit une introduction d'un débat national, son starter est ce progrès constitutionnel qu'incarne l'article 36 de la constitution, qui rassemblera tous les acteurs : l'Etat et ses institutions, les partenaires sociaux, les associations de la société civile, les partis politiques, les médias et les compétences nationales qui s'intéressent au sujet, afin de réaliser l'égalité entre les citoyens telle consacré par la constitution en éliminant les disparités et en remédiant aux difficultés, pour l'autonomisation politique, économique et sociale de la femme et son accompagnement pour contribuer conjointement avec l'homme dans la réalisation du développement. Le développement et la progression de notre pays est notre plus cher désir.

Merci pour votre attention.



СОДЕРЖАНИЕ

**ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО НА XXII ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Гагик Арутюнян Председатель Конституционного Суда Республики Армения	5
--------------------------------------------------------------------------------------	---

**ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА НА XXII ЕРЕВАНСКОЙ
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ**

Хердис Кьерульф Торгеирсдоттир Вице-председатель Венецианской комиссии	12
----------------------------------------------------------------------------------------	----

Матиас Кислер Чрезвычайный и Полномочный Посол Федеративной Республики Германия в Республике Армения	20
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Наталия Вутова Руководитель Представительства Совета Европы в Армении	24
---------------------------------------------------------------------------------------	----

**ДОКЛАДЫ НА XXII ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ
КОНФЕРЕНЦИИ**

Кристоф Дегенхарт Роль конституционных судов в разрешении споров между конституционными органами	29
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Жан-Поль Морман, Жан-Тьерри Дебри Конституционный Суд Королевства Бельгия как арбитр конституционных конфликтов	40
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Томислав Стойкович Конституционный Суд Сербии в конституционных конфликтах с регулярными судами: опыт Конституционного Суда Республики Сербия	51
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Игорь Рогов Конституционный Совет Республики Казахстан в системе разделения ветвей властей	73
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Сергей Маврин	
Роль Конституционного Суда Российской Федерации в урегулировании конституционных конфликтов	79
Альвина Гюлумян	
Конституционные споры и роль Конституционного Суда в сравнительном аспекте (Тезисы доклада)	93
Инета Зиемеле	
Роль конституционного суда в защите конституционной идентичности	97
Чолпон Осмонова	
Роль Конституционной палаты Верховного Суда Кыргызской Республики в преодолении конституционных конфликтов в системе органов государственной власти	104
Петр Миклашевич	
Государственная власть: конституционно-правовое регулирование	112
Могоенг Могоенг	
Роль конституционных судов в преодолении конституционных конфликтов	117
Феликс Тохян	
Роль и полномочия органов конституционного правосудия в решении компетенционных споров (практика Армении и международный опыт)	126
Десанка Лопичич	
Роль Конституционного Суда Черногории в защите правопорядка	135
Ханифа Беншabanэ	
Роль конституционных судов в преодолении конституционных конфликтов	144

CONTENTS

OPENING SPEECH AT THE XXII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Gagik Harutyunyan	
President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia	5

WELCOMING SPEECHES AT THE XXII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Herdís Kjerulf Thorgeirsdóttir	
Vice-President of the Venice Commission	12
Bernhard Matthias Kiesler	
Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of the Federal Republic of Germany in the Republic of Armenia	20
Natalia Voutova	
Head of the Council of Europe Office in Armenia	24

REPORTS ON THE XXII YEREVAN INTERNATIONAL CONFERENCE

Christoph Degenhart	
The Role of Constitutional Courts in Conflicts between Constitutional Bodies	29
Jean-Paul Moerman, Jean-Thierry Debry	
The Constitutional Court of the Kingdom of Belgium as the Arbiter of Constitutional Conflicts	40
Tomislav Stojkovic	
The Constitutional Court of Serbia in Constitutional Conflicts with Ordinary Courts: Experience of the Constitutional Court of the Republic of Serbia	51

Igor Rogov The Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan in the System of the Separation of Powers	73
Sergey Mavrin The Role of the Constitutional Court of the Russian Federation in Resolving Constitutional Conflicts	79
Alvina Gyulumyan Constitutional Conflicts and Role of the Constitutional Court in Comparative Perspective (Thesis of the report)	93
Ineta Ziemele The Role of the Constitutional Court in Protecting the Constitutional Identity	97
Cholpon Osmonova The Role of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic in Overcoming Constitutional Conflicts in the System of the Bodies of State Power	104
Petr Miklashevich State Power: the Constitutional-Legal Regulation	112
Mogoeng Mogoeng The Inseparability of a Separation of Powers-Sensitive Approach from Fierce Independence	117
Felix Tokhyan The Role and Powers of the Bodies of Constitutional Justice in Resolving Competence Disputes (Armenia's practice and international experience)	126
Desanka Iopičić Role of the Constitutional Court of Montenegro in the protection of the legal order	135
Hanifa Benschabane The Role of the Constitutional Courts in Overcoming Constitutional Conflicts	144



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)

A. HAKOBYAN (Head of the group)

И. ДАНИЕЛЯН
Н. АЛЕКСАНИЯН
Н. ХАЧИКЯН
Г. ОГАНЕСЯН
С. ГРИГОРЯН

I. DANIELYAN
N. ALEXANYAN
N. KHACHIKYAN
G. HOVHANNISYAN
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>