

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран молодой демократии

Выпуск 1(43) 2009

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2009

Председатель редакционного совета

Г.Г. Арутюнян
Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Редакционный совет:

А.М. Нурмагамбетов
член Конституционного Совета Республики Казахстан

Б. Гарибов
судья Конституционного Суда Азербайджанской Республики

Ч.А. Мусабекова
судья Конституционного Суда Кыргызской Республики

А.А. Абдуллаев
судья Конституционного Суда Республики Таджикистан

Ю.В. Баулин
судья Конституционного Суда Украины

А.Г. Тиковенко
судья Конституционного Суда Республики Беларусь

А.С. Янученко
судья Конституционного Суда Республики Молдова

Н.С. Бондарь
судья Конституционного Суда Российской Федерации

Ответственный секретарь

И.В. Даниелян

ISSN 18290125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию

Первая Всемирная конференция органов конституционного правосудия. 22-24 января 2009г. <i>Южно-Африканская Республика (Кейптаун)</i>	7
Арутюнян Г. Конституционное правосудие и развивающееся общество	10
Зорькин В. Права человека в контексте глобальной юриспруденции	25
Каракамышева Т. Конституционная жалоба как процедурное и правовое орудие развития конституционного правосудия	45
Лапинскас К. Влиятельное конституционное правосудие, его воздействие на общество и развитие всемирной юриспруденции в области прав человека	60
Мацейкова И. Воздействие Конституционного Суда Республики Словакия на мониторинг правовой системы Словакии	72
Миклашевич П. Влияние конституционного правосудия на общество в Республике Беларусь	80
Ненадич Б., Вучич О. Влияние деятельности Конституционного Суда на общество	84
Папуашвили Г. Проблематические аспекты взаимоотношений конституционных судов и судов общей юрисдикции	101
Пулбере Д. Воздействие конституционной юрисдикции на общество	116
Рамос М. Конституционные права человека в Португалии	127

Рибичич С. Усиление конституционной демократии	140
Рогов И. Конституционная юстиция в Казахстане	155
Стрижак А. Защита прав и свобод человека и гражданина как основное направление деятельности Конституционного Суда Украины	159
Сыдыкова С. Практика конституционного правосудия в Кыргызской Республике	166
Арутюнян Г. Обобщение на основе обсуждений национальных докладов	171
Заключительная декларация	177

Информации, факты, сообщения

Председатель КС РА Г. Арутюнян – лауреат премии “Фемида”	183
--	-----

Contents

From the materials of World conference on constitutional jurisdiction

First World conference of the bodies of constitutional jurisdiction. 22-24 January 2009. Republic of South Africa (Cape Town)	7
Harutyunyan G. Constitutional jurisprudence and developing society	10
Zorkin V. Human rights in the context of global jurisprudence	25
Karakamisheva T. Constitutional Complaint-Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice	45
Lapinskas K. Influential Constitutional Justice – Its Influence on Society and on Developing a Global Jurisprudence on Human Rights	60
Macejkova I. Influence of the Constitutional Court of the Slovak Republic on the monism of the Slovak legal system	72
Miklashevic P. Influence of the constitutional jurisdiction on the society of the Republic of Belarus	80
Nenadic B., Vucic O. The impact of the practice of the Constitutional Court on society	84
Papuashvili G. Problematic aspects of interrelations between the constitutional and ordinary courts	101
Paulbere D. Influence of constitutional jurisdiction on the society	116

Ramos M. The Portuguese human rights constitutional law	127
Ribičič C. Strengthening Constitutional Democracy	140
Rogov I. Constitutional jurisdiction in Kazakhstan	155
Strijac A. Defense of human rights and freedoms of a citizen as the main direction	159
Sidikova S. Practice of the constitutional jurisdiction in Kyrgyz Republic	166
Harutyunyan G. Summary based on national presentations	171
Final declaration	177

Information, facts, announcements

President of the RA CC G. Harutyunyan - laureate of the award "Femida"	183
--	-----

Первая Всемирная конференция органов конституционного правосудия. 22-24 января 2009г. Южно-Африканская Республика (Кейптаун)*

С 22 по 24 января 2009 года в Южно-Африканской Республике (Кейптауне) по инициативе органов конституционного правосудия, Конституционного Суда Южно-Африканской Республики и Венецианской комиссии Совета Европы состоялась I Всемирная конференция органов конституционного правосудия.

В Конференции приняли участие делегации конституционных судов 93 стран мира. Настоящая Конференция особенная не только тем, что она исторически первая и ознаменовала новый этап международного сотрудничества в этой области, но и тем, что около 400 представителей разных континентов в течение трех дней смогли обсудить те проблемы, выяснить те первоочередности гарантирования верховенства Конституции, которые имеют жизненно важное значение для стабильного и гармоничного развития социального общества.

На пленарном заседании 23 января после приветственного слова Президента Южно-Африканской Республики с докладами выступили председатели восьми региональных и лингвистических групп, выступления которых обусловили общую направленность последующих обсуждений.

Органы конституционного контроля стран молодой демократии представил Председатель Международной конференции этих стран, Председатель Конституционного Суда Республики Армения, профессор Г. Арутюнян докладом "Конституционное правосудие и развивающееся общество" (доклад помещен в интернет-сайтах Венецианской комиссии и Конституционного Суда РА).

* В настоящем выпуске публикуются некоторые материалы Всемирной конференции по конституционному правосудию.

Отдельные выступления были представлены также от имени Конференции европейских конституционных судов, Международной конференции конституционных судов франкоязычных стран, конференций конституционных судов африканских, азиатских, арабских, латиноамериканских стран.

После общего обсуждения представленных докладов были организованы особые обсуждения на уровне семи региональных и лингвистических групп, результаты которых избранные от каждой группы докладчики 24 января представили на пленарном заседании Всемирной конференции. Органы конституционного правосудия стран молодой демократии и европейских стран организовали обсуждения в объединенной группе.

Председатель Конституционного Суда РА 24 января на пленарном заседании Конференции выступил с обобщением устных и письменных докладов, представленных в объединенную группу делегациями почти 40 стран. В обобщении Г. Арутюнян не только представил особенности международного опыта конституционного контроля за последнее столетие, но и, обращаясь к современным вызовам, раскрыл основные тенденции системного развития в перспективе, ответил на многочисленные вопросы представителей разных стран.

Первая Всемирная конференция по конституционному правосудию, высоко оценив результаты трехдневных обсуждений, а также необходимость дальнейшего углубления международного сотрудничества в этой сфере, в частности, решила:

во-первых, придать важность последующему углублению сотрудничества органов конституционного правосудия и периодической организации всемирных конференций;

создать постоянно действующее бюро Всемирной конференции по конституционному правосудию, в составе председателей действующих восьми региональных и лингвистических групп;

во-вторых, включить в этот состав также представителя Венецианской комиссии и продолжить активное сотрудничество с Комиссией;

в-третьих, поручить бюро в течение ближайших трех лет подготовить Вторую всемирную конференцию по конституционному правосудию, конкретизировав направленность тематических обсуждений, место и сроки проведения.

Г. Арутюнян

*Председатель Конституционного Суда
Республики Армения,
Председатель СССОСҮД*

Конституционное правосудие и развивающееся общество

Уважаемые участники Всемирной конференции!

Хочу, в первую очередь, приветствовать проведение I Всемирной конференции институтов судебного конституционного контроля и поблагодарить Венецианскую комиссию Совета Европы, а также Конституционный Суд Южной Африки за эту инициативу, имеющую огромное значение для обобщения векового опыта конституционной юстиции и определения приоритетов ее развития в новом тысячелетии.

I. Вводная информация

Я представляю Международную конференцию органов конституционного контроля стран молодой демократии. Это, в основном, страны постсоветского пространства. Мы активно сотрудничаем также со многими странами Восточной и Центральной Европы. Наша Конференция, начиная с 1997 года, каждый год совместно с Венецианской комиссией Совета Европы в Ереване проводит международную конференцию по актуальным проблемам конституционной юстиции. Материалы этих конференций в виде ежегодника рассылаются в 107 стран мира и многим международным организациям. Нами издается также ежеквартальный международный вестник "Конституционное правосудие". За 10 последних лет вышли в свет 40 номеров вестника. В них были опубликованы статьи, комментарии, заметки около 200 видных специалистов из тридцати стран мира, касающиеся самых актуальных проблем кон-

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию

ституционной юстиции. На страницах вестника своими размышлениями с читателями поделились председатели и судьи конституционных судов 25 стран, Председатель и многие члены Европейского суда по правам человека, эксперты Венецианской комиссии Совета Европы и других европейских институций, члены Международной ассоциации конституционного права. Наши читатели имели возможность постоянно общаться с такими рубриками, как: актуальные проблемы судебного конституционного контроля; из практики конституционного правосудия; из судебной практики Европейского суда по правам человека; обзор решений конституционных судов разных стран; конституционализм и развивающиеся демократия; дискуссионные проблемы; актуальная информация и др.

II. Основные особенности конституционной юстиции в условиях системной трансформации

Анализ практики конституционного правосудия в странах новой демократии свидетельствует, что для них характерны несколько существенных особенностей:

Первое, все они функционируют в условиях системной недостаточности. Политическая институционализация общества находится в процессе становления. Низка дееспособность конституционных институтов власти. Законодательные пробелы являются существенными стимуляторами теневых процессов. Недостаточен уровень конституционного правосознания.

Второе, конституционные пробелы и системная неполноценность механизмов конституционного контроля не создают необходимых и достаточных предпосылок для полноценного гарантирования самодостаточности Конституции.

Третье, проявляется определенный антагонизм между конституционным судом и другими институтами власти, которым порою трудно смириться с независимой функциональной ролью конституционных судов. Из-за этого зачастую возникает дефицит адекватного восприятия легитимности в обществе места и роли конституционных судов как власти, наделенной функциями контроля над конституционностью функционирования всех институтов власти, в том числе наделенных первичным мандатом.

Четвертое, в посткоммунистическом пространстве новые конституции с их ценностно-методологическими особенностями появились практически в условиях вакуума. Это относится как к понятийному аппарату, так и к общественному восприятию конституционных ценностей и принципов правового, демократического государства. На конституционные суды была возложена тяжелейшая обязанность внедрения в реальную жизнь конституционных положений, раскрытия живого характера Конституции.

Пятое, во многих наших странах сами конституционные суды находятся в процессе функционального и институционального становления. Нет необходимой сбалансированности между конституционными функциями и конкретными полномочиями этих судов, между объектами и субъектами судебного конституционного контроля. Системный характер конституционного контроля, взаимодействия всех конституционных институтов в обеспечении верховенства Конституции нуждаются в дальнейшем укреплении.

Шестое, роль и влияние конституционных судов, безусловно, обусловлены общим уровнем демократии в данном обществе. Вместе с этим в странах развивающейся демократии конституционные суды играли и продолжают играть исключительно важную роль в утверждении конституционной демократии и обеспечении стабильного развития общества. Лишь факт их присутствия стал существенным сдерживающим фактором против антиконституционных проявлений. Но более существенными оказались принципиальные решения конституционных судов за последние 10-15 лет относительно защиты прав человека и установления конституционной демократии в наших странах.

Организаторы нашей конференции в заранее подготовленном вопроснике, в первую очередь, спрашивают: были ли в вашем суде дела, решения по которым имели огромное значение для общества? Без сомнения, можно перечислить десятки таких решений в странах молодой демократии, где каждый день продолжается борьба между инерцией старой системы и ростками нового правового мышления. Принципиальные позиции наших конституционных судов не только стали прочной опорой гарантирования верховенства права и за-

щиты прав и свобод человека, но и сыграли посильную роль в конституционном развитии общества. Наглядным примером может служить Армения, где доктринальные подходы Конституционного Суда имели принципиальное значение в осуществлении конституционных реформ 2005 года, особенно по укреплению конституционных основ обеспечения верховенства права.

III. Новые требования к системному развитию конституционной юстиции

Уважаемые коллеги!

Процессы глобализации, новые общечеловеческие угрозы, системные кризисы в экономике свидетельствуют, что не только в странах молодой демократии, но и перед всем человечеством встала неотложная задача укрепления созидательного потенциала социального развития. XXI век выдвигает новые вызовы динамичному развитию общества, обеспечению верховенства основополагающих конституционных ценностей и принципов. В условиях системной социальной нестабильности **конституционная юстиция становится одним из ключевых звеньев иммунной системы общественного организма**. Перед конституционными судами стоят огромные задачи конституционализации общества, обеспечения права человека на конституционное правосудие, проведения конституционной диагностики в стране, разрешения многих проблем трансформации, формирования конституционной культуры нового тысячелетия.

Для успешной реализации своих функций сама система судебного конституционного контроля нуждается в дальнейшем функциональном и институциональном совершенствовании. Анализ практики существующих ныне в мире 110 конституционных судов, а также других институций в этой области показывает, что конституционное правосудие переходит на качественно новый уровень системного развития. Сегодня на первый план выдвигается проблема последовательной и системной реализации основополагающих конституционных ценностей в общественной практике. А это требует новых подходов обеспечения целостности функциональных полномочий конституционных су-

дов, укрепления функциональных, институциональных, материальных и социальных гарантий их независимости, совершенствования процессуальных основ конституционной юстиции, внедрения надежных механизмов реализации правовых позиций конституционных судов как источника права.

Изучение процессов конституционного развития в мире приводит к выводу, что человечество в определенной мере приближается к проблеме формирования **качественно новой иммунной системы общественного организма**. Весь XX век убедительно доказал, что **вера, традиции, нравственные нормы, вся ценностная система общественного поведения, иные механизмы системной самозащиты неполноценно обеспечили динамический баланс и устойчивость развития общества в условиях новых реалий**.

В новом тысячелетии конституционный контроль становится одним из стержневых элементов самозащиты гражданского общества и правового государства.

С точки зрения полноценной конституционной диагностики принципиальное значение имеет и другой вопрос. Большинство стран конституционно установили приверженность к демократическим, правовым общечеловеческим ценностям, заложили институциональный фундамент правового государства. **Насколько эти ценности, принципы и механизмы приобрели реальное содержание в общественной жизни?** Это принципиальный вопрос не только с позиции правовой практики, но и имеет более широкий и глубоко научный характер. Одной из основных задач транзитологии является именно выявление общих тенденций и логики проявления этих процессов.

Результаты нашего анализа показывают, что картина зачастую тревожная. Они свидетельствуют о том, что в условиях общественной трансформации правовые принципы в определенной мере деформируются в реальной жизни и не являются доминирующими характеристиками социальной действительности.

Основными проявлениями иррациональных процессов в конституционной практике являются:

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию

- искаженные представления о демократии и ценностной системе правового государства¹;
- усилия превратить различные институты власти, прессу и средства массовой информации в орудие властвования;
- сращение власти и теневой экономики и этим путем, с одной стороны, перерастание коррупции в основной капитал власти, с другой стороны - политизация теневой экономики;
- формирование новой и наиболее опасной среды ограничения прав и свобод человека и гражданина через появление некой среды страха, недоверия, безнадежности, безнаказанности, укоренения политического и бюрократического цинизма, которые порою преподносятся в демократической упаковке.

И количественный, и качественный анализ существующих реалий в переходных странах свидетельствует, что в процессе общественной трансформации путем слияния политической, экономической и административной сил формируется признак некой "корпоративной демократической системы", которая своим характером искажена, игнорирует принцип верховенства права, основана на теневой экономике и реалиях концентрации власти.

Самая большая угроза корпоративной демократии заключается именно в том, что общественная система оказывается в паутине хронической иммунной недостаточности. С первого взгляда, под общественной стабильностью скрывается воспроизводство подвергшихся мутации ценностей, что более опасно, чем любая другая общественная болезнь.

Для переходных стран наибольшей опасностью является не то, что достижения в сфере конституционной демократии скромны. Еще опаснее, когда основополагающие конституционные ценности в общественной практике, деформируясь, постепенно подвергаются мутации и начинают воспроизводиться как таковые. Главная задача конституционной диагностики переходных стран - своевременное выявление, пре-

¹ Об этом свидетельствуют также используемые политиками и некоторыми исследователями в последнее время такие понятия, как "переходная демократия", "национальная демократия", "частичная демократия", "управляемая демократия", "суверенная демократия" и т.д.

дупреждение и предотвращение возникновения подобных явлений. А для этого как обязательное условие необходимо заложить действенную систему конституционного надзора и контроля, считая главной задачей всех органов государственной власти в рамках своих компетенций внесение реального вклада в гарантирование верховенства Конституции. Только так возможно превратить Конституцию в живую реальность и обеспечить серьезные положительные результаты в деле становления конституционной демократии в стране.

Вместе с этим сегодня можно без сомнений сказать, что конституционная культура многих стран постсоветского пространства приобретает больше прагматизма, реализма и рационализма. А общество, в свою очередь, стало более подготовленным быть носителем конституционных свобод. Можно также констатировать, что сложилось определенное общественное согласие вокруг базовых конституционных ценностей. Опираясь именно на это, необходимо дать новое дыхание системному развитию конституционализма во всех странах молодой демократии.

Последовательное конституционное развитие, стабильный динамизм этого процесса, эволюционность преодоления тенденций критического накопления отрицательной общественной энергии и, вследствие этого, недопущение трансформационных социальных катаклизмов должны стать достойным и очень полезным примером для развития конституционализма в странах молодой демократии. Мудрость творцов Конституции и институтов, обеспечивающих ее развитие и живой характер, заключается именно в том, чтобы в динамике достичь постоянного, рационального согласия ценностно-сбалансированных конституционно-правовых отношений, минимизировать их внутренние противоречия.

Сегодняшний **“трансформационный конституционализм”** постепенно приобретает системно-целостный характер, все больше охватывает правосознание общества, процесс правотворчества, правоприменительную практику, формирует образ жизни миллионов людей. Конституция перестает быть сугубо политической декларацией, все больше проявляется юридическая природа Основного Закона переходных стран.

А это свидетельство формирования новой конституционной культуры в обществе, конституционной культуры 21-ого века.

VI. Общие тенденции конституционного развития в мире

В плане формирования и развития конституционной культуры наблюдается ряд устойчивых и общих тенденций конституционного развития в мире:

1. Все более доминирующими становятся демократические конституционные ценности. Принципы правового, демократического государства приобретают системный характер. Конституционные изменения и дополнения направлены на ограничение власти, децентрализацию политической, экономической и административных сил и одновременно на укрепление гарантий и расширение возможностей институтов самоуправления.

2. Принцип верховенства права приобретает реальное содержание, приводятся в соответствие основные конституционные принципы и конкретные механизмы конституционных правоотношений, повышаются требования к усилению конституционной ответственности.

3. Углубляется процесс конституционализации общественных систем, основные конституционные права и свободы человека и гражданина приобретают непосредственно действующий характер, определяют смысл и содержание власти, укрепляются конституционные гарантии их защиты. Конституционные определения о достоинстве личности как источнике ее прав и свобод, а также о характере непосредственного действия конституционных прав приобретают общепризнанное системообразующее содержание.

4. Последовательно конкретизируются функциональные полномочия институтов государственной власти, и они приводятся в соответствие с функциями ветвей власти, укрепляются гарантии независимого осуществления этих полномочий. Приобретает системный характер сбалансированность функциональных, противовесных и сдерживающих конституционных полномочий, разделение властей осуществляется на более конкретной критериальной основе, обеспечивая динамичную функциональную сбалансированность различных

ветвей власти. Функционирование институтов государственной власти больше базируется на принципах сотрудничества и взаимодействия.

5. Закрепляется целостный конституционный механизм выявления, оценки и восстановления нарушенного функционального конституционного баланса институтов власти с целью последовательного укрепления иммунной системы общественного организма, усиливаются механизмы внутриконституционной самозащиты, укрепляются гарантии конституционной стабильности.

6. Параллельно с углублением правовой глобализации наблюдается устойчивый поиск механизмов сочетания универсальных ценностей с национальными особенностями. Принципы и нормы международного права на основе общих ценностей, стандартов и позиций играют все более возрастающую роль в национальных правовых системах. Меняются также характер и функции государства и права. Происходит интернационализация права. Укрепляются основы единой европейской системы конституционализма, идея надгосударственной европейской конституции приобретает реальный облик. В континентальной правовой системе физическое лицо становится субъектом международного права, а международная судебная практика в определенной мере становится важнейшим прецедентным институтом.

Естественно, приведенные обобщения не исчерпывают все основные тенденции конституционного развития в современной мире, однако представляют основную суть и логику происходящих процессов, при этом констатируя, что верховенство права утверждается на основе высокой правовой и конституционной культуры. Правовая глобализация на европейском уровне создала все необходимые предпосылки, чтобы без всякого сомнения утверждать, что формируется некая новая система права - права цивилизованных народов.

V. Система конституционного правосудия в Армении

1. Конституционные основы

Первые пять статей Конституции Армении устанавливают: Республика Армения - суверенное, демократическое, со-

циальное, правовое государство (ст. 1); власть в Республике Армения принадлежит народу (ст. 2); человек, его достоинство, основные права и свободы являются высшей ценностью. Государство обеспечивает защиту основных прав и свобод человека и гражданина в соответствии с принципами и нормами международного права. Государство ограничено основными правами и свободами человека и гражданина, являющимися непосредственно действующим правом (ст. 3); выборы Президента Республики, в Национальное Собрание, органы местного самоуправления, а также референдумы Республики Армения проводятся на основе всеобщего, равного, прямого избирательного права тайным голосованием (ст. 4); государственная власть осуществляется в соответствии с Конституцией и законами - на основе разделения и баланса законодательной, исполнительной и судебной властей (ст. 5).

Статья 93 Конституции определяет, что конституционное правосудие в Республике Армения осуществляется Конституционным Судом.

В соответствии со статьями 94 Конституции полномочия и порядок формирования Конституционного Суда устанавливаются Конституцией, а порядок его деятельности устанавливается Конституцией и Законом о Конституционном Суде.

На основе статьи 100 Конституции Конституционный Суд в установленном законом порядке:

1) определяет соответствие Конституции законов, постановлений Национального Собрания, указов Президента Республики, постановлений Правительства, Премьер-министра, органов местного самоуправления;

2) определяет до ратификации международного договора соответствие Конституции закрепленных в нем обязательств;

3) разрешает споры, связанные с результатами референдумов;

3.1.) разрешает споры, связанные с решениями, принятыми по результатам выборов Президента Республики и депутатов;

4) признает непреодолимыми или устраненными препятствия, возникшие для кандидата в Президенты Республики;

5) дает заключение о наличии оснований отрешения от должности Президента Республики;

б) дает заключение о невозможности исполнения Президентом Республики своих полномочий;

7) дает заключение о прекращении полномочий члена Конституционного Суда, относительно его ареста, привлечения в качестве обвиняемого, а также возбуждения в отношении него вопроса о привлечении к административной ответственности в судебном порядке;

8) дает заключение об основаниях отрешения от должности руководителя муниципалитета;

9) в предусмотренных законом случаях выносит постановление о приостановлении или запрещении деятельности партии.

После конституционных реформ 2005 года, когда существенно расширился круг субъектов, имеющих право обращаться в Конституционный Суд, статья 101 устанавливает, что в Конституционный Суд в порядке, установленном Конституцией и Законом о Конституционном Суде, могут обращаться:

1) Президент Республики - в случаях, предусмотренных пунктами 1, 2, 3, 7 и 9 статьи 100 Конституции;

2) Национальное Собрание - в случаях, предусмотренных пунктами 3, 5, 7 и 9 статьи 100 Конституции;

3) не менее чем одна пятая часть депутатов - в случаях, предусмотренных пунктами 1 и 3 статьи 100 Конституции;

4) Правительство - в случаях, предусмотренных пунктами 1, 6, 8 и 9 статьи 100 Конституции;

5) органы местного самоуправления - по вопросу соответствия Конституции нормативных актов государственных органов, нарушающих их конституционное право;

б) каждое лицо - по конкретному делу, когда есть окончательный акт суда, исчерпаны все средства судебной защиты и оспаривается конституционность примененного к нему этим актом положения закона;

7) суды и Генеральный прокурор - по вопросам конституционности положений нормативных актов, касающихся конкретного дела, находящегося в их производстве;

8) Защитник прав человека - по вопросам соответствия положениям главы 2 Конституции нормативных актов, перечисленных в пункте 1 статьи 100 Конституции;

9) кандидаты в Президенты Республики и в депутаты - по вопросам, касающимся их в контексте пунктов 3.1. и 4 статьи 100 Конституции.

Конституционный Суд рассматривает дело только при наличии соответствующего заявления.

На основе статьи 102 Конституционный Суд принимает постановления и заключения в сроки и порядке, установленные Конституцией и Законом о Конституционном Суде.

Постановления и заключения Конституционного Суда окончательны и вступают в силу с момента опубликования.

Конституционный Суд своим постановлением может ускоривать более поздний срок утраты правовой силы нормативного акта или его части, который не соответствует Конституции.

По вопросам, предусмотренным пунктами 1-4 и 9 статьи 100 Конституции, Конституционный Суд принимает постановления, а по вопросам, предусмотренным пунктами 5-8 статьи 100 Конституции, дает заключения. Заключения и постановления по вопросам, предусмотренным пунктом 9, принимаются не менее чем двумя третями голосов от общего числа его членов, а остальные постановления принимаются большинством голосов от общего числа его членов.

Если заключение Конституционного Суда является отрицательным, то вопрос снимается с обсуждения компетентного органа.

2. Законодательные основы и практика конституционного правосудия

После конституционных реформ 2005 года Национальное Собрание Армении приняло новый Закон о Конституционном Суде, проект которого был обсужден и одобрен Венецианской комиссией Совета Европы.

Согласно положениям первой статьи данного Закона, Конституционный Суд - высший орган конституционного правосудия, обеспечивающий верховенство и непосредственное действие Конституции в правовой системе Республики Армения. При осуществлении конституционного правосудия Конституционный Суд независим и подчиняется только Конституции.

Закон предусматривает также основные принципы (ст. 5,

19-24) и особенности конституционного судопроизводства (ст. 68-80).

Статья 19 данного Закона, в частности, устанавливает, что все обстоятельства дела Конституционный Суд выясняет по должности, не ограничиваясь ходатайствами, предложениями участников конституционного судопроизводства, представленными ими доказательствами и другими имеющимися в деле материалами.

В течение последних трех лет Конституционный Суд рассмотрел в десятки раз больше дел по конституционности законов, чем за предыдущие 10 лет. Это во многом обусловлено тем, что с июля 2006 года был практически внедрен институт индивидуальной жалобы.

Только в 2008 году в Конституционном Суде было зарегистрировано 899 обращений, из которых 855 - индивидуальные жалобы. Примерно 9 процентов этих жалоб были приняты к рассмотрению в отношении конституционности нормативных актов. На основе обращений 18 граждан оспариваемые нормы законов были признаны Конституционным Судом антиконституционными.

Решения Конституционного Суда стали основой существенного реформирования судебной системы, процессуального законодательства по гражданскому, уголовному и административному судопроизводству, Избирательного кодекса Армении, социального законодательства, а также имели принципиальное значение в укреплении правовых основ защиты права человека на собственность, совершенствовании законодательства и устранении законодательных пробелов в других сферах общественной жизни.

Хорошим примером может стать то обстоятельство, что в Парламенте Армении в 2008 году была создана специальная группа парламентариев, которая на основе каждого решения Конституционного Суда рассматривает вопросы возможных законодательных изменений для реализации правовых позиций Конституционного Суда. Только в декабре 2008г. на основе законодательной инициативы этих парламентариев были внесены существенные поправки в Судебный кодекс, в Кодексы гражданского и уголовного судопроизводства, что обеспечило выполнение постановлений Конституционного

Суда под номерами 754, 758 и 767. Этим же было обеспечено нормальное функционирование института новых обстоятельств, были установлены необходимые гарантии доступности и эффективности правосудия.

Достоин внимания и то обстоятельство, что в 2007 году группа граждан инициировала процесс поддержки и обеспечения выполнения решения Конституционного Суда по защите их права на собственность. А это решение коснулось интересов тысяч людей.

Конституционный Суд рассмотрел также много дел относительно избирательных споров, где многие проблемы возможно преодолеть только в результате определенных системных реформ.

Приведенные выше конституционные нормы свидетельствуют, что одной из основных функций Конституционного Суда должно стать обеспечение непосредственно действующих прав человека и гражданина. В этом плане, как было отмечено, в Армении был сделан значительный шаг вперед после конституционной реформы 2005 года. С внедрением института индивидуальной жалобы существенно углубился процесс конституционализации общественных отношений, а конституционные жалобы стали мощным институтом конституционной диагностики нашей правовой системы.

В то же время практика показывает, что существует реальная опасность деградации института индивидуальной жалобы из-за необеспечения системности при внедрении данного института.

Основной причиной ущербности индивидуальной жалобы в нашей системе является то, что в Армении каждое лицо может представить в Конституционный Суд индивидуальную жалобу только по вопросу конституционности примененного в отношении него положения закона. Однако как поступить в том случае, когда, к примеру, конституционное право человека поправно не по причине неконституционности нормы закона, а по причине неправильного толкования и применения данной нормы судебной практикой. В практике Конституционного Суда РА много дел, когда норму закона истолковал Кассационный Суд, акт которого не является предметом рассмотрения в Конституционном Суде по вопросу его конституционности, а

это толкование не только становится причиной попирания конституционных прав, но и превращается в источник права.

Системный характер внедрения института индивидуальной жалобы, тенденции развития конституционного правосудия во многих странах, особенно в Германии, Австрии, Испании, в странах Восточной Европы свидетельствуют о том, что объектом индивидуальной жалобы должны стать все нормативные акты, в том числе и окончательные акты судов. Без этого невозможно также преодолеть конституционно-правовые пробелы, которые могут воспроизводиться в искаженной форме, когда они преодолеваются на уровне судебной практики судов общей юрисдикции, оценка конституционности которой выведена за рамки конституционного контроля. Однако в данном случае необходимо исходить из принципа самоограничения, чтобы конституционные суды не стали новой инстанцией судов общей юрисдикции.

Практика нашего Конституционного Суда свидетельствует о том, что в Армении дальнейшие шаги по совершенствованию системы индивидуальной жалобы должны исходить из того основного принципа, что все акты, действия и бездействия конституционных институтов должны стать объектом конституционного контроля, а все конституционные институты должны иметь право обращения в Конституционный Суд в соответствии с Конституцией и Законом о Конституционном Суде. Это является стержневым направлением развития системы конституционного контроля в европейских странах за последние 50-60 лет. Только так можно гарантированно обеспечить верховенство и прямое действие Конституции.

Благодарю за внимание.



В. Зорькин

*Председатель Конституционного Суда
Российской Федерации*

Права человека в контексте глобальной юриспруденции

В декабре 2008 года человечество отметило 60-летие принятия Всеобщей декларации прав человека - первого универсального международного акта, в котором государства мирового сообщества согласовали, систематизировали и провозгласили основные права и свободы, которые должны быть предоставлены каждому человеку на земле.

Содержание прав и свобод, пути их реализации и механизм защиты заняли приоритетное место в Конституции России, что прямо вытекает из положения Всеобщей декларации прав человека 1948 г. о необходимости обеспечения того, чтобы в каждом государстве "права человека охранялись властью закона". Этот принцип конституирован в качестве одной из основ конституционного строя нашей страны. Согласно Конституции человек, его права и свободы являются высшей ценностью.

Юбилей Всеобщей декларации совпал с 15-летием принятия Конституции России.

Пятнадцать лет со дня принятия Конституции Российской Федерации можно охарактеризовать как сложный, противоречивый, а порой мучительный процесс становления в России новой государственности на фоне глобальных вызовов и угроз, с которыми столкнулось человечество.

Несмотря на все испытания, связанные с попытками расшатать целостность страны, ввергнуть ее в пучину этнических, конфессиональных и территориальных конфликтов, российский федерализм выстоял и укрепился.

Экономические потрясения дефолта десятилетней дав-

ности и начавшийся глобальный финансовый кризис не сломали и не сломят основу социального государства России.

Преодолевая правовой нигилизм, коррупцию, организованную преступность, а также противоречия в формировании независимой судебной власти, Россия пробивается к реализации принципа правового государства.

В соответствии с Конституцией Российская Федерация основана на принципах верховенства права и юридического равенства, на признании человека, его прав и свобод как высшей ценности, на принципах демократии и разделении властей. Тем самым государство введено в поле права и должно действовать как правомерный субъект. Не может быть внеправового государственного резона. Конституционный Суд всегда был против этого.

Интересы личности - это и есть интересы государства. "Не лица - для учреждений, а учреждения - для лиц". В этом суть правового государства.

Там источник силы цивилизованного государства.

Россия вновь становится сильным государством, способным защитить себя и своих соседей от любых форм агрессии. Иным в современном мире российское государство быть не может. Все крупнейшие мировые аналитические центры предрекают, что в ближайшие десятилетия мир будет жить в условиях постоянной угрозы ядерной войны, возрастающей вероятности возникновения конфликтов из-за энергоресурсов, продовольствия и воды, в условиях стратегического соперничества, связанного с торговлей, инвестициями, техническими инновациями, в условиях непрекращающейся военной конкуренции. На этом фоне терроризм все чаще будет выступать как инструмент ведения новых форм войны и разрешения конфликтов. При этом, как показали события в Мумбаи, субъекты, использующие теракты, могут оставаться неочевидными.

Не надо быть пророком, чтобы понять, что главной конституционной проблемой для государства в этих условиях станет разрешение противоречия между обязанностью гарантировать права и свободы человека и гражданина, с одной стороны, и необходимостью обеспечивать национальную безопасность - с другой.

Жизнь показывает, что современное конституционное правосудие стало тем универсальным правовым механизмом, который сдерживает всплеск всех видов радикализма, исходя, с одной стороны, из принципа соблюдения национального суверенитета, понимания национальных особенностей, а с другой - из выполнения тех международных обязательств, которые стали составной частью правовой системы национальных государств, понимания общности цивилизации. Такой подход свойствен всему современному конституционному правосудию в мире.

Здесь важна интеграция усилий. Только вместе, сообща, можно наращивать процесс отстаивания конституционных принципов. Эти принципы в разных конституционных судах конкретизируются по-разному, но они одни и те же в своем ядре. Обсуждая общее и различное, мы определяем магистральный путь развития. И свернуть с общего пути практически невозможно. Общий процесс тебя обязательно подхватит и поведет туда, куда надо. Одному суду, изолированному от своих коллег в других странах, крайне трудно существовать и тем более развиваться в современном мире. Один суд - это все равно что государство за железным занавесом.

Судебная практика многих конституционных судов, особенно в Европе, безусловно обнаруживает тенденцию к конвергенции, по крайней мере в отношении защиты прав человека и основных свобод. В основе данной тенденции лежат, как представляется, несколько объективных факторов.

Во-первых, это общность или значительное сходство многих из тех прав человека и основных свобод, которые провозглашены международными (включая региональные) актами о правах человека, с одной стороны, и современными национальными конституциями, с другой стороны, и соответственно защищаются в судебной практике конституционных судов.

Во-вторых, это общность или значительное сходство общих принципов судебной защиты прав, находящие отражение в организации и осуществлении собственно конституционного судопроизводства во многих странах.

В-третьих, это определенное унифицирующее влияние, которое оказывают на национальную практику конституционных судов международные суды, имеющие компетенцию в отно-

шении жалоб на нарушение прав человека и основных свобод, в частности в Европе - Европейский суд по правам человека.

Наконец, в-четвертых, это достаточно активно ведущийся, по крайней мере в Европе и странах молодой демократии, обмен опытом национального конституционного судопроизводства, включая сюда и проводимые многими судами исследования зарубежной судебной практики.

Можно предполагать, что по мере расширения контактов между региональными организациями (группами) конституционных судов и взаимного обогащения уже региональными традициями конституционного судопроизводства будут возникать необходимые предпосылки для межрегиональной конвергенции и, хотя бы пока только по некоторым направлениям, глобальной конвергенции судебной практики конституционных судов. Объективно это будет способствовать постановке и обсуждению вопроса о возможной будущей глобальной юриспруденции по правам человека.

Несколько слов о возможной роли органов конституционного правосудия в выстраивании реального соотношения компетенции внутригосударственных и межгосударственных судов по обычным (не относящимся к компетенции конституционного суда) делам. Так, в Страсбургском суде количество споров граждан с Россией возрастает, хотя пропорционально населению их там не так уж и много. Связано это во многом с тем, что имеются определенные недоработки в системе инстанций судов общей юрисдикции, а также в механизме возмещения вреда в результате нарушения разумных сроков правосудия, выявленные Конституционным Судом. И теперь, после наших решений, усилия по устранению этих недоработок во внутригосударственном правовом поле предпринимаются, и надеюсь, уже в этом году дадут результат.

Поэтому именно от страны, от того, как она использует внутренние возможности по удовлетворению права граждан на судебную защиту, зависит реальное выстраивание соотношения по обычным делам между компетенцией судов страны и международной юрисдикцией, при безусловной константе прав граждан. А увидеть и средствами конституционного правосудия представить такие внутренние возможности - во многом задача конституционных судов.

Идеалы и принципы Всеобщей декларации прав человека изменили характер международных отношений и наполнили содержанием стремление человечества к свободе и к достоинству. Человечество далеко продвинулось по пути, предначертанному Декларацией. Вместе с тем в борьбе за права человека и право как таковое мировое сообщество и суверенные государства столкнулись с новыми вызовами и угрозами, такими как новые формы терроризма, распространение оружия массового уничтожения, расползание и укоренение транснациональных преступных сетей, наркобизнеса, голод и нищета, инфекционные болезни и экологическая деградация, межгосударственные и внутренние вооруженные конфликты.

10 декабря 2008 г. на торжественном пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН, посвященном 60-летию Всеобщей декларации прав человека, в видеопослании его участникам Генеральный секретарь Пан Ги Мун заявил, что подготовленная в период крайней разрухи и лишений после второй мировой войны и Холокоста Декларация отражает стремление человечества к процветанию, уважению достоинства всех и к мирному сосуществованию.

"С тех пор мы прошли длинный путь. Однако реальность заключается в том, что мы не оправдали надежд, закрепленных в Декларации, - по крайней мере, все еще не оправдали", - отмечается в видеопослании.

Глава ООН обратил внимание на грубые нарушения прав человека во всем мире, а также на чрезвычайную нехватку продовольствия и глобальный финансовый кризис, которые имеют огромные негативные последствия для реализации прав человека, включая право на развитие.

Пан Ги Мун подчеркнул, что сегодня во многих странах продолжают политические репрессии, торговля людьми и эксплуатация детей.

Генеральный секретарь призвал всех жителей планеты не закрывать глаза на страдания других - на бедность, репрессии и притеснения. "На нас возложена коллективная ответственность - отвергать безразличие. Права человека - неделимые и взаимосвязанные - должны объединить весь мир на основе солидарности", - подчеркнул глава ООН.

Многие эксперты обоснованно полагают, что мировой финансово-экономический кризис крайне негативно скажется на развитии всех новых вызовов и угроз. Прогнозируется гиперувеличение потоков незаконных мигрантов из стран Африки в Европу. Ведь в результате кризиса под угрозой полного прекращения оказались гуманитарные программы продовольственной и медицинской помощи голодающим и жертвам региональных конфликтов. Там, где растет нелегальная миграция, всегда увеличивается торговля людьми. Причем, в условиях кризиса этот процесс может проходить в самых бесчеловечных формах.

Кризис будет способствовать обострению всех территориальных, межэтнических, межконфессиональных конфликтов в регионах, где катастрофически не хватает продовольствия и пресной воды.

Следствием кризиса будет рост преступности в странах ЕС, СНГ и США. Очевидно, что часть людей, за время экономического бума привыкших к определенному уровню комфорта, будет пытаться его сохранить, добывая недостающие для этого материальные и финансовые ресурсы незаконными способами.

Мировое сообщество ищет пути выхода из кризиса. Правительств всех стран вырабатывают антикризисные меры. С программным заявлением по преодолению последствий финансово-экономического кризиса выступил Президент России Дмитрий Медведев. Он предложил в том числе упорядочить и привести в систему национальные и международные институты регулирования, упрочить легитимность этих институтов, повысить прозрачность финансовой деятельности, укрепить систему управления рисками.

Возникшие проблемы носят интернациональный характер. Они требуют разработки и внедрения новых "критических технологий" в политике, экономике и в праве. Именно для решения этих проблем Россия предлагает изменить глобальную финансовую архитектуру, пересмотреть роль действующих институтов и создать новые международные институты и адекватное правовое регулирование на основе гармонизированной системы международных и национальных стандартов в деятельности участников финансовых рынков.

Строительство новой финансовой архитектуры потребует принципиально новых международных и национальных правовых решений, многие из них могут в общественном мнении выглядеть непопулярными.

Потребуется и новый взгляд на многие привычные правовые и экономические категории с позиций защиты прав человека.

Мировой финансово-экономический кризис, если его рассматривать с точки зрения экономиста, прежде всего - результат нарушения законов экономики. Вместе с тем этот кризис свидетельствует о деформации принципов права, имеющей место как в законодательстве, регулирующем экономику, так и в соответствующей правоприменительной практике в финансово-экономической сфере. Прежде всего, речь идет о неадекватной реализации формального равенства (или правовой справедливости) и вытекающего из него юридического эквивалента как универсальных императивов права. Последовательная реализация этих универсальных регулятивных принципов придает собственно правовой характер экономике.

Очевидно, законодатели не смогли предусмотреть надлежащие юридические формы (включая и меры ответственности), рассчитанные на такие кризисы. В свою очередь, политики, экономисты и юристы не проявили должного профессионализма, чтобы своевременно предусмотреть и предотвратить нынешний кризис. С юридической точки зрения, реальная угроза финансово-экономической пандемии - результат различного рода отклонений от принципа верховенства права в экономике, в рамках отдельных государств и на глобальном уровне. Это и неэффективные нормативные правовые акты, и непрофессиональные и неправомерные действия чиновников, должностных лиц и корпораций, включая сомнительные и незаконные финансовые пирамиды - как внутригосударственные, так и транснациональные. Все это вместе взятое привело к неадекватной конкретизации правовых принципов применительно к сфере регулирования современной экономики и финансов, к деформации прав и обязанностей субъектов экономических отношений, включая государства и международные финансовые институты.

Особенно серьезные проблемы могут возникнуть в сфере обеспечения социально-экономических прав граждан. В условиях кризиса практически невозможно обеспечить положение, когда все категории граждан, все слои населения будут удовлетворены теми или иными политико-экономическими решениями правительств. Важно, чтобы государство обеспечивало разумный баланс и соразмерность между решениями, принимаемыми в целях выхода из кризиса и стабилизации финансов и экономики, и фундаментальными правами и свободами граждан, закрепленными во Всеобщей декларации прав человека и национальных Конституциях.

Кризис обнажил также несостоятельность классической либеральной доктрины права как такого формального равенства (равенство между деянием и воздаянием перед единой для всех нормой свободы), которое в сфере социальных отношений не предполагает какого-либо собственно правового корректирования с учетом социальных и биологических различий людей как субъектов права. С этой доктриной связано представление о том, что социальные права не являются правами в строгом смысле и что социальная политика - это лишь исходящая из политической целесообразности благотворительность и вспомоществование бедным со стороны государства за счет богатых.

Между тем формальное равенство в его двух аспектах - как справедливости уравнивающей и справедливости распределяющей - логически предполагает преодоление исходного фактического неравенства путем создания равенства стартовых возможностей в использовании прав и свобод. Эта идея все более находит понимание в условиях современных глобальных процессов, когда стало ясно, что традиционные - гражданские и политические - права человека недостаточны для реализации его способностей как разумного существа, обладающего свободой воли.

По смыслу российской Конституции, социальная политика, основанная на принципе социального государства, - это не произвольная по своей природе благотворительная деятельность, движимая нравственным чувством сострадания к социально незащищенным слоям. Это конституционно-правовая обязанность государства гарантировать и защищать

социальные права в качестве основных и неотчуждаемых прав на основе правовой справедливости (так называемой распределяющей или пропорциональной справедливости), предполагающей правовую всеобщность и формальное равенство.

Исходя из этого, общество (в лице государства) с помощью соответствующих компенсаторных механизмов обеспечивает наиболее слабым членам равенство стартовых возможностей в реализации основных прав и свобод. Данная деятельность, предполагающая также возможность законодательного ограничения более сильных субъектов (в том числе посредством налоговых инструментов), не должна быть произвольной и продиктованной лишь соображениями политической целесообразности или моральным чувством сострадания и взаимопомощи. Это позволяет на основе принципа юридического равенства, конкретизируемого в содержании правового регулирования на каждом новом историческом этапе развития с учетом возможностей человечества, посредством соответствующих компенсаторных механизмов корректировать исходное фактическое неравенство и создавать для социально и биологически слабых субъектов равенство стартовых возможностей в пользовании правами. Иначе преимущество более "сильных" возрастает не вследствие собственных усилий и предприимчивости, таланта и заслуг, а за счет доставшихся им ресурсов (эффект "накопленного преимущества"). Тем самым искажается действительный смысл и распределяющей справедливости, и справедливости уравнивающей, т.е. юридического равенства в целом как основного принципа всего правового регулирования. В результате общество попадает в "ловушку неравенства". Такое регулирование не гарантирует эффективную защиту интересов людей и неспособно обеспечить выживание и развитие цивилизации.

Ныне конституционно-правовая доктрина и практика призваны обеспечить истолкование и реализацию принципа юридического равенства применительно к сфере социальных прав и их содержанию с учетом конкретных социальных условий, вызовов и угроз.

Эта задача стоит и перед конституционным правосудием.

Истолкование положений о социальном государстве, о юридическом равенстве и справедливости (в ее двух ипостасях - "уравнивающей" и "распределяющей") в регулировании, обеспечении и защите социальных прав позволило Конституционному Суду России выработать правовые позиции, имеющие существенное значение для законодательного регулирования общественных отношений в сфере социальной защиты и проведения единой социальной политики.

Острота событий предопределяет применение адекватных правовых методов и доказывает несостоятельность формалистической (коренящейся в юридическом позитивизме) трактовки права, в которой право отождествляется с законом. Как показывает исторический опыт, на практике это порождает убеждение, будто любое повеление власти, облеченное в форму закона, становится правом. В регулировании экономики такое пренебрежение принципами права приводит к волюнтаризму.

В период кризиса стали очевидны издержки доктрин и их последствия в профессиональной деятельности, трактующих право как "чистую" форму в отрыве от ее содержания и не учитывающих взаимосвязь юриспруденции и экономики как прикладных наук, что по существу ведет к игнорированию системного подхода как методологической основы профессионализма.

Есть профессиональные рамки, которые надо уважать. Выход за такие рамки - любимое занятие дилетанта. Профессional - будь то экономист или юрист - отвергает дилетантизм и ценит высокую профессиональную компетентность. Но представим себе, что начинается извержение вулкана. А вы живете в Помпее, то есть прямо под этим вулканом. Вы чувствуете толчки землетрясения и понимаете, что нечто задевает вашу личную судьбу, судьбу вашего любимого города. Вы обеспокоено спрашиваете, что это. А вам отвечают: "Это вас не касается - профессиональная проблема находится в компетенции вулканологов".

Есть мировые процессы, обладающие определенной динамикой.

Можно говорить, что эти процессы цикличны, и описывать конкретные циклы. Кто-то считает, что все развивается

только по закону циклов. А кто-то (а можно верить) верит в великую новизну, приносимую историей. Лично я склоняюсь ко второй версии с ее верой в провозвестие и истину. И именно эту версию я считаю и научно достоверной, и отвечающей чувству великой правды, свойственному человеку верующему.

Но каковы бы ни были процессы - они предполагают некий ритм, в котором спокойствие сменяется беспокойством, стабильность - потрясениями. Великая китайская мудрость гласит: "Не дай бог жить в эпоху перемен". Но у каждого свое время. И кому-то предначертано жить в эпоху перемен, "в минуты роковые", как говорил великий русский поэт и политический деятель Федор Тютчев.

Эпоха стабильности характеризуется определенными разграничениями между прерогативами тех или иных профессий. Нестабильность же, не отменяя самого разграничения, придает ему совершенно другой характер.

Юриспруденция эпохи нестабильности и юриспруденция эпохи стабильности по-разному подходят к проблеме профессиональной компетенции. Юрист, следящий за правовыми нормами, соблюдаемыми в острой фазе того или иного переходного процесса, перестав отдавать себе отчет в том, что он имеет дело с определенным процессом, перестанет быть юристом. И станет никчемным, никому не нужным буквоедом, не способным помочь людям решить их проблемы, смягчить потрясения, заковать хаос, погасить дух распри, вспыхнувшей в человеческих умах и сердцах. Здесь невольно всплывает образ "игры в бисер" как доведенный до гротеска способ жизни касты рафинированных профессионалов, созданный в известном романе Хермана Хессе.

Можно любить право и даже поклоняться ему. Но никогда нельзя забывать, что не человек для права, а право для человека. Если в мире протекают острые процессы, то наш подход к правовым нормам и правовым механизмам должен, как минимум, учитывать эти процессы, предполагая, что они являются контекстом для нашего законодательного действия. А как максимум - включать сам процесс в диалектику осуществляемого законотворчества.

Но и в том, и в другом случае надо понимать процесс. И

если даже этот процесс запущен механизмами, которые находятся за рамками твоей профессиональной компетенции, ты не можешь не экстраполировать свою компетенцию на процессы, которые требуют от тебя нового понимания. А значит, в каком-то смысле тебя профессионально начинают интересовать и эти самые механизмы, всегда казавшиеся чуждыми и далекими.

Та нестабильность, в которой нам предстоит вершить правовые деяния, порождена мировым финансовым кризисом. Его дитя - нестабильность - уже вносит поправки в наше профессиональное самочувствие, характер подхода, тип инструментальности, нюансировку и прочее. Но не будем забегать вперед и всего лишь сверим часы в условиях, когда они стали и быстрее, и тревожнее тикать.

Что показывают эти часы? И где сейчас проходит разумная и функционально обоснованная граница между профессиональным и человеческим, понятийным и общесистемным, частным и общим, корпоративным и мировоззренческим?

Мировой финансовый кризис, потрясший мир, уже назван кризисом доверия.

В прямом и буквальном смысле слова речь идет о доверии вкладчика к банку, где он размещает деньги. Ни один банкир не может вести дело в условиях, когда каждый его вкладчик прибежит к нему и одновременно потребует отдать деньги. Но если распространить слух (пусть и абсолютно лживый, но убедительный), что банк завтра лопнет, то прибегут забирать свои деньги сразу все вкладчики. И тогда банк обязательно лопнет. Такова буквальность кризиса. Но вряд ли мы можем ограничиться такой буквализацией. К чему подорвано доверие? И не имеем ли мы дело с ситуацией, когда слабый начальный импульс подрыва доверия ко всему на свете обернулся и подрывом доверия к финансовым институтам?

Глобализация побудила нас к юридически формализованному доверию.

Где-то на другом конце света неизвестные нам люди выпускают акции. Но есть рейтинговые агентства, которые обязаны объективно оценить эти акции.

А мы обязаны доверять рейтинговым агентствам. Мы не знаем людей, выпускающих акции. Не знаем их человеческих

и профессиональных качеств. Но мы верим, что есть инстанция, которая это все знает и с нами этим знанием поделится. Эта вера создает глобальную интеграцию. Человек начинает ощущать себя своим в любой точке земного шара. Мир опасным образом унифицируется, но он одновременно и фантастически расширяется, обещая живущим в нем совершенно новые возможности.

Потом оказывается, что верить рейтинговым агентствам нельзя. Чему начинает доверять человек? Тому, что он знает лично. Своим знакомым, друзьям, своей реальности, которая тут же "схлопывается", превращаясь из чуть ли не всемирной в узкорегиональную. Дело уже не в том, что такой-то банк по таким-то абстрактным оценкам является наилучшим. А в том, что в маленьком и далеко не наилучшем банке работает твой знакомый, которого ты знаешь, как облупленного. Ничему формальному доверять нельзя. Можно доверять только конкретному.

Финансовый кризис убедил тех, кто верил в простоту и однонаправленность глобализации, что все не так просто и не так однозначно. Будет крайне прискорбно, если, разочаровавшись в прописях глобализации (финансовой, юридической и не только), человечество откажется от идеи схождения, симфонии, взаимообогащения, если мир снова начнут в результате растаскивать по очень маленьким и затхлым квартирам.

Но если мы не поймем процесс, то это обязательно произойдет. И обязательно скажется на всем, что касается права.

Право - не косное монолитное целое, способное существовать в качестве неизменяемой данности. Право - это живая сверхсложная система, чувствительная к культуре и религии, к политике и экономике, к социальной жизни и техническому прогрессу. Любое другое понимание права превращает нас, отвечающих за человеческое доверие к данному институту, - в догматических жрецов, не способных хранить огонь в потухших, мертвых светильниках.

Будет глобализация развиваться дальше - все больше конституционное и все национальное право окажется продуктом синтеза с правом всечеловеческим. Рухнет глобализация: частное возобладает над общим, национальное над

общечеловеческим. Раньше или позже это оформится в совершенно другую систему международных институтов, к чему нас уже призывают, говоря об архаичности ООН и необходимости организации мира по принципу Венского конгресса.

Внимательное наблюдение за этими призывами и апелляциями к "Realpolitic" не может не впечатлять. Не может оно и не увязываться в нашем сознании с кризисом доверия ко всем и вся, породившем в итоге конкретный кризис доверия к финансам. Человеческий мир устроен намного сложнее, чем это казалось людям, считавшим, что деньги окажутся мериллом всего, окончательным регулятором, эквивалентом общемировой власти.

Алан Гринспен покаялся перед миром в том, что он преувеличивал значение рыночных регуляторов. Но почему не каются те, кто говорил об альтернативной упрощенной глобализации, которая в итоге отменит разницу между единичным, особенным и всеобщим, лежащую как в основе нашей культуры в целом, так и в основе философии права? А ведь именно философия права, что бы то там ни говорили, является мировоззренческой и в этом смысле стратегической доктриной всей юридической практики!

Либо - либо... Либо мы откажемся от глобализации вообще.

Откажемся всерьез и надолго. И что тогда? Разве тогда фундаментальнейшим образом не изменятся правовые нормы, не перестроится в корне иерархия общечеловеческого (то есть всеобщего) и национального (то есть особенного)? Разве при этой трансформации не окажется задет индивидуум как единичное? Но это же не может не произойти в рассматриваемом прискорбном случае.

Доведем до конца логику тех, кто призывает к Венскому конгрессу, и спросим себя: при чем тут, в этом прискорбном и пока еще не взявшем нас за горло сценарии, права человека и декларации ООН вообще? Если возобладает Венский конгресс, то рухнет не только глобализация, не только существующие институты, но и международное право. А то, что возникнет вместо него, будет качественно иным. Если же это качественное изменение запоздает, то на руинах подорванного мирового доверия возобладает звериное право сильного со всеми катастрофическими последствиями.

Но в чем альтернатива в условиях случившегося? Ведь не в том же, чтобы отмахиваться от потрясений, напастей, порожденных недоверием, которое пришло к нам, уверен, не из финансов как таковых, а из недр политики и культуры.

Альтернатива в другом. В том, чтобы усложнить модель глобализации, превратить ее из унификации в нечто совершенно другое - сложное, богатое содержанием, многомерное, способное за счет этого возратить подлинное доверие во все сферы человеческого жизни. В политику и культуру, религию и философию, финансы и право.

Какие уроки необходимо извлечь из событий последних нескольких месяцев? Какие меры необходимо предпринять для того, чтобы избежать краха современного миропорядка? Эти темы обсуждались и на Коллоквиуме "Новый мир, новый капитализм", прошедшем в Париже 8-9 января этого года. На Коллоквиуме собрались руководители европейских стран, высокопоставленные политики, ведущие эксперты для того, чтобы переосмыслить контуры будущего управления экономическими процессами в мировом масштабе. Определенные ими приоритеты не отрицают глобализации, однако качество и измерения этой глобализации изменяются.

Эта измененная глобализация должна стать более управляемой, поскольку глобальная финансовая система требует глобально управляемых решений.

"Управление глобализацией" требует совместных усилий и принятия решений, например, посредством создания глобального экономического совета, как предложила Канцлер ФРГ Ангела Меркель. В то же время Президент Саркози провозгласил "возвращение Государства" главным явлением нынешнего кризиса. Он также настаивал на необходимости не уничтожать капитализм, а сделать его более нравственным. Эти призывы лидеров европейских стран означают, что главной проблемой кризиса стало соотношение между системой ценностей и социально-экономической структурой современного мира. Хотя эта проблема не нова, мы столкнулись с новыми ее проявлениями. Очевидно, при изменении контуров глобализации мы должны вводить социальные критерии и понятия, такие как справедливость и упоминавшееся ранее доверие. Еще одним фактором стабильности должна

статья социальная ответственность - как государства в его отношениях с гражданами, так и всех групп населения в их ожиданиях, адресованных государству.

Для того, чтобы преодолеть бедность и неравенство, мир должен усредниться - в вопросе распределения благ, ресурсов, возможностей.

Социальный капитал становится так же важен, как природные ресурсы и благоприятная окружающая среда. Вопрос соблюдения прав человека приобретает особое значение в контексте гуманизации экономики, под которой мы понимаем адекватность ее развития и функционирования нуждам и интересам всех людей, а не отдельных групп.

Именно новые очертания глобализации как в ближайшей, так и в долгосрочной перспективе будут являться фактором, обуславливающим усиление гуманитарной составляющей во всей глобальной системе права.

Осознав, насколько опасны возобладавшие до сих пор упрощения, мы, я верю, сможем прийти к новому, гораздо более адекватному, пониманию соотношения единичного, особенного и всеобщего. А через это - к новому культурному синтезу, а значит, и к новому синтезу правовому.

Если мы не хотим, чтобы мир сорвался в пропасть, любое наше правовое действие должно, оставаясь профессиональным, становиться философско-правовым. А значит, мировоззренческим.

Тогда мы изгоним демона недоверия из разных сфер нашей жизни. И обеспечим будущим поколениям мир подлинно гуманистический, открытый и целостный. Профессионал не имеет права забывать о служении. И только служение такому идеалу подлинно достойно нашей профессии в столь беспокойное время.

Одно из проявлений кризиса доверия - так называемый "конфликт цивилизации". Можно по-разному оценивать - есть он или нет, какова его степень. Однако мы не можем отрицать и сохраняющиеся различия между западным и восточным мышлением, образом жизни и национальными правовыми системами. Сопrotивление культурной среды при внедрении чужеродных правовых институтов в национальные правовые системы - процесс повсеместный, его не избежало

даже такое успешное интеграционное образование, как Европейский союз. В свою очередь, такой эффект противодействия приводит к развитию обратной тенденции - регионализации прав и свобод, адаптации этого универсального каталога к историческим, культурным, религиозным факторам, определяющим тот или иной цивилизационный тип.

В современном мире обнаруживаются факторы, препятствующие универсализации прав человека, реальному действию единых стандартов на всем мировом пространстве. Негативными последствиями механического переноса конституционных ценностей на другую, неподготовленную почву, как показывает опыт, являются их деформация, формирование искаженных представлений о демократических институтах, правовой нигилизм, абсолютизация власти, а как следствие - разочарование населения в указанных институтах и даже их отторжение.

Практика распространения универсальных идей и ценностей путем принуждения себя скомпрометировала. Реакция противодействия насильственному внедрению чуждых ценностей, в том числе правовых институтов, в другие культурные группы приводит к смене однополярного мира, который мы наблюдали в последние годы, приходит множественными очагами напряжения, не поддающимися эффективному контролю со стороны международного сообщества и направленными на сопротивление этой гегемонии, на конфронтацию, а значит - не на созидание, а на разрушение.

Многообразие глобальной цивилизации, в которой делаются попытки - извне или изнутри - внедрения универсального (единого) кода демократических ценностей, ставит человечество перед необходимостью постепенного, естественного взаимодействия культур с целью освоения ценностей и стандартов иных культур общественным сознанием народов, их моралью, непротитворечивостью религии и общественным нравам.

Несхожесть, а порой и контраст в образе жизни, мышления, культуре может, как ни парадоксально, иметь позитивное влияние: именно осознание различий влечет за собой стремление найти общее и терпимее относиться друг к другу. Лишь осознание общности и принятие особенностей пу-

тей развития друг друга может позволить выявить действительно универсальные человеческие ценности и придать международной правовой системе в целом мощный импульс для дальнейшего развития.

И во многом именно от конституционного правосудия зависит, насколько удастся сочетать - в правовом аспекте, но на основе широких мировоззренческих подходов - универсальное и особенное.

Конституция, закрепляющая основные права и свободы в качестве неотчуждаемых и непосредственно действующих, - это не остекленевший текст и не пыльный манускрипт, а живой документ. Она образует базовую нормативную основу постоянно изменяющегося мира и должна рассматриваться в контексте этого мира. Закрепленные в ней принципы, прежде всего принцип формального равенства или правовой справедливости, а также права и свободы должны интерпретироваться и наполняться более богатым конкретным социальным содержанием, соответствующим каждому новому историческому этапу развития. Да и может ли быть иначе? Текст Конституции гарантирует свободу слова, но он не объясняет нам, как эту свободу следует понимать во времена существования Интернета. Чтобы действительно быть вектором развития общества и государства, Конституция должна реагировать на запросы жизни.

А для этого необходима ее гибкая и деликатная интерпретация, обеспечивающая единство ее буквы и духа. Интерпретация, обеспечивающая одновременно стабильность и динамизм общества.

В спорах о тех или иных положениях Конституции мы стремимся понять и прояснить их действительный смысл, с тем чтобы не утратить путеводное предназначение этих положений. Не будем забывать, однако, что когда мы обращаемся к Конституции как высшему авторитету, мы на самом деле спорим о правомерности решений, принимаемых публичной властью.

Спорим о различных, а порой альтернативных, решениях, которые возможны и допустимы в рамках одной и той же Конституции. Спорим о результатах решений зачастую по непростым, а порой и судьбоносным вопросам, из которых и

состоит наша жизнь. Для того чтобы все эти споры и связанные с ними конкуренция, борьба, поступки и действия происходили в рамках Конституции, необходим арбитр - это Конституционный Суд. Ставя точку над "i" в спорах о конституционности, он одновременно выступает и в роли хранителя Конституции.

Вот почему спор о смысле тех или иных довольно абстрактных принципах или нормах Конституции - это и спор о конкретной действительности. Вот почему спор о смысле Конституции и ее реализации сегодня невозможно отделить от политики. Вот почему спор о праве как нормативной форме нельзя отделить от его содержания - от многообразных политических и социальных отношений.

Как известно, Конституционный Суд решает исключительно вопросы права. Но было бы величайшим заблуждением делать отсюда вывод о том, что Суд оторван от политики. Да и что такое политика, как не соответствующие решения органов публичной, т.е. политической, власти, а также борьба различных партий и групп за власть и за принятие тех или иных властных решений. С этой точки зрения, Конституционный Суд не участвует в политической борьбе, его решения беспристрастны, критерием этих решений являются принципы и нормы Конституции, а не позиции или интересы каких бы то ни было государственных органов, партий и лиц. В связи с этим Конституционный Суд занимает особое место в политической системе. Являясь органом государственной власти, он в то же время выступает арбитром между государством, с одной стороны, и гражданами, обществом - с другой. Как один из высших органов государственной власти он находится в фокусе политики. Его решения очерчивают конституционность принимаемых решений и порой оказывают огромное влияние на политику. Не оценивая нормы и компетенцию властей с точки зрения политической или экономической целесообразности действий, принятых в рамках этих норм и компетенций, Конституционный Суд решает вопрос об их юридической целесообразности, то есть о допустимости тех или иных норм и компетенций в системе существующих конституционно-правовых координат. Таким образом, он выступает в роли хранителя живой Конституции и, тем самым, хра-

нителя конституционности политики, в частности, финансово-экономической политики.

Следуя Конституции, нам нужно быть идеалистами и реалистами одновременно. Нам нужно быть бескомпромиссными в стратегическом плане. А в тактике использовать ту молитву, которую американский писатель Курт Воннегут вложил в уста своего героя Билли Пилигрима: "Господи, дай мне душевный покой, чтобы принимать то, чего я не могу изменить, мужество - изменять то, что могу, и мудрость - всегда отличать одно от другого".



T. Karakamisheva

*Associate Professor at the University
"Ss. Cyril and Methodius", Faculty of Law
"Iustinus Primus", Skopje, Republic of Macedonia,
Deputy Member of the Republic
of Macedonia in the Venice Commission.*

Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study - Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)

1. What is a constitutional complaint¹?

Constitutional protection of the rights and freedoms of citizens is interesting but also complex question that takes a central position in all democratic states.

The **complexity** derives from:

- The complex nature of the basic form of protection that is directly determined by the character of the regulation with which the material on rights and freedoms and their protection is regulated. Above all it is referred to the constitution, constitutional laws, laws, charters and declarations as well as acts of international law - mostly because of recent tendencies that the guarantees of rights and freedoms should not be treated exclusively as an internal question of a certain state, but rather as universal principles that are guaranteed by the acts of international law. Nevertheless, the basic principle of the rights and freedoms of citizens, the method of their protection, the reasons and the form

¹ The term constitutional complaint is a literal translation from the German term Verfassungsbeschwerde.

of their limitations should be approbated within the constitution, as the highest and primary legal act of the state²;

- The systems of their protection, and by that referring to the bodies that achieve the protection (regular courts, Constitutional Courts, the ombudsman etc...);

- The basic principles on which the procedure for human rights protection is based on (the right to defense, two-tiered legal protection, publicity etc...).

- The instruments and legal measures available to citizens for their protection (complaints, constitutional complaints etc...).

The constitutional complaint represents an instrument for the protection of the individual rights of citizens. What is referred to actually is an individual initial activity shown through a specific positive and procedural instrument.

The first traditional basis for a constitutional complaint is found within the **American institute judicial review**, which was first established by the Constitution of the United States of America of 1787³, and also within the British legal system⁴.

² On the other hand, comparative constitutional law, also, refers to three possible situations where the lawmaker is authorized to regulate the content on rights and freedoms of citizens:

- first, when the constitutional authorization of the lawmaker to regulate the content on the rights and freedoms of citizens is connected with some concrete right or freedom;
- second, when the authorization is for bringing forward a law that regulates content on basic rights and freedoms within a general norm and
- third, when within the constitutional system the two above mentioned rules are accepted as a general rule with which the lawmaker is delegated to regulate the content of the rights and freedoms of citizens, but also as a concrete authorization of the lawmaker in relation to some single right and freedom.

³ Judicial review is a result of the specific historical development of the role of the court in these legal orders which are part of the common law system. Courts in this family of law are traditionally not only competent in solving cases between individuals, but at the same time, have equal competences in solving conflicts between individuals and the state. The historical basis for judicial review according to authors which have authority in this field should be seen in the institutions of British early modern historical law: Habeas Corpus or personal exhibition. See more details in: **Vojin Dimitrijevic, Milan Paunovic, Law and Freedom, International and Yugoslavian Standards, Belgrade Center for Human Rights, Belgrade, 1995, (p. 116-117).** .. "The constitutionality of every legal act can be checked if there is a filter of a complaint. With that the Constitution becomes paramount law, as John Marshal stated in 1803, explaining the constitutional-judicial law of checking of laws. He based his thoughts on Hamilton's Federalist paper No. 78". See more details in the article of **Hans Vorländer, "Supremacija ustava. O odnosu napetosti između demokracije i konstitucionalizma", Politi ka misao, br. 1, Fakultet političkih znanosti, Zagreb, 2001, (p. 26-35).** For more details see **Jerome A. Barron, C.Thomas Dienes, "Constitutional Law in a Nutshell", S.Paul, Minn, West Publishing Co., 1991, (p. 5-11).**

⁴ In the UK, the essence of judicial review is within the power of the High Court to review the legality of the decisions of the executive government. Sometimes named with the term "judicial competence of supervision", the institute judicial review unites within itself the most basic constitutional principles. Parliamentary supremacy and the rule of law are the question that courts value whether or not the executive government is working within the framework of laws. Interesting thoughts about the wideness and application of the judicial review in the UK could be seen in: **John Adler, Constitutional and administrative law, The MacMillan Press LTD, 1989, (page 297-312).**

A large part of the contribution that the USA has given in the development of political theory and legal thought is represented within the doctrine of judicial review.

According to this doctrine, courts have the power to nullify government acts if they are not in accordance with, or contrary, to the constitution. The power of nullification is widened, also, to the acts of the executive government, Congress, as well as the activities taken by the state administration. Influential in bringing this key document to life was the case of **Marbury v. Madison** (1803). This was a case where the Chief Justice of the Supreme Court clearly underlined the fact that the Constitution of the USA is an expression of the will of the people, and thus controls the execution of all legislative and executive governance. The constitution has supremacy above all regular laws, and all laws that are not in accordance to the constitution ought to be nullified.

The second basis for the constitutional complaint is found within Spanish legal tradition, or specifically with the institute **procesos forales or recursos de amparo**⁵. In details, the **law of amparo** is worked through the law for judicial protection of the basic citizen's rights from 1978, where it is stated that this legal remedy can be submitted with the objective of achieving judicial protection of the following rights:

- the right to free expression of the thoughts;
- the right of association;
- the right of secrecy in the communication;
- the right of free confession of own faith;
- the guarantee of the right to home privacy and,
- the freedom of movement.

In 1979, with a decree of the King, the amparo was widened to the following rights:

- the right of dignity;
- the right of privacy in the family;
- the right of secrecy in telephone communications;

⁵ **Amparo** exists today as a positive-legal institute in Spain and many nations in Latin America, certainly not in its derivative form, but rather in a modified and importantly modernized form. In accordance with the Constitution of Spain, amparo could be submitted in front of any regular court or in front of the Constitutional court. Every citizen could file the amparo procedure before the Constitutional court if its rights were breached by some act of Parliament that does not have legislative character. If the breach of the right is made by an act with legislative character, then the procedure for abstract constitutional control must be proceeded.

- the freedom of movement and
- the freedom of union.

The modern concept of constitutional judiciary, based on the ideas of Hans Kelsen and normatively portrayed in the Constitution of Austria in 1920, played a large role in shaping the contemporary physiognomy of the constitutional complaint. Unlike judicial review and *deamparo*, which fall under the group of regular legal methods for protection of human rights, the **continental European legal systems** treat constitutional complaints as an exceptional and specific legal instrument, one that can be used only if the national legal order does not foresee any other method of protection of the breached right. This means that citizens can use the constitutional complaint after exhaustion of all legal methods for protection of their right⁶.

From a practical aspect this means that citizens before using the constitutional complaint should absolve the administrative or regular judicial procedure. For example, the Croatian Constitutional law for the Constitutional Court of the Republic of Croatia ("National Gazette", No. 13/91), in Article 28, precisely states that a constitutional complaint can be filed if the complain-er express its feel that his/her human rights, protected by the constitution of the Republic of Croatia, were breached by:

- the constitutional decision;
- the decision of the administrative authority or
- the decision issued from the public authority body.

Further on, it is specified that in terms of injuries, and where initiating of the administrative procedure is permitted, the revision within a litigation or non-litigation procedure could be made after the normal procedure of the legal protection is fully exhausted, and after the decision is made with these legal methods. Such limitations are necessary so that the constitutional complaint will not be used as regular method of legal protection, because this will lead to a situation where the entire load will fall on the Constitutional Court - something that could lead to serious consequences.

The Constitutional complaint is the last resource with which the protection of constitutional rights and freedoms can be requested. **This means that it is neither a regular or irregular legal**

⁶ Cited by: Professor Smilko Sokol, Ph.D., Professor Branko Smerdel Ph.D., "Constitutional Law", Informator, Zagreb, 1998, (p. 118-119).

instrument. Using such legal and procedural instrument represents a necessary presumption for satisfying the requests of exhaustion of all National legal instruments as a precondition for reference in front of the international bodies, the European Commission and the European Court for Human Rights established in the European Convention for Human Rights.

There is no doubt that the constitutional complaint represents an instrument for protection of the basic rights and freedoms of citizens in front of the Constitutional Court⁷.

Within the national legal order, the right for application of the constitutional complaint must be explicitly foreseen. Also, the jurisdiction of the constitutional and regular courts must have a clear definition in terms of proceeding with the constitutional complaint.

The most interesting, yet most controversial, question that is examined in the theoretical and practical debates about the constitutional complaint, is whether the right for application of this procedural instrument has a subjective character, or in other words: does it represent a subjective right of the individual who feels that his or her human right or freedom has been hurt?

Most of the controversy arises out of the different definitions of the term subjective right, but also out of the different angles from which the constitutional complaint is looked at, inspired by the positive-legal characteristics of this institute in the concrete national order.

If a subjective right truly exists then the national order must regulate an obligation for the court to make meritory decisions in terms of the constitutional complaint, if all previously regulated procedural presumptions are fulfilled. If such an obligation is not regulated then the constitutional complaint becomes not a sub-

⁷ Generally, the Constitutional court is defined as a specialized court that has authority limited to acting on constitutional issues. The basic aim of each constitutional court is to control the constitutionality of laws, their conformity with the Constitution, or other fundamentals of law, the protection of basic human rights and freedoms as well as resolving conflicts among the state organs. Except the execution of these functions, constitutional courts in its basic models (Anglo-American, French and German), in a larger or smaller scale deals with the election questions, or as it is the case with the Federal constitutional courts, are making the review on the questions related with the competences between republic and federal governments. Interesting thoughts on the contemporary role of constitutional courts are portrayed in the essay: **The Future of the European Judicial System - The Constitutional Role of European Courts**, 6th International ECLN-Colloquium/IACL Round Table, 2-4 studenoga 2005, Berlin, Germany, Published in: **Text of the Faculty of Law in Vol. 56, No. 1, Zagreb, 2006, (p. 193-200).**

jective right, but rather clemency of the court, or in other word, a discretionary right of the court to decide whether or not it will proceed based on the constitutional complaint.

2. Some positive experiences from the application of the constitutional complaint

2.1 The example of the Federal Republic of Germany

The Constitutional Court of the Federal Republic of Germany represents a key institution in achieving protection of human rights and freedoms, but also in the development of the principle of constitutional justice within German society. What is referred to here is a court that served as a model that was used for building many other Constitutional Courts within Europe, because exactly this court succeeded in uniting the American idea of basic rights of the human and citizens with Kelsen's abstract control of norms. In essence, the German Constitutional Court accepted the status of the Austrian Constitutional Court - meaning to function within the regular judicial system, and furthermore to develop a single, unique Constitutional organ that is placed above the regular judiciary.

In terms of the provisions of the Basic German Law, the Constitutional Court is the judicial organ that in certain cases has the role of supreme state organ. In the case of a tense situation between law and politics, the Constitutional Court acts as more than a judicial organ.

The Basic German Law, within Articles (4), 33, 38, 101, 103 and 104 states that every citizen that feels that a state organ, (federal or regional, legislation, judiciary or executive) with an act, breached any of his or her basic rights guaranteed by the federal constitution has the right to submit a constitutional complaint to the federal Constitutional Court.

In Germany this complaint is available not only to all citizens but also to state bodies⁸, and can be used if the following conditions are fulfilled:

⁸ As a sovereign organ for constitutional issues, the German Constitutional court cannot choose the cases it acts upon, as it is the case with the American Supreme Court. At the same time, the German Constitutional court has the status of a court suited outside of the regular German judicial system. The German Constitutional Court is following the Austrian tradition of abstract control of norms. See more in the text: Arsen Bačić, "O sudskom aktivizmu ili o političkoj ulozi sudova", *Politička misao*, br. 2, Fakultet političkih znanosti, Zagreb, 1998, (p. 99-102).

- the constitutional complaint can be used only against final acts (when referring to judicial decisions on which there is a petition against the breach of the right of the citizen) and
- the constitutional complaint can be used only if previously all other instruments for protection foreseen within the legal system are exhausted, thus the constitutional complaint acts as a subsidiary (additional) legal instrument.

When looking over the submitted constitutional complaint, the federal Constitutional Court can: conclude the non-constitutional being of any act brought forward by an organ with public authorization; can annul or nullify any law or non-constitutional decision and return the issue back to the competent court for a further decision. For example, questions that come out of requests for claims for losses, criminal liability of the physical and the legal entities and so on, cannot be looked at or achieved through this instrument.

The Constitutional Court, in the procedure for the complaint, has the right to question if the regular court that proceed the subject hurt some right or freedom of the complainer that is guaranteed by the constitution.

According to Article 23(1), Part 2 of the Basic German Law, the constitutional complaint must be explained in a written manner, or in other words must be submitted within the frame of the following form and content:

- first, within the complaint it must be explicitly stated against which act (judicial decision, administrative decision, law etc...) the constitutional complaint is being filed, and this must be precisely explained (in the case of a judicial decision and administrative act it must state the date of the final decision, the number of the act and the day it comes into force);
- second, within the complaint there must be a clear statement on which basic right is breached in the concrete act and its constitutional legal content and
- third, within the complaint it must be precisely stated how the breach of the basic right and freedom came to be. A final, but not less important, precondition is the timeliness in terms of the filing of the constitutional complaint.

The complaint against a judicial or administrative decision

must be filed within a period of one month from the day the decision was received⁹. In a situation where the complaint was not filed within this period, but not by the fault of the side rather because of an objective circumstance, the side has the right to request *restitutio in integrum* - in other words to receive the right to file the constitutional complaint in the foreseen period.

This precondition can be accepted only if the Federal Constitutional Court concludes that the citizen has exhausted all other legal methods in terms of the framework of the legal system, and if with the use of these legal methods the breach of the basic human right had not be removed.

The constitutional complaint is filed personally by the complainant or through his/her legal representative (a lawyer registered in a German court or a professor from some German institution of higher education). What is interesting is that the constitutional complaint in Germany is becoming a more accepted legal instrument that helps citizens to realize the protection of their constitutionally guaranteed rights and freedoms.

As the constitutional complaint is very topical within Germany, and because of the fact that a large amount of complaints come to the Constitutional Court on a daily basis, the Court has discretionary right to take into account only the subjects where it estimates that a breach of rights and freedoms of citizens exists, and where it expects that decisions on their constitutional-legal protection¹⁰ will be made.

2.2 The example of the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia

The constitutional complaint was brought into the legal order

⁹ See in details: "Law on the Federal Constitutional Court", ed. by Sigrid Born, translated by Martin Fry, Inter Nationes, 1996. See interesting examples on proceeding on a constitutional complaint by the Federal Constitutional Court: BVerfG, 1 BvR 1696/98 of 10/25/2005, paragraphs No. (1 - 54), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051025_1bvr169698en.html, BVerfG, 1 BvR 1444/01 of 11/29/2005, paragraphs No. (1 - 30), BVerfG, 1 BvR 1696/98 of 10/25/2005, paragraphs No. (1 - 54), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20051129_1bvr144401en.html

¹⁰ Proceeding analysis on a constitutional complaint in the Constitutional Court of Germany are showing that in 1951 only 2.5% of complaints are seen as successful, some of these complaints brought results in terms of larger changes of legislation, especially in the area of tax policy. The largest number of judicial proceedings have been connected with the protection of rights in the above mentioned area (a total of 135,968 constitutional complaints were filed within a period lasting from 1957 to 2002).

of Croatia through the Constitution of the Republic of Croatia¹¹, and with the Constitutional Law for the Constitutional Court¹². According to Article 62 of the Croatia Constitutional Law, every Croatia citizen has the right to file a constitutional complaint to the Constitutional Court if they feel that with a single act the state organ, organ of the local self-governance units i.e. the organ from the regional self-governance unit, or some other organ with public authority has breached any of their human rights and freedoms guaranteed by the constitution.

Similar as in Germany, in Croatia the constitutional complaint is a specific procedural instrument for protection of rights and freedoms that can be used after all other legal instruments available to citizens are exhausted. This means that if for some breached right another method of protection is foreseen (for example, if a revision within a litigation or non-litigation procedure is allowed, or if an administrative lawsuit is allowed) then it becomes necessary procedure for this kind of protection to be finalized, and after to be initiated the procedure for protection through the constitutional complaint.

Within Article 28 of the Constitutional Law for the Constitutional Court of the Republic of Croatia, it is clearly stated that a constitutional complaint can be filed by a citizen who feels that with a

¹¹ The basic competences of the Constitutional Court of Croatia are: - deciding on the compliance of laws with the Constitution, and is competent to nullify a law if it finds that the law is not in compliance with the Constitution;

- decides on compliance of other pieces of legislation with the constitution, and with laws is competent to nullify or undo these acts if it finds that they are not in compliance with the constitution or against the law;

- protects constitutional rights and freedoms of the citizen via the procedure of constitutional complaint;

- solves conflicts of competence between the bearers of legislative, executive and judicial power; - controls the constitutionality of programs and activities of political parties and can ban their right to functioning if with their programs or actives they forcefully breach the democratic constitutional order, independence, unitary and territorial integrity of the Republic of Croatia;

- controls the constitutionality and legality of elections and national referendums and decides on elections disputes that are not within the competences of regular courts;

- on a proposal by the government of the Republic of Croatia determines the permanent inability of the President of the Republic to execute his duties, and in such a case the duty of President of the Republic is temporary undertaken by the President of the Assembly of the Republic of Croatia;

- on proposal by a 2/3 majority of all representatives in the House of Representatives in the Assembly of the Republic of Croatia, and with 2/3 of votes of all Constitutional judges decides for the responsibility of the president of the Republic. If the Constitutional court confirms his responsibility, then the duty of President of the Republic stops in accordance with the Constitution.

¹² Constitutional law of the Constitutional court of the Republic of Croatia (National Gazette No. 31/91, No. 49/02 - reviewed text).

decision made by the judicial or administrative authorities, or any other organ with public authority, his or her right(s) were breached. The Constitutional complaint can be filed within a period of 30 days from the day of receiving the decision.

If the Constitutional Court of Croatia decides to accept the complaint that automatically means that the previous decision becomes abrogated.

Still, the Constitutional Court can initiate a procedure on the basis of the constitutional complaint before the exhaustion of the regular legal protection in a situation where:

- there is doubt that the regular court did not proceed in a reasonable period of time and with that behavior breached the right of the complainer or,
- with the disputed single legal act the citizens constitutional rights were abusively breached.

In such cases, when it is established that without the initiation of the constitutional-judicial procedure the submitter of the constitutional complaint will endure heavy consequences that cannot be compensated, the court can open a procedure for protection of the breached right regardless of the fact that a regular procedure is being undergone at the same time. If it is a case on the breach of the principle of acting within a reasonable period, the Constitutional Court, acting on the basis of the constitutional complaint can, with a decision, give the regular court a period for meritorious deciding of the case. The period starts to run from the first day of the publication of the decision of the Constitutional Court.

According to Article 65 of the Constitutional Law, the basic information that the constitutional complaint must contain are:

- the name and surname of the submitter;
- the registration number of the submitter;
- the address of permanent or temporary residence;
- if the complaint is filed through an authorized person then its name and surname;
- the number of the decision on which the constitutional complaint is based on;
- the constitutional right which the complainer feels is breached (it must be explicitly stated which Articles of the Constitution guarantee breached rights);

- the reasons for the complaint submitting;
- evidence that all other legal instruments were exhausted;
- the complaint has been filed within the legally permissible period of time; and
- the signature of the person submitting the complaint.

The complaint mandatory have to contain the contested act in the original form or a copy verified by a notary. Rules mandate that the filed constitutional complaint does not prevent the execution of the disputed decision, yet the Constitutional Court can decide (if it feels that with the execution of the decision the complainer will endure heavy consequences that cannot be compensated, or if the execution is against public interest) to stop the execution of the decision that will be subject to the constitutional procedure.

A council of six judges examines the constitutional complaint. The council can decide, only, unanimously when all judges are present. If the council cannot achieve unanimity, or if the council feels that the subject of the constitutional complaint has a wider meaning, the decision on the complaint can be made during a general meeting of the Constitutional Court.

With a decision, the Constitutional Court can dismiss the constitutional complaint, if:

- a.) the court is not competent to proceed via the complaint, and
- b.) the constitutional complaint is untimely, unfulfilled, not understandable, prohibited.

The complaint is prohibited if:

- a.) if all legal instruments for the human rights protection were not been previously exhausted,
- b.) if the complaint is filed by a person without authority, and
- c.) if the complaint is filed by a person that does not have legal ability.

The Constitutional Court adopts the complaint with a decision. Also, an act that breaches some constitutionally guaranteed right is abrogated with a decision. If the competent judicial or administrative organ, or organ of the units of local self-governance i.e. the organ from the regional self governance unit, or some other organ with public authority that brought the abrogated act is mandated to carry a new act, the Constitutional Court will return the subject back to the specific organ for a repeated proceeding.

While proceeding on the new act, the competent administra-

tive organ, or organ of the units for local self-governance i.e. the organ from the regional self governance unit, or some other organ with public authority, is mandated to respect the legal viewpoints of the Constitutional Court that are contained within the decision with which the act that breaches some constitutional right of the person that filed the constitutional complaint is abrogated¹³.

In accordance with Article 160, point 6 of the Constitution of the Republic of Slovenia, the Constitutional Court of Slovenia has the authority to act in terms of filed constitutional complaints from citizens for breaches of constitutionally guaranteed rights, or some single legal acts brought by an organ that has public authority. The Constitutional Court can decide in terms of submitted constitutional complaints only if all legal instruments for human rights protection were previously exhausted. The Constitutional Court decides whether or not to accept to proceed on the basis of the constitutional complaint, in accordance with the criteria and procedures foreseen in the specific law for the Constitutional Court. If in the procedure the court establishes that the act is unconstitutional the court can nullify or abolish the act¹⁴.

2.3 Basic remarks on the Constitutional Court of the Republic of Macedonia and the need for its reform

The Constitution of the Republic of Macedonia defines the position of the Constitutional Court, its composition, structure, functions and immunity of its judges as well as the legal effects of its decisions. In accordance with Article 113 of the Constitution, the methods of work and procedures of the Constitutional Court are regulated with the Rules of Procedure of the Court¹⁵.

The Constitutional Court is defined as an organ of the Republic that protects the constitutionality and legality within the state. The Constitutional Court of the Republic of Macedonia, in accordance with its constitutional status, does not fall within the system of division of powers.

The protection of constitutionality and legality does not represent the exception of some state power, but rather an

¹³ See article 77, part 2 of the Constitutional law.

¹⁴ See the official web site: : Slovenia Constitution.htm. *Original textual material has been kindly provided to ICL by Arne Mavcic and Sasa Zagorc.*

¹⁵ See: Constitution of the Republic of Macedonia, National Gazette of the RM, Skopje, 2006, (page 119). The Rule of Procedure of the Macedonian Constitutional court is brought on October 7th, 1992.

autonomous and independent function. The exercising of the jurisdiction of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia is above the relations that exist between the bearers of legislative and executive functions of the governance.

The Constitutional Court is one of the key factors in the implementation of the Constitution. It is the court that plays a key role in analyzing the process of building and envisaging the relations between the bearers of powers defined in the constitution. As all other constitutional organs, this organ is a constitutional organ that has a foundation and borders of acting determined within the constitution. Such a position of the Constitutional Court guarantees that the criterion for realization of the constitutional-judicial function is already protected from being influenced by the bearers of political power.

On the other hand, the constitutional status of the Court allows it to distance itself from political authority while carrying out its constitutional-judicial function. It is important to note that the Court has a continuous and stable position in presenting its own independent position notwithstanding the change of bearers of political power.

The Constitutional Court of the Republic of Macedonia does not have the authority to act on constitutional complaints filed by the Macedonian citizens that base themselves on the breach of some constitutionally guaranteed right or freedom. The Macedonian Constitution does not foresee such authority, or in other words has a fairly restrictive regard when it comes to the protection of the freedoms and rights of the human and citizen¹⁶.

Taking into account the positive experiences that are met in states that have been accepted the constitutional complaint within their own legal systems, as an individual procedural instrument for the individual rights and freedoms protection, on the one, as well as the need for securing a larger scale of constitutional-judicial protection of freedoms and rights, on the other side, inevitably brings us to a conclusion that the Constitutional Court

¹⁶ According to article 110, point 3, of the Constitution of the Republic of Macedonia, the Constitutional court of the Republic of Macedonia protects the citizens human rights and freedoms and rights that are related with:
- the right of belief, conscience, thought and public expression of the thoughts,
- the right of political association and action and - the prohibition of discrimination of the citizens on the basis of sex, race, religious, national, social and political affiliation.

of the Republic of Macedonia must begin to think in the direction of widening its jurisdiction in the sphere of larger protection of the constitutionally guaranteed rights and freedoms of the citizen.

The need for reform of the Constitutional Court must begin exactly from this specific positioning.

The fact that a majority of contemporary legal orders are not satisfied with just one procedural instrument, but rather regulate more procedural instruments for the constitutionally guaranteed rights and freedoms protection, forces the need of the Republic of Macedonia to link with this extremely democratic trend in the development of protection of the citizen's constitutional rights and freedoms.

The use of the constitutional complaint in the Republic of Macedonia should be available only if, previously, citizens have exhausted all legal instruments for protection.

Then the implementation of this procedural instrument in the Republic of Macedonia can be seen through two alternatives of acceptance:

- the first would mean the use of the constitutional complaint by the Macedonian citizens if any of their rights or freedoms guaranteed by the constitution were breached (meaning a wider context of protection), while
- the second alternative would mean the use of the constitutional complaint for protection only of the basic rights and freedoms guaranteed in the Constitution of the Republic of Macedonia.

In both alternatives, the human rights and freedoms protection in front of the Constitutional Court can occur:

a.) if for their protection another authority or competent court is not foreseen, or

b.) the constitutional complaint can be used only against final and legally executable acts (when it is referred to judicial decision where the complainant feels that some right of the citizen was breached). The constitutional complaint must be foreseen within the Constitution of the Republic of Macedonia especially in the area where the competence of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia is outlined, and it must also be elaborated in details within a specific Law for the Constitutional Court of the Republic of Macedonia. The Law for the Constitutional Court of

the Republic of Macedonia will raise the quality of evaluation of questions concerned with the competence, internal organization, activities and other important questions related with the Court that are currently regulated only with the Rules of Procedure.

3. Conclusion

It is a fact that Constitutional Courts within Europe are following a trend of expanding and contemporizing their competences on the benefit of strengthening the quality of personal activism. In European constitutional-legal practice, acting on a constitutional complaint as a specific positive-procedural instrument for protection of constitutionally guaranteed citizen rights and freedoms of citizens is becoming a more and more acceptable and applicable instrument.

Positive experiences that are extracted from the application of this instrument in Spain, Germany, Slovenia, Croatia, etc, are having in mind the power and effectiveness of this instrument in the legal system in terms of citizen rights and freedoms protection.

Additionally to the existence of the constitutional complaint is the dilemma of how many judges in the regular court system are legally prepared to examine constitutional issues, or if they are prepared would that lead to implementation of double standards in constitutionalism.

In contribution to the existence and efficiency of the application of this procedural-legal instrument, it is important to mention the need for previous exhaustion of all legal instruments of citizen rights and freedoms protection within the national legal order, as a precondition for submitting the instruments for human rights protection to the international judiciary organs, the European Commission and European Court of Human Rights, as subjective right guaranteed within the European Convention for Human Rights.



K. Lapinskas

*President of the Constitutional Court
of the Republic of Lithuania*

Some Aspects of the Influence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania on Society

The constitution is the basis of the legal framework of contemporary democratic states. The constitution entrenches universal values, which are not called to doubt. Such values are the sovereignty of the Nation, democracy, protection of human rights and freedoms, rule of law etc. Constitutional justice includes not only a direct settlement of constitutional disputes. In the course of this process, the constitutional doctrine is created and developed, in which constitutional provisions, principles and values are entrenched. Thus, administration of constitutional justice not only ensures the trust of the public in state and law, since the legitimacy of legal acts adopted by state institutions is verified through the filter of the universally recognized supreme values, but it also exerts big influence on social relations.

During the fifteen years of its work, the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, while investigating the compliance of laws and sub statutory acts of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania, which *inter alia* entrenches the general principles of organization of the state and society, the innate human rights, the fundamentals of the economic order of the state and the principles of social policy, more than once assessed the existing economic, social and political processes of the state, and, alongside, it exerted substantial influence not only on the aforementioned processes, but on social life in general as well.

Thus, the influence of constitutional justice on society can be treated and discussed in various aspects. One of them is how

constitutional justice affects political processes related with formation of institutions of supreme power and with a possibility to terminate their empowerment ahead of time.

For instance, in the spring of 2004, the Seimas (Parliament) of the Republic of Lithuania formed the Special Investigation Commission for investigation in the reasonableness and seriousness of the charges brought against the President of the Republic Rolandas Paksas and for preparation of a conclusion concerning a proposal to institute impeachment proceedings. This commission formulated six charges against the President of the Republic Rolandas Paksas: on acting not in the interests of the Nation and the State of Lithuania, but in the interests of a private person; on failing to secure protection of a state secret; on exerting unlawful influence, while making use of the status of the President of the Republic, on decisions of private persons and private entities of economy in the area of property relations; on failing to co-ordinate public and private interests in his activities; on discrediting public authority; on unlawful orders to his advisors.

On the grounds of these charges the Seimas instituted an impeachment case against the President of the Republic. In pursuance with Article 105 of the Constitution, the Seimas applied to the Constitutional Court requesting for a conclusion whether the actions of the President of the Republic Rolandas Paksas, which specified in the charges formulated by the Special Investigation Commission, were in conflict with the Constitution. Having considered the case, the Constitutional Court drew the conclusions that the President of the Republic R. Paksas grossly violated the Constitution, since he had granted citizenship of the Republic of Lithuania to a person not for his merits to the state, but for his financial support for R. Paksas' election campaign; that the President of the Republic had knowingly dropped a hint to the person who supported R. Paksas' election campaign that in his regard institutions of law and order were conducting investigation and tapping his telephone conversations; that, while making use of the status of the President of the Republic, the President of the Republic had exerted influence on decisions of shareholders of an enterprise so that the interests of private persons close to him could be satisfied. On the grounds of the conclusions formulated by the Constitutional Court, the Seimas continued the instituted

impeachment proceedings and, on 6 April 2004, having recognized that the President of the Republic R. Paksas by the aforementioned actions grossly violated the Constitution and breached his oath, removed him from office in accordance with procedure for impeachment proceedings.

Both the conclusions of the Constitutional Court and this resolution of the Seimas in the impeachment case had deep repercussions in society. It also drew international attention, since it was the first impeachment case in Europe, when the Head of State was removed from office.

Soon after the said impeachment case, the Constitutional Court received a petition from a group of Members of the Seimas (Parliament) requesting to investigate whether the provision of the Republic of Lithuania Law on Presidential Elections, which contained a prohibition to elect a person President of the Republic, who had been removed by the Seimas from office, or whose mandate of the Member of the Seimas had been revoked by the Seimas in accordance with procedure for impeachment proceedings, if less than 5 years had elapsed since his removal from office or the revocation of his mandate of the Seimas member, was not in conflict with the Constitution. In the opinion of the petitioner, such limitation established in the law was in conflict with the Constitution, in which no such prohibition was established.

In its ruling of 25 May 2004, the Constitutional Court recognized that such limitation established in the Law on Presidential Elections was not in conflict with the Constitution, however, the fact that such limitation had "time limits" (5 years) was in conflict with the Constitution.

The Constitutional Court held that the constitutional status of the President of the Republic as the Head of State is not only the sum of powers expressis verbis established for the President of the Republic by the Constitution; the President of the Republic, as the Head of State elected directly by the Nation, symbolizes the State of Lithuania, the values of its society, and personifies the Republic of Lithuania in international relations. Such constitutional status of the President of the Republic implies also his special responsibility against the community of the state-the civil Nation.

The elected President of the Republic undertakes such

responsibility by taking an oath to the Nation. Since the institute of the oath of the President of the Republic and the content of the oath are entrenched in the Constitution, the oath given by the President of the Republic bears the constitutional legal meaning-breach of the oath is also a gross violation of the Constitution providing grounds for impeachment of the President of the Republic.

The Constitutional Court noted that gross violation of the Constitution or breach of oath undermines the trust in the institution of the President of the Republic and, alongside, it weakens the trust in the entire state authority and the State of Lithuania. Impeachment, when a person who has grossly violated the Constitution, or breached the oath, is removed from office of the President of the Republic, is one of the ways of protection of the state as the common good of the society which is provided for in the Constitution. Therefore, a person, who was elected President of the Republic, who took the oath of the President to the Nation, and who subsequently breached it and thus grossly violated the Constitution, and who was, according to the procedure for impeachment proceedings, removed from office by the Seimas, the representation of the Nation, may not, under the Constitution, take an oath to the Nation once again, as there would always exist a reasonable doubt, which would never disappear, related to the certainty and reliability of his repeatedly taken oath.

On 15 June 2004, after account was taken of these conclusions of the Constitutional Court, the Law on Presidential Elections was amended. It was provided for in this law that a person who grossly violated the Constitution or breached his oath, who was removed from office in accordance with the procedure for impeachment proceedings, may not be elected the President of the Republic repeatedly.

An important role in changing the legal regulation of the procedure of elections to institutions of representative power fell upon the Constitutional Court ruling of 9 February 2007 in the constitutional justice case regarding the constitutionality of provisions of the Republic of Lithuania Law on Elections to Municipal Councils. In this case the Constitutional Court held that the fact that, after the legislator had chosen only the proportionate system of elections to municipal councils, he had not established that permanent residents of administrative units of the territory of the Republic of

Lithuania may be elected to the councils of respective municipalities even by being included in the lists of candidates to the councils of municipal councils, which are drawn by entities other than political parties, was in conflict with the principle of equal suffrage entrenched in Paragraph 2 of Article 119 of the Constitution.

It has been emphasized in the said case that the Constitution does not establish any requirements to the legislator as to what system of elections to municipal councils should be chosen, however, the legislator must pay heed to the constitutional concept of local self-government, which implies the broadest opportunities possible for all members of respective territorial community to participate in the decision-making process related to administration of affairs of the territorial community, thus, it implies the broadest opportunities possible to compete for a place in a council of the respective municipality.

Therefore, it is necessary to ensure that the members of territorial communities should have an opportunity to be elected to the councils of the respective municipalities even without support of any political party and to be included as candidates to members of municipal councils in some non-political-party list (and also be elected individually, in case the legislator decides so).

This constitutional justice case is exceptional also in the aspect that this Constitutional Court act whereby the circle of persons eligible for running in elections to municipal councils was in fact "widened" was adopted after the election process had begun in the entire territory of Lithuania. Therefore, after the Constitutional Court had recognized that the provisions of the Law on Elections to Municipal Councils, which granted the right to stand in elections only to candidates nominated by political parties, were in conflict with the Constitution, there was a dilemma, whether the on-going process of elections to municipal institutions could continue, or whether the elections had to be arranged anew on the state level. The Constitutional Court itself solved this dilemma after it took account of the scale of the electoral process and its importance to society.

Having assessed the fact that, in general, permanent residents of administrative units of the territory of the Republic of Lithuania would have an opportunity to make use of their passive electoral right in the on-going elections to municipal councils, the

Constitutional Court held that if the on-going elections to municipal councils become revoked, postponed or suspended in any other way, one would inflict, doubtless to say, much greater damage to the expectations of voters and to the stability of not only local self-government, but to the whole system of public power, in comparison to the fact that the on-going elections to municipal councils would be held when members of territorial communities could not be elected to the respective municipal councils if they were included in some non-political-party list as candidates to members of municipal councils.

Thus, by predicting a possible impact of its own act on important social processes, the Constitutional Court has itself solved the dilemma, by stating that the adopted ruling would actually be applied only in regulating the next elections, and thus permitting to uphold the political and public stability.

It is noteworthy that in the autumn of 2008, after the process of elections to the Seimas (Parliament) had started; the Constitutional Court received a petition requesting to investigate the constitutionality of the provisions of the Law on the Elections to the Seimas of the Republic of Lithuania. These provisions were very similar to the aforementioned provisions of the Law on Elections to Municipal Councils.

By its ruling of 1 October 2008, the Constitutional Court recognized that the provisions of the Law on Elections to the Seimas, whereby candidates for the Members of the Seimas may be nominated in the multi-member constituency only by political parties, were not in conflict with the Constitution.

The Constitutional Court emphasized that when one bears in mind elections to municipal councils and elections to the Seimas, as well as the regulation of these elections, one perceives different situations: state administration and local self-government are two different systems of public power enshrined in the Constitution and they are formed and function on different constitutional bases; under the Law on Elections to Municipal Councils, municipal councils are elected only according to the system of elections to municipal councils of proportionate representation in the multi-member constituency, in which only the candidates entered in political parties' lists were allowed to compete, while, under the Law on Elections to the Seimas, Members of the

Seimas are elected according to the mixed (proportional and majoritarian) system of elections, which creates a possibility not only for persons who are recorded in the lists of the political parties to stand in the elections to the Seimas, but also for individual persons who, under the procedure established by the laws, nominated themselves as candidates in such elections.

In the said ruling the Constitutional Court *inter alia* emphasised the role of political parties in the political life of the state and society in the course of forming state institutions and in governing the state.

Several Constitutional Court decisions related with the investigation of the constitutionality of laws regulating relations of ownership and some social relations have exerted substantial influence on the life of society and the population.

As it is well known, during the years of the Soviet occupation (in 1940 and later) the private property possessed by Lithuanian citizens was nationalised. Therefore, after the restoration of the independence of the Republic of Lithuania on 11 March 1990, the laws of the Republic of Lithuania adopted by the Supreme Council (the supreme representative institution) recognised that the rights of ownership acquired by citizens of the Republic of Lithuania prior to the Soviet occupation are not abolished and that there is succession to such rights. In order to regulate the process of restoration of ownership rights, a law and corresponding substatutory acts were adopted, which were later amended and supplemented more than once. Since the restitution process was very complicated due to its extent, complexity, and the economic, social and land use relations that had undergone substantial changes during the long period of the Soviet regime, there have been discussions and disputes regarding the efficiency, reasonableness and lawfulness of provisions of the legal acts regulating this process, *inter alia* regarding the compliance of these acts with the Constitution.

Therefore, constitutional justice was and is of crucial importance for the development of the regulation of the restitution legal relations, in which a big part of the society of Lithuania (the owners of the property which is to be returned, the successors to their rights, as well as the present users of this property) is taking part.

The Constitutional Court has solved approximately 20 constitutional justice cases linked with assessment of the constitutionality of legal regulation of restitution. It formulated the provisions

of the constitutional doctrine and such provisions are followed both in developing the legal basis of restitution and in applying the valid legal acts.

The Constitutional Court has noted more than once that in Lithuania one chose limited restitution, but not restitutio in integrum in order to keep the balance between the interests of the owner and those of the entire society. On these grounds the constitutional doctrinal provisions were formulated, according to which in case there are no possibilities to restore the existing real property in kind, the rights of ownership may be restored in other ways, for example, by allocating a plot of land, forest, or an area of a water body of equal value in another place, i.e. by allocating the property which had never belonged to that person by right of ownership before, or, for example, by paying a fair compensation, which also secures the restoration of ownership rights. In addition, the Constitutional Court interpreted in its acts as to what criteria should be followed by the legislator when he establishes the situations when the property is not returned to the owner in kind and is bought out for state needs. The Constitutional Court has noted that the constitutional bases and requirements for taking the property over for the needs of society must also be applied in the case of restitution where the issue of buying out of the property for state needs was decided.

While considering a constitutional justice case on restoration of the rights of ownership in protected territories (ruling of 5 July 2007), the Constitutional Court held that the circumstance that the property to which the rights of ownership are restored is in an area which is ascribed to areas of particular value, is a sufficient basis for the legislator to regulate the restoration of the rights of ownership to such property in a differentiated manner, since the legislator cannot disregard the imperative arising from the Constitution to regulate these relations in the manner so that one would not undermine the protection of the areas of particular value, which are a national value of universal significance. On the grounds of such interpretation provided by the Constitutional Court, a draft law, which reduced the circle of the persons to whom land could be returned in protected territories, was prepared and presented for the legislator for consideration.

While speaking about the influence of constitutional justice on

social relations, one is to mention the 25 November 2002 Constitutional Court ruling on the constitutionality of limitation of payments of social insurance pensions to working pensioners, which had a deep repercussion in society. It was held in this ruling that the provisions of the Republic of Lithuania Law on State Social Insurance Pensions, whereby the payments of allocated and paid social insurance pensions to working pensioners were reduced, were in conflict with the guarantees of protection of property entrenched in Article 23 of the Constitution, with the provision of Paragraph 1 of Article 48 thereof, whereby each human being may freely choose a job, and with the obligation of the state to guarantee the right to a pension, which is entrenched in Article 52 of the Constitution.

In this constitutional justice case it was *inter alia* emphasised that the collection of funds necessary to pay old age pensions and the payment of the pensions themselves are based on social insurance (on social insurance contributions), and the human being, to a certain extent, takes part in the creation of the material preconditions of payment of these pensions. The person who meets the conditions established by law in order to receive the old age pension, and who has been awarded and paid this pension, has the right to a monetary payment of a respective amount, i.e. the right to possession.

After this Constitutional Court ruling was adopted, there were many discussions in society regarding the protection of rights of the persons to whom the limitations on pensionary payments had been applied prior to the adoption of the Constitutional Court ruling. The discussions of the legal community, representatives of state institutions and interested persons prompted certain initiatives of the legislature and, on 6 November 2007, the Seimas adopted the Republic of Lithuania Law on Paying Part of State Social Insurance Old Age and Invalidity Pensions, whereby the state undertook an obligation to pay part of the pensions, which were not paid till 31 December 2002, to those pensioners to whom the payments had been limited under the legal provisions, which were recognised as unconstitutional by the Constitutional Court ruling of 25 November 2002.

While speaking about the social relations very closely linked with the innate human rights and their protection, one is to men-

tion the constitutional justice case on the compliance of provisions of the Republic of Lithuania the Law on Education with the Constitution, which was decided on 13 June 2000. Since the constitutionality of the provisions of the law was disputed from the aspect of the influence of religious organisations and churches on education (establishments of teaching and education), this case was important both from the standpoint of the constitutional grounds of the relation between the state (its institutions) and religious organisations, and in the aspects of human rights and freedoms (freedom of thought, belief and conscience, the right to freely choose any religion or belief and, either alone or with others, in private or in public, to profess one's religion, to perform religious practices, to practice and teach one's belief), and in the aspects of protection of the rights and interests of the child.

In this case the Constitutional Court noted that in the Constitution the principle of separateness of the state and the church is established, which is the basis of the secularity of the State of Lithuania, its institutions and their activities. This principle, along with the freedom of convictions, thought, religion and conscience which is established in the Constitution, together with the constitutional principle of equality of all persons and the other constitutional provisions, determines neutrality of the state in matters of world view and religion. Alongside, it was emphasised that the provision of Paragraph 1 of Article 40 of the Constitution that state and local government establishments of teaching and education shall be secular presupposes a requirement that these establishments be tolerant, open and accessible to people of all religions as well as those members of society who are non-believers.

It was noted in the Constitutional Court ruling that the requirement of Paragraph 1 of Article 40 of the Constitution to offer classes in religious instruction at the request of parents expresses the principle of positive declaration. It is the constitutional right of parents to express a request that their children be given religious instruction, also by indicating as to what particular religion is requested to be taught. It was also emphasised that, under Paragraph 1 of Article 14 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, the States Parties shall respect the right of the

child to freedom of thought, conscience and religion. Therefore if the establishment of teaching or education knows about the religion of traditional churches or religious organisations professed in the family of the child, the child, while taking account of his interests, may be taught this religion. If the establishment of teaching or education does not know about the religion of traditional churches or religious organisations professed in the family of the child, account is taken of the request of the child himself. The child may not be coerced to adopt or profess any religion or faith, nor his constitutional freedom of thought, conscience and religion may be restricted.

The Constitutional Court held that the disputed provisions of the law according to which in educational establishments classes may be founded in order not only to give religious instruction but also to teach secular subjects create legal preconditions to change the secular character of state and local government establishments of teaching and education, thus they violated Paragraph 1 of Article 40 of the Constitution.

In addition, the Constitutional Court held that the provision of the Law on Education that the religious association was entitled set to the requirements of world outlook formation for state and local government educational establishments which are co-founded with state-recognised traditional religious associations and the requirements for the staff of the educational establishment implied that that the religious community was entitled to interfere with the convictions of the employees (and not only of teachers of religion, but also of teachers of secular subjects), to exert influence on them, to find out their view on religion, faith, believing or non-believing. The application of such provision of the law would deny the norm of Paragraph 1 of Article 42 of the Constitution that culture, science, research, and teaching shall be free, and would violate the constitutional concept of freedom of convictions and their expression.

On 21 November 2000, while taking account of this Constitutional Court ruling, the Seimas adopted the corresponding amendments to the Law on Education.

Summing up the discussed aspects of the experience of constitutional justice in Lithuania, it is possible to assert that constitutional justice, which, by its content, encompasses the constitu-

tional verification of concrete legal acts, as well as the interpretation of the Constitution and highlighting constitutional values and consolidation of their concept, exerts influence in an active manner on development of legal regulation on the basis of constitutional values. It is by this that constitutional justice contributes to entrenchment of constitutionalism and undoubtedly influences not only state institutions, but society as well.

I. Macejková

*President of the Constitutional Court
of the Slovak Republic*

Influence of the Constitutional Court of the Slovak Republic on the monism of the Slovak legal system

1. The Constitutional Court of the Slovak Republic was established sixteen years ago as a result of historical conditions that within three years fundamentally predetermined the contemporary Slovak statehood. In November 1989 the whole socio-political system of the Czech and Slovak Federative Republic was radically changed. The Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Coll. of the 1st of September 1992 was adopted. On 31st of December 1992 the Czech and Slovak Federative Republic ceased to exist. The sovereign Slovak Republic came into being on 1st of January 1993. According to the Constitution and Law No. 38/1993 Coll. of the 20th of January 1993, on the organization of the Constitutional Court of the Slovak Republic, the Constitutional Court initiated its decision-making power. Slovak Republic became a member of European Union on 1st of May 2004 as a genuine result of essential changes. Without exaggeration there is a need to say that Slovak legal system has definitely become a part of the European legal culture. By analysis of functions of the state we can unambiguously draw a conclusion that the Slovak Republic is a parliamentary republic in term of the system of government. It is an integrated, sovereign state, which forms conditions for a modification of the formal rule of law to the substantive rule of law. In terms of law the membership in the European Union changed fundamentally relationship between the national/domestic law and the international law; preferentially in terms of sources of the law.

It is necessary to stand on the objective facts given while assessing the influence of the decision-making power of the Constitutional Court of the Slovak Republic (hereinafter "Constitutional Court").

Constitutional Court in the Slovak Republic has extremely strong position and disposes of broad powers. In term of particular models of the court control of the constitutionality, centered and specialized model of the court control is concerned.

In the Constitution the judicial power is adjusted in the 7th Chapter and consist of two sections. The first section is related to the Constitutional Court, the second one to the general courts. Constitutional Court is a body *sui generis*; it is independent from the system of ordinary courts by its organization and personnel point of view.

2. Division and control of the power is a principle of the legal state "*conditio sine qua non*" for all existing states. In the rule of law the power of the state must be reallocated in such a way that judicial power would be an effective counterbalance disposing of active checks, which shall prevent misuse of power by political parties through the executive and the legislative power. Enlargement of the legal powers of the courts (including Constitutional Court) is not a demonstration of voluntarism but is an objective necessity.

3. The existence of the Constitutional Court, as an authority of a court type invested with protection and guarantee of the constitutionality, emerged necessity to divide the judicial power between the Constitutional Court and the ordinary courts that an unwanted duplicity in proceeding would be avoided. Thus, the Constitutional Court *via facti* would not become only an additional level in the system of ordinary courts.

Since the establishments of the Constitutional Court there have been theoretical as well as applicative issues associated with division of powers between the general courts and the Constitutional Court. Legislative solution chosen by the creators of the Constitution while determining its power is a following statutory text: "if no other court (i.e. ordinary court) is deciding". This statutory text is defined by the constitutional theory as a principle of subsidiarity. The principle of subsidiarity is embodied in the Constitution in four cases: in proceedings concerning confor-

mity of legal regulations related to local government authorities and local state administration with the legal sources of higher legal force, in proceedings concerning constitutional complaints of natural persons and legal persons if violation of fundamental rights and freedoms or human rights and fundamental freedoms resulting from international treaty is claimed, in proceedings concerning complaints of local government authorities toward unlawful decision or other unlawful infringement on the merits of local government. Another one is decision-making concerning demarcation disputes.

The principle of subsidiarity is especially important in merits on the constitutional complaints of natural or juristic persons. It results in overload of judges by the proceedings on complaints and restriction of space for other types of proceedings.

We can remark two approaches in application of the principle of subsidiary authority of the Constitutional Court; in cases of the constitutional complaints objecting violation of the fundamental rights and freedoms thus in interpretation of border between the ordinary courts and the Constitutional Court:

- The legal power of the Constitutional Court is subsidiary and applied only if the legal power of the general courts is not given.
- The second principle as a result of an activism of the Constitutional Court eventuates in that the complain is admissible if, based on the terms of each case and despite exhaustion of all legal remedies available, the fundamental rights and freedoms of the plaintiff remain violated.

4. Amendment of the Constitution in year 2001 increased participation of the Constitutional Court on the monism of the legal system of the Slovak Republic by application of **preventive control of the constitutionality** by its new powers: decision on conformity of negotiated International Agreements with the Constitution (became effective on 1st January 2002) and decision on conformity of subject matter of a Referendum with the Constitution and the constitutional laws (became effective on 1st July 2001). On of the competences of the president of the Slovak Republic is to submit a motion to start proceedings concerning conformity of the international treaty with the Constitution or constitutional laws if he has doubts about the conformity. If the Constitutional Court promulgates a discrepancy, affected inter-

national treaty shall not be ratified. The competence to announce a referendum belongs to the president as well. If he has doubts about conformity of the referendum with the Constitution or a constitutional law, he is obliged to submit a motion to start proceedings concerning conformity of the referendum with the Constitution. If the Constitutional Court promulgates a discrepancy, president is not allowed to announce a referendum.

5. The Constitutional Court of the Slovak Republic as a concentrated model of the Authority protecting Constitutionality had already, by the original text of the Constitution, a wide range of legal powers. That range was progressively growing through various revisions of the Constitution implemented by constitutional laws, particularly in the period of 1999 and 2001. As resolves from the valid constitutional regulations, in the present Constitutional Court disposes of 19 competences (legal powers). Moreover, within the power of decision-making concerning conformity of legal regulations, there are four subgroups of competences. Constitutional Court decides about constitutionality and legality of five types of elections within the framework of proceedings on electoral complaints (presidential elections, parliament elections, European parliament elections, elections to local government bodies).

It is desirable to complete this listed enumeration with plenary decision-making concerning inner competences of the Constitutional Court - especially to unify the decisions of the senates, to regulate its inner matters and budget proposal.

Despite the growing number of the judges (from ten to thirteen), all the judges are burdened with permanently increasing number of appeals.

It is truth that solely the enumeration of the Constitutional Court competencies (and related number of particular proceedings) does not show the real picture of level, difficultness and efficiency of the Constitutional Court decision-making activities.

Some of the competencies are applied almost daily (constitutional complaints), some periodically (electoral complaints) and some very rarely. From the regulative function of law results that its constitutional arrangement is essential.

Since the establishment of the Constitutional Court following competences were never applied:

- Electoral complaints concerning presidential election, European parliament election, election of the self - governing regions.

Following competence were applied rarely:

- Approval for the criminal prosecution of the general court judges, as well as disciplinary proceedings concerning president ad vice-president of the Highest Court of the Slovak Republic and Attorney General of the Slovak Republic.

Objectively inevitable task to unburden overloaded judges will not be resolved systematically if only mechanical reduction of the Constitutional Court's legal powers will be provided.

"Neuralgic point" of the judges' overload is decision-making concerning complaints by natural persons and legal persons if these persons claim violation of their fundamental rights and freedoms, despite subsidiary legal power of the Constitutional Court. Proceedings concerning complaints are difficult as regards its factual aspects as well as quantitative aspects and timing. This type of proceedings makes the main part of the decision-making agenda of the Constitutional Court. For example the findings received in a proceedings concerning constitutional complaints represented in the period 2002-2006 almost 91% from all decision on merits of the Constitutional Court.

Facticity of the monism of the Slovak legal system (guaranteed, *inter alia*, by decision making powers of the Constitutional Court) is conditioned by solving problems joined with its crucial competences, so as Proceedings Concerning Conformity of Legal Regulations, Proceedings Concerning Constitutional Complaints, Interpretation of the Constitution and Constitutional Laws.

a. Decision making Concerning Conformity of Legal Regulations

This is a typical power for all existing Constitutional Courts in the world.

Constitutional Court of the Slovak Republic does not decide about the Conformity of Legal Regulations of the equal legal force. The control of the Constitutionality is made post legem, because the subjects of the control are not the drafts of the legal regulations. Legitimate decision is issued in the Collection of Laws and is generally binding.

The Constitutional Court is in the position of negative legislator because the result of its decision is quashing of effectiveness of inharmonious regulation. If the regulation is not harmonized within six months, it becomes invalid and is excluded from the legal system.

After the revision of the Slovak Constitution in 2001 the influence of the Constitutional Court on the monism of the Slovak legal system strengthened due to the new legal power of the Court. According to this power in the proceedings concerning conformity, the Court is allowed to cease effectiveness of the challenged legal regulations, their parts, eventually some of the statutes, if extensive economic loss or other serious irreparable consequences are threatening.

The Court is fully aware of relevance of immediate impacts (especially economic ones) resulting from ceasing of effectiveness of the legal regulations. From its own initiative the Court did not cease the effectiveness of any challenged regulation.

In the Slovak Republic natural and legal persons do not have active procedural legitimacy to make a motion to start proceedings concerning the conformity of the legal regulations. For the praefatus persons there is a possibility to use a mediate option. That means procedural legitimacy of the general court acting through ombudsman or office of the public prosecution. Within proceedings concerning conformity there is a very important power of the Constitutional Court that is adjusted in the Law No. 38/1993 Coll. on the organization of the Constitutional Court of the Slovak Republic. This power contains an option to extend the range of the reviewed legal regulations and add other regulations related (factually and contextually) to those, which were labeled as discrepant as well as to promulgate by finding its discrepancy.

Authority that issued discrepant legal regulation is required to harmonize it with the regulation of higher legal force. This authority is binded by the legal opinion promulgated in the finding of the Constitutional Court.

b. Decision-making concerning complaints from nature persons and legal persons subject to Article 127 of the Constitution.

Original constitutional regulation of the constitutional complaint had several imperfections. After the constitutional revision

in 2001 a new version of Article 127 was approved. Essential changes as follows:

- Possibility to challenge not only the violation of fundamental rights and freedoms but human rights and fundamental freedoms resulting from international treaty as well
- Complaint can refer not only to the valid decision but to the measure or other intrusion as well
- Passive legitimacy belongs not only to the authority of public administration but to the any public power authority as well
- Competences of the Constitutional Court were extended i.e. to avoid challenged decision, measure or other intrusion, to direct those who violated rights and freedoms protected by the Constitution to take action in the case, to return the case for another ruling, to ban continuation in denial. If possible, those who violated rights and freedoms, are required to the restituo in integrum
- Possibility to concede an adequate financial satisfaction to those whose rights or freedoms were violated Individual protection of the fundamental rights and freedoms guaranteed by the Constitution acquired after the revision a suitable space to be effective. Mentioned statement was affirmed by the case law of the European Court of Human Rights.

This court declared subject to the Article 127. of the Constitution that complaint has a nature of effective inner administrative remedy that must be used before appealing in Strasbourg.

Possibility of adequate financial satisfaction (often the main factor to submit a complaint) raised a number of individual complaints delivered to the Constitutional Court.

c. Proceedings concerning interpretation of the Constitution and Constitutional laws.

Analyzing the tools used by the Constitutional Court that share in the monism of the Slovak legal system, we cannot neglect proceedings concerning interpretation of the Constitution and Constitutional laws. This type of proceedings belongs to the abstract control of the constitutionality because the legal effects of the Court's decision have an impact on the legal status of the unknown number and range of subjects.

Particularities concerning interpretation of the Constitution and Constitutional laws include:

- Since 1st July 2001 the decision of the plenum is promulgated in the Collection of Laws. The Constitutional Court is the only authority that interpretation is legal and legally binding erga omnes. This is the reason why this kind of decision has a binding force equal to the binding force of the legal regulations.
- General condition of the proceedings is an existence of the cause, which means a concrete cause between two participants. Generally are concerned public authorities. In their mutual relation the Constitution and Constitutional laws should be applied.
- General binding force has the effects only in the future (ex nunc) - Constitutional Court is not allowed to interpret the Constitution and Constitutional Laws ex offio
- Proceedings concerning interpretation of the Constitution represent a tool of the Constitutional Court's participation on the decision-making process related to the share of power among particular constitutional authorities.
- Constitutional Court is not legally binded by any motion of any of the participants in the proceedings; is not required to favor any of the interpretation's options represented by the participants.
- The Constitutional Court of the Slovak Republic is by right an important element in the legal system in the Slovak society. By its status and its legal powers the Constitutional Court of the Slovak Republic belongs among Constitutional Courts of European Union as an equal partner.



П. Миклашевич

*Председатель Конституционного Суда
Республики Беларусь*

Влияние конституционного правосудия на общество в Республике Беларусь

Уважаемые коллеги!
Дамы и господа!

В Республике Беларусь в апреле этого года мы будем отмечать 15-летие Конституционного Суда.

За этот короткий период конституционное правосудие прошло несколько этапов своего развития. Начало деятельности и становления Конституционного Суда (1994-1996 гг.) как органа конституционного контроля происходило в сложный, политически обостренный период перехода к реальному формированию президентской республики, завершившийся упорядочением конституционного механизма разделения властей и достижением оптимального баланса их полномочий с проведением всенародного референдума по изменению Конституции. В это время Конституционному Суду приходилось большое внимание уделять вопросам разграничения компетенции властей, их взаимодействия.

В настоящее время дальнейшее развитие конституционного правосудия в Беларуси происходит в условиях стабильности в обществе, реального развития демократии, тесного и конструктивного взаимодействия властей, высокого доверия народа Президенту и Парламенту. Расширены полномочия Конституционного Суда с целью дальнейшего совершенствования системного характера конституционного контроля, повышения его роли и влияния на утверждение конституционных ценностей и принципов в жизни общества и государства.

Все это время главной задачей Конституционного Суда было и остается обеспечение верховенства Конституции и ее непосредственного действия, конституционный контроль за нормативными правовыми актами в государстве, защита конституционных прав и свобод граждан.

В соответствии со статьей 116 Конституции заключение о конституционности нормативных правовых актов Конституционный Суд дает по предложениям Президента, палат Парламента, Правительства, Верховного Суда, Высшего Хозяйственного Суда. Уполномоченными субъектами было внесено в Конституционный Суд всего 88 предложений о проверке конституционности законов и других нормативных правовых актов. В последние годы рассматриваются единичные обращения в порядке последующего конституционного контроля, что свидетельствует о повышении уровня конституционности нормотворческого процесса в республике.

В прошлом году введен обязательный предварительный конституционный контроль всех законов, принятых Парламентом, на стадии до подписания их Президентом. Тем самым вектор дальнейшего развития конституционного правосудия направлен на упреждение нарушений конституционности в нормотворчестве, исключение возможных негативных социальных последствий действия норм законов, противоречащих Конституции, недопущение искажения конституционно-правового смысла при правоприменении.

Конституционным Судом уже проверена конституционность 102 законов, из них 35 - о ратификации международных договоров. Признавая конституционность принятых законов, Конституционный Суд формировал правовые позиции, по своей сути направленные на уяснение конституционно-правового смысла норм законов, таким образом упреждая коллизии при правоприменении.

Конституционное правосудие в форме обязательного предварительного конституционного контроля законов реализуется впервые на постсоветском пространстве. Поэтому мы активно изучаем опыт наших французских коллег, опыт Конституционного Суда Румынии и других стран, где осуществляется в той или иной степени предварительный конституционный контроль.

В Беларуси граждане не обладают правом на конституционную жалобу, т.е. на непосредственное обращение в Конституционный Суд, что, безусловно, ограничивает возможности более широкой проверки конституционности в правоприменении. Вместе с тем законодательством гражданам предоставлено право обратиться к уполномоченным субъектам по вопросам проверки конституционности актов. Механизм реализации такого права требует дальнейшего совершенствования.

В соответствии с положениями статьи 112 Конституции, если при рассмотрении конкретного дела суд общей юрисдикции придет к выводу о несоответствии нормативного акта Конституции, он принимает решение в соответствии с Конституцией и ставит в установленном порядке вопрос о признании данного нормативного акта неконституционным. В настоящее время Конституционный Суд предпринимает необходимые усилия для того, чтобы заработал в полном объеме указанный механизм проверки конституционности законов и других актов, применяемых судами при рассмотрении конкретных дел.

В целом решения Конституционного Суда воспринимаются в обществе положительно как со стороны государственных органов, так и граждан.

Наиболее широкий общественный резонанс получили решения Конституционного Суда, направленные на обеспечение: права граждан на судебную защиту посредством обращения в компетентный, независимый и беспристрастный суд; гарантий равной защиты и равных условий для развития всех форм собственности; введения альтернативной воинской службы; упрощения порядка выезда граждан Республики Беларусь за границу; свободы передвижения и выбора места жительства.

В принятых решениях сформированы правовые позиции по вопросам конституционных гарантий прав участников уголовного процесса; пробельности при исчислении процессуальных сроков; конституционности применения судами правила об обратной силе закона.

Неоднократно рассматривались вопросы обеспечения конституционных гарантий социально-экономических прав.

Суд проверял конституционность правового регулирования в сфере предпринимательства, гарантий трудовых прав работников на предприятиях различной формы собственности, их участия в профессиональных союзах.

Главное в своей деятельности в этом направлении Конституционный Суд видит в постоянном конституционном контроле законодательства, регулирующего права и свободы граждан с целью их полной реализации в соответствии с положениями Конституции, международными стандартами прав человека.

Республика Беларусь является участницей практически всех основных международных договоров универсального характера в области прав и свобод человека. Это позволяет Конституционному Суду применять их непосредственно при принятии решений.

В международном праве аккумулированы стандарты в области прав человека, которым должны соответствовать и законодательство, и судебная практика различных стран. Именно конституционное правосудие определяет оптимальный баланс соблюдения прав личности и интересов всего общества, утверждает единые демократические ценности.

Спасибо за внимание.



B. Nenadic

*President of the Constitutional Court
of the Republic of Serbia*

O. Vucic

*Judge of the Constitutional Court
of the Republic of Serbia*

The impact of the practice of the Constitutional Court on society

A short overview on the origination, development and current constitutional physiognomy of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

In the year in which the Constitutional Court of the Republic of Serbia is celebrating a significant jubilee – 45 years of its existence, we believe it necessary and appropriate, to begin our report with some facts which shed particular light on all that this guardian of our constitutions (as there have been a few) has meant for the legal system of Serbia, from its foundation until today, as well as for the rights of its citizens, for the faith in the effect of law in general, and through them all, faith in a legal state and the achievement of justice.

Back in 1963, the socialist Yugoslavia, the first and only of the socialist countries, established the Constitutional Court, in that way with numerous other adopted institutions, as well as the rights and freedoms of citizens which reflected the so-called “western model” of constitutionality and constitutional organization, it drew closer to the lasting and inviolable values of liberal-democratic constitutionality. Amongst all else, the Constitutional Court in fact was one of the reasons due to which our former state, the socialist federation of Yugoslavia, differed from other states with socialist order, and because of which constitutional

theoreticians and numerous analysts of that time singled it out as an atypical country that deviated from the strict and unconditional devotion to the principles of the socialist organization of the state and justice.

Our former state established the institution which in its structure and especially its work shall oppose the inviolable determination of the socialist states – the principle of the unity of powers.

In the Republic of Serbia, a Constitution was adopted in which, at least symbolically, Serbia bound its exemplarily developed constitutionality of the 19th and the beginning of the 20th century with its modern constitutionality, which in many of its principles and institutions that set it apart and the renewed constitutionality of the state of Serbia from the period of its state sovereignty. With respect for its own, authentic and respectable constitutional heritage, with this Constitution, Serbia had turned to the experiences of European and world proportions and valuably confirmed postulates of constitutional and all other structures of democratic, socially just state, founded on full equality of its citizens whose rights have been guaranteed by way of a series of constitutionally prescribed institutions. With full right and respect the Constitutional Court also found its place.

Since recently, we have before us the new Constitution of the Republic of Serbia, adopted in 2006. One of the issues where the authors of this Constitution were the most efficient was the matter of the Constitutional Court¹.

This short overview of the establishment and development of constitutional judiciary in the Republic of Serbia we considered to be a necessary “milieu” in which every decision which this Court makes is necessarily observed and respected and whose reflection are those decisions themselves. Namely, the practice of this Court, especially the post-socialist one, is rich with decisions that were of great significance for our society, and were, on the one hand, the result of the given social circumstances and, on the other, had great retroactive influence on society itself and the changes which were taking place.

¹ See more on the new Constitution and Constitutional justice: R. Marković, “Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled”, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2006, pgs. 26-31 and same author, „Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006 godine.“ Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2007, pgs.19-46. O. Vučić, „Novi Ustav Republike Srbije i Ustavni sud – učinjene izmene – neka otvorena pitanja“, Pravna riječ, 10/2007, pgs. 131-145.

The framers of the Constitution broadened the constitutional definition of the Constitutional Court which is defined as an “independent and autonomous state body which protects the constitutionality and legality and human and minority rights”. Although with the protection of constitutionality and legality, in essence the human rights are protected as well, which are the fundamental reason for the existence of the need for constitutional order in general, and through the protection of which the sphere of guaranteed rights and freedoms of citizens is secured, the emphasized, at first glance complex – two-fold nature of the Constitutional Court, as the protector of human and minority rights is the result of the fact that with the new Constitution a constitutional appeal is ordained, as a legal instrument by way of which the direct protection of constitutionally guaranteed rights are effectuated². The changes were also made in reference to the structure of the Constitutional Court, manner of election of its new members, their tenure of office and legal position, but also in view of the competences of the Constitutional Court and the manner in which those competences are exercised.

The Constitutional Court of Serbia is characterized by very broad and diverse competences, which points to the aim of the framers of the Constitution for the Constitutional Court to encompass with its competences all forms of violations of the constitution and their resolution as disputes for which the Constitutional Court is responsible³.

The competences of the Constitutional Court can be classified into a number of groups. The first group is normative control – control of constitutionality and legality of general legal acts. That is the fundamental, primary competence of the Constitutional Court, which encompasses the control of constitutionality and legality of all general legal acts in the legal system of the Republic of Serbia. In the contemporary constitutional system of Serbia there exist mixed systems of control of the constitutionality and legality of regulations, in which there simultaneously exist preliminary and subsequent control (control a posteriori and control a priori).

² In reference to this new competence of the Constitutional Court of the Republic of Serbia see paper written by B. Nenadić „Ustavni sud Srbije kao „žalbeni“ sud“, *Pravna riječ*, 10/2007, pgs. 175-205.

³ See B. Nenadić, „Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije from 2006“, Preface to the Law on the Constitutional Court, Belgrade 2008, pg. 18 and further.

Within the scope of normative control the Constitutional Court, firstly decides on the compliance of laws and other general acts with the Constitution. By the Constitution this control is established as the universal control of the constitutionality of all general legal acts, thus in our legal system there is no general legal act that is exempt from this control, except for acts that have the same legal force as the Constitution. Also, the Constitution foresees the control of the compliance of the national, domestic law with international law, as one of the new forms of normative control of laws and other general acts that is exercised by the Constitutional Court, as well as the competence of the Court to decide on the compliance of ratified international agreements with the Constitution. Within the scope of normative control, lies the control of the legality of general legal acts, the control of the constitutionality and legality of statutes and other general acts of political parties, unions and associations of citizens. The second significant type of dispute the Constitutional Court decides upon are disputes regarding conflicts of competences. In these “conflicts” the Constitutional Court does not decide on the “matter itself”, but on which of the bodies which are in conflict is competent to meritoriously resolve the matter that is the subject of the conflict of competences. A special competence of the Constitutional Court is the protection of territorial autonomy and local self-government, which maintains the relation of the state of Serbia toward the democratic principle of the decentralization of power. The former competence of the Constitutional Court to decide on the prohibition of the activities of a political party or other political organization, has with the new Constitution, been extended to include the deciding upon the prohibition of the work of unions and associations of citizens, where the basis for the prohibition includes – the activities of these associations and organizations which are aimed at the violent overthrow of constitutional order, violation of guaranteed human and minority rights, or inciting of racial, national and religious hatred.

Another new competence of the Constitutional Court is its deciding upon the existence of a violation of the Constitution in the procedure of dismissing the President of the Republic, whilst still a part of its competence is deciding on election disputes for which the competence of the courts has not been prescribed. Within the scope of the competence of the Constitutional Court as

the “court of appeal” there are numerous types of disputes encompassed, which will be initiated before this Court by way of an appeal as a legal instrument. That includes so-called various variants of constitutional appeal “special” or “particular” constitutional appeals. Thus, aside from the control of constitutionality and legality, the protection of human and minority rights is now the most important function of the Constitutional Court, which is effectuated by the Court by deciding on constitutional appeals.

The decisions of the Constitutional Court of the Republic of Serbia that have had great impact on society

The Constitutional Court has on multiple occasions made decisions in regards to one of the oldest, and in many ways, most significant political rights of citizens, election rights. In relation to this constitutionally guaranteed right, a Decision was rendered in case number IU-197/02 on May 27, 2003, which pertained to the protection of the passive voting right and the mandate of a deputy. It ruled the provisions of the Law on Election of Deputies (published in “The Official Gazette of the Republic of Serbia No. 35/2000) as unconstitutional in order to protect the constitutionally guaranteed passive voting right as an individual right and one of the basic civil rights, as well as to protect the principle set forth in the Constitution, according to which all citizens are equal in terms of their rights and duties and enjoy equal protection before government and other bodies regardless “of ... their political or other beliefs ..., or some personal characteristic”. In addition, this Law has been declared unconstitutional in order to protect the constitutional principle, under which citizens exercise their sovereignty, through, *inter alia*, their freely elected representatives.

The challenged provision of the Law stipulated that deputy’s term of office shall end before expiration of the period s/he has been elected for if: if s/he ceases to be a member of the political party or coalition of parties from whose candidate list s/he has been elected deputy, and if the political party, or other political organization from whose list s/he has been elected is deleted from the register maintained with the competent body. In this constitutional matter the Constitutional Court took on the following position: No special rights or powers of a political party or a coalition over a deputy with legally binding force, including the right of

a party to strip a deputy of his mandate, can be derived from the fact that the political party or coalition put that citizen on its candidate list. Since membership in a political party or other form of association of parties is not a requirement for acquisition of the passive voting right, or the right to stand as a candidate and be elected deputy, provisions prescribing termination of membership in a political party or coalition as grounds for ending of a deputy’s mandate, i.e. the loss of acquired passive voting right, is, according to the Constitutional Court, not consistent with the Constitution. Deputy, as a holder of a public office at a government body, enjoys the constitutionally guaranteed freedom to represent his electorate and cannot be legally bound by orders of political parties or coalitions in the sense that noncompliance with these orders can result in termination of his/her mandate. The position of the Constitutional Court is that on the basis of candidacy or putting of a candidate on the party’s candidate list, the law cannot establish the legal liability of a deputy vis-a-vis the entity which proposed him/his as a candidate. The deputy who ceased to be a member of a political party or coalition from whose electoral list s/he was elected may have a political or moral obligation to give up his/her mandate or resign from his/her post, but such legal obligation is not prescribed by the Constitution. In view of the fact that there is no legally or constitutionally founded connection between electorate and deputies during the tenure, in terms of legal bounds in discharging the function of a deputy or termination of office, the “destiny of deputy’s mandate” cannot by the law be made directly dependent on the status and organizational changes in the political party or other political organization which proposed him/her as a candidate. According to the Constitutional Court, the status of deputy, acquired at direct elections, may not be, under Constitution, made conditional upon the change of political belief or political orientation on the part of a deputy and political party alike.

Political parties cannot be by law granted powers, which will result in a change of the composition of the National Assembly as a legislative body. Similarly, political or legal life of a party from whose list a deputy has been elected cannot, according to the Constitution, have direct impact on the composition of the National Assembly.

The Court took the identical position reviewing the constitutionality of the provisions contained in the Law on Local Self-Government ("The Official Gazette of the Republic of Serbia", Nos. 49/99 and 27/01) and Law on Local Elections ("The Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 33/02), which stipulates that the mandate of a councilman shall terminate before the end of the period s/he has been elected for, if he/she ceases to be a member of the political party which proposed him/her as a councilman or if s/he ceases to be a member of the political party or coalition from whose list s/he has been elected. The Law thus directly links termination of mandate of a councilman with the status or organizational changes in the political party which nominated him/her as a candidate or other political organization which proposed him/her as a candidate. According to the position taken on by the Court: A councilman, as a holder of public office at the municipal assembly, enjoys the freedom guaranteed by the Constitution to represent his/her electorate and cannot be bound by legally binding orders of political parties or coalitions in the sense that noncompliance with these orders may result in termination of his/her mandate.

The significance of this decision made by the Constitutional Court of the Republic of Serbia should be particularly valued seeing as the multi-party system has been returned to Serbia, following decades where only one political party had existed and acted within the socialist system of government. For more than half a century the citizens of the Republic of Serbia were deprived of the actual possibility to choose between varying political offers, hence they participated in elections, although direct, general and secret, as mere voters of proposed candidates all of which belonged to one political option. Therefore, all questions raised by the newly introduced multi-party system – its implementation in practice, positive regulations by way of which they are regulated and the scientific thought which accompanies and studies it, were a particular novelty. In such circumstances, by rendering decisions on these constitutional and legal questions that were raised before the citizens, the Constitutional Court did not only play the role of a protector of the principles of constitutionality and legality, but also a particular educative role, "implementing" newly established values in the constitutional reality of the Republic of Serbia.

In another decision, the Constitutional Court dealt with the protection of the principle of separation of powers, the principle of independence and autonomy of the judiciary – relationship between legislative, executive and judicial powers, (Decision rendered in case IU-122/02 on February 11, 2003), whereby it established the unconstitutionality of the provisions of the Law on Amendments and Addenda to the Law on Judges ("The Official Gazette of the Republic of Serbia", No. 42/02).

The law, in short, stipulates the following: members of the High Personnel Council shall be appointed by the National Assembly of the Republic of Serbia; the competent Serbian National Assembly committee shall put forward another candidate in case the candidate proposed by the High Personnel Council is not appointed; the procedure for termination of judicial office due to completed years of service and establishing reasons for removal of judges, shall be, apart from other bodies, initiated also by the Minister in charge of the judiciary; powers of the competent committee as a working body of the National Assembly regarding: submission of proposals for election of judges and establishing reasons for termination of judicial office and removal of a court president; and authority vested in the Minister in charge of the judiciary to provide information and opinions about candidates for court presidents, along with his/her opinion to the competent National Assembly committee; court president during his/her tenure cannot perform judicial function. In that respect, the Constitutional Court took on the following position: "The High Personnel Council (HPC) is a judicial body established within the Supreme Court of Serbia. Its members are elected from among the justices of the Supreme Court. HPC decide on matters that have special relevance to the status of judges... Given the position and role of HPC, the challenged provision stipulating that the members of HPC shall be appointed by the National Assembly of Serbia upon the proposal by the High Judicial Council is found contrary to the principle of separation of powers and the principle of judicial independence and autonomy." With members of the HPC being appointed in the above described manner, "the Council ceases to be an independent judicial body and becomes, in a certain way, the body through which the National Assembly exerts its influence on decision-making regarding matters that have special

relevance to the status of judges, i.e. the matters relating to determining the grounds for termination of judicial office and removal of judges, which is the sole authority of the Supreme Court of Serbia.”

The Constitutional Court has established that the challenged provision “shifted the authority for proposing judicial candidates from the High Judicial Council to the committee of the Serbian National Assembly, thus making it subsidiary,” in relation to which the Constitutional Court took on the following position: “In so doing, not only has the legal right of the High Judicial Council been reduced significantly, but also this provision opened a possibility for excluding the Council, as a Republic judicial body, from the process of proposing candidates for judicial office and appointing lay judges. Under the system of separation of powers, proposing judicial candidates is inherent to the judicial power, since it is organized and operates according to the principles of independence and autonomy. For that reason, the procedure for proposing candidates for judicial office that is dependent on the legislature is not in conformity with the Constitution because the legislative branch performs its role and position prescribed by the Constitution by deciding on the final appointment of the proposed judicial candidates.”

By empowering the Minister in charge of the judiciary, as an executive body, to initiate procedure for termination of judicial office due to completed required years of service and establishing grounds for removal of judges, “the principle of separation of powers is violated as well as the principle of judicial independence and autonomy, because these powers affect the internal, personnel-related aspect of the judicial independence”, in relation to which the position of the Constitutional Court is as follows: The Supreme Court has the sole authority to determine grounds for termination of judicial office and removal of judges.

“No one outside the judicial branch may bring up the issues related to termination of judicial office, or removal of judge from office against his/her will before the National Assembly.

Therefore, the competences for determining grounds for termination of judicial office or removal of judges are, under the challenged Law, vested in the High Personnel Council, and proposing candidates for judicial office, including court presi-

dents, who are elected from among the judges, and appointment of lay judges falls within the competence of the High Judicial Council. These two judicial bodies are politically neutral and professionally competent, capable of assessing the qualities of proposed judicial candidates and determining grounds for termination of judicial office and removal of judges, free from political interference”.

The significance of this decision is inseparable from the significance of the principle of the independence of the courts itself. Seeing as the Republic of Serbia had in 1990, with the adoption of its “post- socialist” Constitution, with principles of democratic unity of powers, assembly system, changed over to the principle of the separation of powers and one variant of rationalized parliamentarism, as an issue of particular significance the question of the relations between the three “powers” – legislative, executive and judicial was raised.

Seeing as judicial power is weaker than the two other powers, in the words of Montesquieu “a subordinate power and almost void”, it is much more difficult to provide its independence, than is the case with the legislative and executive powers. That difficult to achieve but necessary independence of exercising judicial power is particularly emphasized in conditions that dominated and have, to date, not been overcome completely in the Republic of Serbia.

Although the principle of the independence of the judicial function, truth be told, is guaranteed by the Constitution and law, in accordance with whose norms the judge is independent in performing his duty from any other power and influence and passes judgment based on the Constitution and law and taking into consideration that s/he is highly qualified and worthy, acting in good faith, examples of this principle being violated are rare. In such social and legal circumstances the concern of the Constitutional Court for the respect of this principle is not only extremely important, but also necessary. In that sense, our eminent theoretician of law, Cavoski emphasizes: “Only the guarantee of judicial independence from the other two powers, is never as such, sufficient, because the legislator and the government also have at their disposal more efficient possibilities for influencing the judges than these can retaliate and in that way establish an appropriate balance. Thus, the judiciary can be independent, first and foremost,

under the condition that the legislative and executive powers without any reproach accept and execute the decisions of the Constitutional Courts, and that the administration, especially the police, executes judgments and other directives of the regular courts without any hesitation⁴". In that way, with the above surveyed decision the Constitutional Court of the Republic of Serbia showed that the constitutional principle of judicial independence represents one of the fundamental values of our constitutional and legal system in general, which should be protected and defended from being jeopardized regardless of where it comes from.

The influence of the work of the Constitutional Court on society and responsive influences of society on the work of the Constitutional Court

The work of the Constitutional Court in the Republic of Serbia, with consideration of the actual nature of this body, its constitutionally innate role in society, very broad competences entrusted to it, the composition of the judges which are its integral part and assumed reputation which it should, in accordance with the aforementioned enjoy, generates the constant and very intensive interest of other bodies, which are entrusted to exercise power in the Republic of Serbia as well as, to a no lesser extent, the citizens themselves. Seeing as the work of the Constitutional Court is public, and by way of prompt and full information, turned toward society and citizens in almost all phases of its proceedings, in the public of the Republic of Serbia the interest for the work of the Court has been preserved, in addition to the meaning and aim of its work in society. This situation has as a consequence the committed tracking of the work of the Court, but also critical examination of its work, not only by the expert public and scientific workers, which is understood, but also by the citizens themselves.

The interest in the work of the Court and the decisions which it adopts is proof of the faith in this Court, its justified and constitutionally prescribed and innate "power" in social trends and expectations which the citizens of the Republic of Serbia foster in relation to this "guardian" of the Constitution and human and minority rights.

⁴ K. Cavoski, *Ustavnost i vladavina prava*, Belgrade 2000, pgs. 401-402.

In relation to the political public, or better said political actors which are acting in the Republic of Serbia, the long-standing tradition of the existence of constitutional judiciary has resulted in the Constitutional Court being spared of evident and crude attacks from either the bearers of the legislative or executive powers. The developed system of relations in the tradition of the functioning of the constitutional judiciary in our country offers a very satisfying level of communication between these state bodies, all of which, each in its own constitutionally regulated sphere of competence, responsibly and without any significant exceptions, respect the other participants of political processes. The realistic basis for such a system of relations was already established by the actual manner in which the judges of the Constitutional Court are elected and its composition, as well as the competences entrusted to it. Namely, a short and much summarized survey of the competences of the Constitutional Court of Serbia can show that both the organizational and functional communication of this Court with all three branches of government and their executors has been fully effectuated.

The manner of establishing the Constitutional Court by way of the prescribed election of judges which are its integral part enabled the equal representation of the legislative, executive and judicial powers as the authentic constitutive factors of the composition of the Constitutional Court, in which way the full legitimated basis for its competences, aimed equally at the legislator, bodies of the executive powers and the courts, is created. Seeing as the Constitution can be violated with the activity of all of those participating in the execution of power and social activity, thus the Constitutional Court must be constitutionally authorized to apply toward all those actors the mechanisms and instruments of protection of the constitutionality and legality and the protection of human and minority rights and freedoms.

With an enhanced composition of judges, broadened competences and strengthened and developed mechanisms of acting, the "new" Constitutional Court, aside from some imprecise constitutional and partial solutions in the law and certain discord amongst them, which raise questions that must be answered in the upcoming period with mutual effort of the science and profession thus not leaving room for doubt in proceedings, is in the posi-

tion to truthfully protect and defence the values that have been entrusted to and are under its protection, including constitutionality, legality, and constitutionally guaranteed human and minority rights and freedoms.

In any case, in the period that is now behind us, there have been no direct reactions to the work of the Constitutional Court and decisions adopted by it, in the sense of their dispute or arguments from doubt expressed in reference to its expertise and political independence.

Criticisms in relation to certain decisions or the dynamics of proceedings on certain cases which have appeared before the Constitutional Court represented a logical, expected and very often welcome and stimulative reaction to the work of the Court, which is not differentiated from the same type of reaction to the work and proceedings of other bodies of government.

Having said all that, it nevertheless does not mean that the reaction to certain decisions which were made by the Constitutional Court was free from the resistance of other state bodies, which was reflected in the lack of execution thereof. The executive power and its holders particularly expressed their unreadiness in this way. Taking into consideration that a decision was made but not executed, a decision which is not "living", by way of which the optative aim is not realized and the inclination of the work of the body which adopts it, in this case the Constitutional Court, it is necessary to establish a mechanism to overcome such situations.

For this reason, in the Constitution of the Republic of Serbia, so as to secure the significant role which the Constitutional Court has in society, in Article 171, which bears the title "ensuring the enforcement of decisions", it is prescribed that: firstly, everyone is obliged to observe and enforce the decision of the Constitutional Court; second, the Constitutional Court, when necessary, shall regulate with its decision the manner of its enforcement and third, the enforcement of the decisions of the Constitutional Court shall be regulated by law.

The dynamic development of the Republic of Serbia and the circumstances in which it is taking place are in fact a necessary basis for such, most often mutual, critical reviews of the work of the bodies that are not responsible for the legislative, executive,

judicial or constitutional judicial power in conditions of transitional leavening, rapid economic development followed by the complex privatization process of the remaining forms of social and state assets and strongly expressed determination and activities, which are undertaken in that sense, for integrative movement in the direction of the European Union.

The Constitutional Court itself strives toward executing its constitutionally prescribed competences and in that way to contribute to the overall social legal harmony, harmonization of legal acts, headed by the Constitution, whose reflexes, understandably, will be felt in the effectuation of general social harmony. In that sense, for example, the efficiency of the Constitutional Court is inseparable from the success of the legislative body that shall with the adoption of valiant laws, which in the right way meet the needs of the citizens of Serbia, in response, but authentically, in this endless process of creating and protecting the law, it will also assist the Constitutional Court in effectuating its social mission.

The success of the work of the Constitutional Court is inseparable from the entirety of conducting the social activities, regardless of whether their execution is entrusted to political, or expert bodies, and thus the Constitutional Court in the Republic of Serbia is very careful when acting in socially delicate legal matters. With its decision the Court must bring on the improvement of the state that implicated its involvement in resolving the disputed situation that has arisen and not to make the situation more difficult with its proceedings, regardless of the fact that it is in compliance with the Constitution and that it has been initiated. In a significant number of its proceedings the Court with due caution ceases its proceedings so as to offer the possibility of eliminating the cause of its engagement and that in a way which has less of a consequence than would be the case following their making of a decision.

Regardless of how much the Constitutional Court influences with its decisions the formation of not only the valid system of legal acts, but also the formation of views and opinions in relation to certain legal issues which emerge as relevant for society of the Republic of Serbia, and society itself, and that society at its end, by the system of responsive feedback influences the decisions made by the Constitutional Court. With some of its decisions the

Constitutional Court has made a breakthrough and step forward in the comprehension of certain issues which have been placed as issues meaningful for the life, rights and freedoms of the citizens of the Republic of Serbia, while it has made some of its decisions completely contrary, following the social course and the needs of the citizens who live under the valid Constitution which is the standard of the functioning of the Constitutional Court.

The Constitutional Court is defined in Article 166 as an “independent and autonomous state body which shall protect constitutionality and legality, as well as human and minority rights and freedoms.” It is precisely this, conditionally said, second function of the Constitutional Court the represents a particular challenge to the actual Court. First and foremost, because the expectations of the citizens are mostly aimed in this direction, but also because of the fact that the part of the Constitution which bears the title “Human and Minority Rights” (Articles 8-81 of the Constitution of the Republic of Serbia) stringently represents the most striking segment of the constitutional text. Rare are the countries, if there are any at all, that can boast with such a wide scale of human and minority rights, as is the case with the Constitution of the Republic of Serbia. Numerous rights and freedoms and especially supported minority rights are the response of the Republic of Serbia to the events which have taken place in the last couple of years, even decades, in the modern world, which with full consciousness relates to the matter of human rights and the rights of minorities. Not only with the system of declarative introduction into the text of the Constitution, which on its own cannot be considered an achievement, but, particularly, with the system of established guarantees of the subject matter of freedoms and rights, the framers of the Constitution of the Republic of Serbia wished to, and we hope also succeeded to show and prove to its citizens and the democratic states of Europe and the world, its clear position in relation to the issue of the constitutional matter and the relation of “forces” of its two entities, meaning the part tied to the citizens and the field of their rights and freedoms and the part turned toward the state and the organized execution of powers. This part of the Constitution is made up of four sections, which represent four classical and most significant domains of human rights, amongst which the most significant domains is the one which

guarantees the economic and social security of citizens. The rights which most often appear as the subject of an infringement in the activity of various bodies and are part of the human rights domain, are the right to work, right to property, right to inheritance and right to strike. In acting on these matters the Constitutional Court proceeds very carefully, taking into consideration the fact that these are delicate and existential rights, whose protection must be secured not only in their entirety, which is understood, with the effectuation of constitutional justice, but with maximally reduced time limits, so that the action of the Constitutional Court would appear as the suitable elimination of the violation of rights that has taken place. The entire spectrum of numerous social rights which are protected by the Constitution of the Republic of Serbia, as the logical response to the constitutional definition of our state as a democratic state founded on the rule of law and social justice (Article 1 of the Constitution of the Republic of Serbia), is the basis for the work of the Constitutional Court as the guardian of those rights. In that sense, the practice of the Court to act on constitutional appeals is being particularly developed. Although the practice of the Constitutional Court in the capacity of the “appellation” court, which acts upon constitutional appeals, is measured only in months, it is therefore too early to judge this area of functioning of the Constitutional Court, nevertheless a dominance of two rights whose protection is most often presented before the Constitutional Court is observed. That is the right to a just trial and the right to trial within a reasonable period of time. The state of the judiciary in the Republic of Serbia, whose inclusive reform is underway, can most likely offer part of the response on the imperilment of the aforementioned rights.

With the new Constitution of the Republic of Serbia that has been in force for only two years now, which for an act of such legal significance is not long enough of a period to be able to draw an all-inclusive assessment of its value, guarantees of supremacy of the Constitution have been established in the best manner of democratic constitutions of western European states. In its first part it contains numerous principles which represent a special credential of the Constitution of the Republic of Serbia. Those are, amongst others, the principle of citizens’ sovereignty, principle of rule of law, the principle of separation of powers, the princi-

ple of party pluralism, the principle of the prohibition of conflict of interest, the principles of unity (integrity) and inviolability of the state territory, the principle of secularization of the state, the principle of provincial autonomy and local self-government, the principle of protection of domestic citizens and Serbians abroad, the principle of equality and parity of international and domestic law. From the normative aspect, in the Republic of Serbia, almost everything has been undertaken so as to guarantee the rule of law and to effectuate the supremacy of the Constitution. However, the constitutional principles are effectuated in the context of realistic social circumstances and they are in today's Serbia a partial obstacle to the full effectuation of the constitutional solutions. A country burdened by the consequences of events from the not so long past, provoked by the breakdown of the socialist federation which consisted of what are now six former republics – the members of the what was once "great" Yugoslavia, the process of economic transformation and universal constitutional and legal reforms, in one word complex process of transition, is objectively limited in the effectuation of its constitutionally prescribed progressive solutions. It is justified to expect that the surpassing of those social barriers and objectively existing difficulties will enable the strengthening of institutions and the full development of all constitutionally prescribed solutions. In such conditions the Constitutional Court as an institution will be able to fully and genuinely develop its activity and in that way effectuate its mission as the "guardian" of the Constitution and the strongest and most reliable guarantor of the effectuation of human and minority rights.



G. Papuashvili

*President of the Constitutional
Court of Georgia*

Problematic aspects of interrelationship between the constitutional and ordinary courts

Introduction

The post communist countries share the tradition of "well-written" soviet constitution ensuring range of rights and freedoms for individuals on the paper, but not in reality. This tradition is a good illustration that constitution not supported by proper mechanisms to ensure its protection is just a declaratory, programmatic piece of paper without any positive social impact. Therefore, one aspect of utmost importance for the constitution to be an influential, enforceable legal document, providing protection and remedies for individuals is the way the constitution goes from the apex of legal system down to the ground the very individual.

One of the most effective institutional channels which enable individuals to be shielded from violation of their rights and freedoms is the judiciary. The Kelsenian model of constitutional review which is widespread in the continental Europe, in contrast to the diffuse system, creates dualist structure of judiciary whereby the adjudicatory functions are divided between the constitutional and ordinary courts, with emphasis that it is the specialized Constitutional Court who is the ultimate interpreter of the constitution and an exclusive body having the powers of judicial review. The way the constitution each and every individual seeking protection through both these channels is the main topic of this report. Below I will address how these two branches of the judicial system divide functions of interpreting ordinary statutes and the constitution and how the judicial referral mechanism can contribute to the enhancement of cooperation between the two court systems.

Before embarking on the mentioned task I would like to provide basic information about the Constitutional Court of Georgia. The Constitutional Court of Georgia is a relatively young institution, created in 1996, year after adopting the first post-soviet Constitution of Georgia. Since the establishment of the Court there were only 467 applications lodged, from which individual complaints are the majority. It is noteworthy that individuals can apply to the Court directly as well as indirectly (institute of courts referrals, ombudsman's application procedure).

1. Statutory Interpretation

At the first glance statutory interpretation should not be any problem between constitutional and ordinary courts; the simple view of jurisdictional division of functions is the following - Constitutional Courts are authoritative interpreters of the Constitution, whereas it is exclusive field of ordinary courts to interpret the nonconstitutional law. However, constitutional and nonconstitutional laws are not so easily isolated and that is what complicates the picture. Examination of constitutionality of any statute necessarily requires interpretation of both the Constitution and the statutory provision and only then making the conclusions regarding the conformity of the latter with the former. One of the most problematic aspects of the interrelation between the courts in a dualist structure is who should be an authoritative interpreter of statutory provisions? Should the Constitutional Court autonomously, without any regard to the interpretation of statutory provision provided by ordinary courts interpret the impugned provision or should interpretation of ordinary courts play some role in constitutional proceedings and if yes to what extent? This section of the report deals with this question by outlining and examining various approaches.

This aspect of interaction between the courts is not only an academic question but bears a practical significance as the tension between two jurisdictions has been quite prevalent in number of European countries including Italy, Belgium and Russia. In the current Georgian reality the issue is of great relevance as well because there is no consensus among academic circles as well

as in judiciary regarding the proper *Modus Vivendi* between these courts.

One of the most recent cases decided by the Constitutional Court has scratched the surface of the issue and has triggered the debate among academic circles. The case concerned a provision of the Law of Georgia on Operative and Investigation Activities, authorizing seizure and covert recording of a private communication, which according to Art. 20 of the Constitution of Georgia should only be done with the authorization of judge or without it in cases of urgent necessity. The impugned provision was ambiguous regarding whether it allowed such an activity to be undertaken without judge's consent. Two different plausible readings of the provision were possible. The court invalidated the provision stating that it did not satisfy the requirement of legal certainty as it was not foreseeable in what circumstances the relevant state agency could undertake such an activity. The judgment has triggered a debate whether Constitutional Court could have avoided invalidation of statute through providing its autonomous interpretation of a vague norm. Currently the pending cases before the Constitutional Court touch upon more sophisticated aspects of the statutory interpretation.

The statutory provisions governing the activity of the Constitutional Court do contain some indications to the problem, albeit necessitating interpretation. Notably, according to the organic law on the Constitutional Court of Georgia, the court while examining the constitutionality of a normative act should take into account not only its literal meaning but its substance as well as its practical aspects. The scope and meaning of this provision is still to be clarified by the court; through interpretation of this very norm the court should choose which approach described below it will adopt.

1.1 Approach 1: Autonomous interpretation of statutory provision by the Constitutional Court

As mentioned above, one of the approaches is to disregard interpretations made by the ordinary courts and examine the constitutionality of a statute in accordance with the interpretation

given to it by the Constitutional Court. There are two main issues to be addressed in connection with this approach, namely if impugned statutory provision enables more than one plausible interpretation (from which one is constitutional and other is not), then the Constitutional Court has mainly two available instruments to deal with these kinds of cases: provide an interpretative decision (that is to say how should the statutory provision be interpreted or how it should not be interpreted) or repeal the statutory provision because it enables unconstitutional reading of it.

a. Interpretative Decision

There are two types of interpretative decisions: one saying how the impugned provision should be interpreted so that it is in conformity with the constitution and another eliminating unconstitutional interpretation - that is saying how the provision should not be interpreted. Independent of the types of interpretative decisions, for this mechanism to be effective, the legal system should ensure that these decisions will be respected by other players and should provide a proper remedy in case if the decision is not adhered to. In contrast to the execution of the decision invalidating the statute, which is done automatically by writing off the statute from the relevant legal acts (although there could also be problems here) the interpretative decision does not provide for such an automatic execution. In order for interpretative decisions to be executed they either should be shared or imposed upon other institutions. If the interpretative decision is not respected by ordinary courts, the Constitutional Court should have an instrument to impose its reading of the statutory provision. If such an instrument is not in place the authority of the Constitutional Court will be fragile. It is often mentioned, that the Constitutional Court can always repeal the act if not read the way it has interpreted it, however this makes the position of the Constitutional Court less principled as it is forced to invalidate the statute which it thinks to be constitutional because the ordinary courts interpret it in an unconstitutional manner. Apart from this, without the proper mechanism there is always a risk of tension between the courts and legal uncertainty as to the meaning of the statutory provision. One of the effective means to ensure

uniformity is a review mechanism of ordinary court judgments, through which the Constitutional Court can impose its reading of the statutory provision.

The argument against interpretative decisions often invoked is that providing interpretive decisions cannot be squared with Kelsenian vision of the Constitutional Court as of negative legislator. The argument goes as follows that when the Constitutional Court provides interpretative decision it oversteps its jurisdictional boundary as it says what the law should be rather than saying what the law should NOT be. It is said that in this case CC plays more the role of a positive lawmaker by introducing reconstructed version of the statutory provision rather than that of a negative lawmaker.

Therefore, these scholars are of the opinion that Constitutional Court either should invalidate the statute or uphold it without providing and introducing new reconstructed norm in the legal system.

However, some scholars are of the opinion that if the statutory provision could be plausibly saved from invalidation then the Constitutional Court should be more respectful of the legislative body and do not repeal it. The argument is that any statutory provision should be interpreted not in isolation but in the context of the whole legislation, including that of the constitutional requirements. If the provision in isolation gives two plausible readings of which one is eliminated by constitutional requirements than the "real" meaning of the statute is the one left - the meaning read in conjunction with the constitutional requirement. The supporters of this view think that the provision should be repealed only in the cases when the text of the provision does not enable the constitutional reading of it, in other words the statute should be invalidated as a last measure.

b. Repealing

The ones supporting the invalidation of the statutory provision enabling more than one reading make their case on the basis of legal certainty argument. If the statutory provision is ambiguous and vague and provides more than one plausible interpretation, then it is not in line with legal certainty principle and does not provide foreseeability, which is one of the most significant attributes

of the rule of law state. The practical considerations such as the risks associated with interpretative decisions also weigh against non-invalidation.

1.2 Approach 2: Deference to ordinary courts as to the meaning of impugned statutory provision

The second option as stated above is not to disregard ordinary courts' interpretation of the statutory provision. However, the weight given to ordinary courts' interpretation in the examination of the validity of a statute may vary. In the extreme cases the Constitutional Court may level the meaning of the statute with the interpretation given to it by ordinary court. For example the Constitutional Court of Italy has developed a living law doctrine (*diritto vivente*) according to which the Constitutional Court interprets the statutory provision the same way as the ordinary courts. In this case the task of the Constitutional Court reduces to the identification of the meaning ascribed to the impugned provision by Supreme Court.

However, in order this approach to be consistent and effective it necessitates that the case, before it reaches the Constitutional Court, exhausts all plausible remedies under the ordinary courts, all the way up to the Supreme Court. The exhaustion of remedies will ensure that the Constitutional Court has the knowledge regarding how the provision is interpreted by the Supreme Court. Although, the Constitutional Court can provide its interpretation without the case exhausting ordinary court remedies, there is a risk that the ordinary courts may not pay due respect to the interpretation and subsequently awkward situation may arise.

The problem associated with this approach is that if the statutory provision could be plausibly interpreted constitutionally, but the Supreme Court makes plausible unconstitutional interpretation then according to this approach the Constitutional Court should invalidate the provision. Some scholars say that this approach offends the legislature by not avoiding invalidation of the statute when this is possible and contains a risk that a statute will be invalidated because of ordinary courts unconstitutional interpretation of otherwise constitutional statute.

2. Constitutional Interpretation

Jurisdictional boundary between the Constitutional Court and ordinary courts is also crucial from the standpoint of constitutional interpretation: the Constitutional Court of Georgia has exclusive authority to make ruling on constitutionality of certain normative acts, the power not shared with the ordinary courts. The issue is whether the Constitutional Court has also implied exclusive power to apply and interpret the Constitution?

In answering this question, Article 7.3 of the Organic Law of Georgia on Courts of General Jurisdiction shall be referred to, which states, "if the adjudicating court finds that the law or normative act does not comply with the Constitution, and if review of its constitutionality does not fall within the jurisdiction of the Constitutional Court, the court will make the decision according to the Constitution."

This Article underlines crucial distinction between the nature of jurisdictions: Constitutional Court of Georgia has exhaustively defined competence - it checks constitutionality of the given list of normative legal acts, that is, general norms that apply to whole classes of individuals or entities¹, the situation different from the German Federal Constitutional Court, which is entitled to review any public act, including decisions of the courts. The fact is that, in addition to the exhaustive list of the normative acts, which fall under the competence of the Constitutional Court, there is a large number of individual legal acts and activities of the administrative bodies, which potentially can be at odds with the Constitution. Assumption that the interpretation of the Constitution is exclusive province of the Constitutional Court would leave all individual legal acts and activities beyond the reach of the Constitution.

At the same time, the jurisdiction of ordinary courts is open-ended. There is no law that gives the exhaustive list of its competences and in Georgia there is no legislation depriving the ordinary courts power to apply the Constitution. Moreover,

¹ William Burnham and Alexei Trochev, *Russia's War Between the Courts: The Struggle over the Jurisdictional Boundary Between the Constitutional Court and Regular Courts*, 55 Am. J. Comp. L. 381, Summer 2007.

Article 7 of the Constitution of Georgia, states "while exercising authority, the people and the state shall be bound by these rights and freedoms as directly provided by law", declaring thereby that constitutional rights shall be granted with direct effect by the state and shall be exercised even without implementing legislation.

This principle is binding for all the government branches, including ordinary courts. Russian ordinary courts routinely make inference that due to the Constitution having the superior legal force, it is necessary in adjudication of any case to check the applicable law against the Constitution and "in all crucial cases apply the Constitution... as a legal act of direct effect"².

On the other hand, the principle of subsidiarity is not inferred, but explicitly enshrined in the Federal Constitutional Court Act of Germany. Under this principle individuals can lodge constitutional complaints with the Constitutional Court after all legal remedies have been exhausted, underscoring that in the first place it is ordinary courts, who are obliged to safeguard fundamental rights and thus adjudicate on their violations. The competence of Federal Constitutional Court is triggered when the ruling of ordinary courts demonstrates "fundamentally erroneous view of the meaning of fundamental rights, in particular of the scope of its protection"³. Due to the fact that the Constitution is considered to be the supreme law of the land and due to its direct legal effect, at least in the part of constitutional rights, the ordinary courts have obligation to apply the Constitution in administration of justice. However, application of the constitution implies necessity of its interpretation, and here the issue of distinctiveness of constitutional norms comes up.

The groundbreaking legacy of *Marbury v. Madison*⁴ was not merely declaring that it was the "province... of the judicial department to say what the law is", but even more importantly to state

² Id. at 13

³ Christina Ruth and Kai Lohse, *Constitutional Review of Decisions of Nonconstitutional Courts by the German Federal Constitutional Court*, CDL-JU(2005)061, Venice Commission Conference on the Limits of Constitutional Review of Ordinary Court's Decisions in Constitutional Complaint Proceedings, 14015 November, 2005,

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803).

that the Constitution was the positive law of the land⁵. However, the rationale for designing separate court to conduct constitutional review was the qualitative distinction of the Constitution from other types of positive law, routinely applied in administration of justice. Texts of the Constitution are rarely specific and mostly they set values to constrain or to oblige certain activities of the state and society. Interpretation and application of the constitutional values is inherently inductive process, which grants the possibility of selecting one from several "plausible principles and policies for the purposes of settling a constitutional issue"⁶.

The constitutional adjudication cannot easily fit in ordinary legal adjudication model of the application of a preexisting rule or standard, as it embodies setting of rules and standards itself.

Taking this into account, it is clear that for the judges in a civil law country, constitutional adjudication would not be the most comfortable pursuit to say the least. In contrast to the common law judges, under the continental legal tradition, judge is applying the law adopted by the legislator "by means of syllogism", in which law presents a major premise and the facts of the pending case minor premise⁷, thus application of law presents deductive process, and substantially distinct from law-making.

The solution, pointed out by Lech Garlicki is to apply constitution through application of the jurisprudence of the Constitutional Court⁸. The Constitution is supplemented and interpreted over time in the body of judgments of the Constitutional Court, which are by far easier to employ by the ordinary courts, than the vague and value-oriented provisions of the Constitution. When the ordinary courts can refer to relevant judgments of the Constitutional Court to find out what therequirements of the constitution are in particular branch of law and interpret and apply the appropriate legislation in conformity with it, the Constitution is infiltrated into the ordinary administration of jus-

⁵ Larry D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term Foreword: We the Court*, 11 Harv. L. Rev. 4, at 6.

⁶ Michel Rosenfeld, *Constitutional Adjudication in Europe and the United States*, I-CON, Volume 2, No. 4, 2004, at 635.

⁷ Id. at 637.

⁸ Lech Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, 5 Int'l J. Const. L. 44, January 2007.

tice, and therefore affects concerns of individuals. The problem with this solution is how the Constitutional Court can persuade the ordinary courts to refer to the constitution, as interpreted in its judgments, and construe applicable legislation in its light, provided that the Constitutional Court has no power to review and overrule the decisions of ordinary courts on the ground of their unconstitutionality?

In this context, it has to be noted that the rationale for maintaining judicial referral mechanism, along with the competence of the Federal Constitutional Court to review the court rulings in Germany is its educational function for ordinary judiciary⁹. The application of judicial referral mechanism creates necessity to get familiarized with the jurisprudence of the Constitutional Court, which ultimately promotes uniform application of the Constitution by the Constitutional Court and ordinary courts. However, whether this tool will serve the enhancement of influence of constitutional jurisprudence and cooperation between the two judicial systems or will become the dead letter depends to a great extent on the empirical solutions to the set of problems discussed below.

3. Judicial Referrals

The Organic Law of Georgia on the Constitutional Court of Georgia, Article 19.2 and Organic Law of Georgia on the Courts of General Jurisdiction, Article 7.2 set forth identical rule obliging a court of general jurisdiction to refer a statute or other normative act to the Constitutional Court of Georgia, if there is sufficient ground for finding it fully or partially unconstitutional. There is no possibility under the Georgian Legislation to differentiate between the cases when an act is explicitly unconstitutional and when it doubts its constitutionality. In Russia, through differentiation between these situations, the ordinary courts acquired power not to refer an act for review to the Constitutional Court when they decide it is unconstitutional beyond doubt and simply not to apply it in administration of civil, criminal or administrative

⁹ Hausmaninger, supra note 7, at 4

¹⁰ Decree No. 8 of the Plenary Session of the Russian Federation Supreme Court, "On Particular Questions of Application by the Courts of the Russian Federation Constitution in the Administration of Justice," Bulletin of the High Court RF, 1996, NO. 1, at 3.

justice¹⁰. The ordinary courts in Poland also claim the power of so-called "incidental review" - power to disregard legislative and other applicable acts, if they have no doubt on its unconstitutionality¹¹. Under the Georgian Legislation there is no room for an ordinary court to refuse application of a normative act in adjudicating on the ground of its alleged unconstitutionality, no matter how intensely the unconstitutionality of a given act is perceived by ordinary courts.

Pursuant to the case-law of the Constitutional Court of Georgia referrals from ordinary courts shall meet three requirements¹²:

- The referral shall take place exclusively in the context of adjudicating a concrete case in an ordinary court;
- Under Article 42 of the Organic Law, the referral shall be adopted by the adjudicating judge or adjudicating collegiums consisting of three judges. However, the constitutional referral shall be sent on behalf of the ordinary court that is a district or city court, appellate court or the Supreme Court of Georgia.
- The litigation of the case shall be suspended until the judgment on constitutionality of the applicable law is taken by the Constitutional Court.

It shall be noted, that when referring the case, an ordinary court has an obligation to define the Articles of the Constitution which are presumably not complied by the referred law and it shall also give reasons corroborating the incompatibility. If admitted for consideration on merits, neither an ordinary court judge, nor the body, which adopted the challenged law is attending the consideration of the case. Moreover, the Constitutional Court is not bound by the facts of the concrete case, in the context of which the referral was made and it conducts abstract review of the referred normative act.

It is important, that in general; a judgment of the Constitutional Court of Georgia has no retroactive effect, that is,

¹⁰ Decree No. 8 of the Plenary Session of the Russian Federation Supreme Court, "On Particular Questions of Application by the Courts of the Russian Federation Constitution in the Administration of Justice," Bulletin of the High Court RF, 1996, NO. 1, at 3.

¹¹ Supra note 8.

¹² Ruling 1/3/99 of the Constitutional Court of Georgia, April 22, 1999.

it does not result in quashing of court decisions and rulings previously taken. Thus, even if the individual complaint lodged with the Constitutional Court of Georgia results in the invalidation of a normative act, it can have no effect for the concrete case of an aggrieved person, as it does not affect legality of previously made judgments *ab initio*. It will only stop their further enforcement, if the enforcement is still ongoing and will prevent adoption of similar judgments in the future. Judgment of the Constitutional Court always has *erga omnes* effect, though we can have situation when it has no implications *inter partes*. Binding of a referring court to suspend its decision-making until the judgment of the Constitutional Court is adopted rectifies this situation and increases the direct effect of the Constitutional judgment on the individual. Thus, the referral institute could significantly contribute to the development of influential constitutional jurisprudence in Georgia. However, as you will see from the following discussion, referrals from ordinary courts are rarely employed by ordinary courts.

Since the establishment of the Constitutional Court in 1996, only 16 referrals were conveyed from the ordinary courts, whereas 12 out of 16 were not admitted for consideration on merits due to the above formal requirements or due to the lack of reasoning on unconstitutionality. Ordinary courts were substantiating claims of unconstitutionality via underscoring incompatibility of a referred normative act with the Civil Code of Georgia¹³, or violation of Regulations of the Parliament of Georgia, not of the Constitution¹⁴. In several cases, the Constitutional Court indicated that alleged unconstitutionality of the referred normative act was due to the flawed interpretation of that very normative act¹⁵. Thus, the actualities of the judicial referral institute in Georgia resembled the problems related to functioning of the mechanism in Germany, where the judges of ordinary courts carry the burden to substantiate the claims of unconstitutionality of an act on the basis of well structured jurisprudence of the Constitutional Court of Germany and to put forward reasons why the referred act

¹³ Ruling 2/88/1 of the Constitutional Court of Georgia, April 1, 1999.

¹⁴ Ruling 13/279 of the Constitutional Court of Georgia, January 26, 2004.

¹⁵ The Judgment 8/177/2 of the Constitutional Court of Georgia, May 21, 2002 and Judgment 7/176/2 of the Constitutional Court of Georgia, April 19, 2002.

could not be interpreted in conformity with the Constitution - the test which is not passed by the majority of referrals from the lower courts in Germany¹⁶.

The demonstrated unwillingness of the courts to refer issues to the Constitutional Court could be remedied some control mechanisms through granting parties in ordinary courts. In contrast to the Belgian model, where the courts are obliged to ask the Constitutional Court to rule on questions falling under its jurisdiction, in case any party to the litigation asserts that applicable legislative act is incompatible with the constitutional provisions¹⁷, parties to the civil or criminal proceedings in Georgia are not granted the same tool binding the judge. An adjudicating judge has the discretionary authority to decide whether there is sufficient ground for presuming normative act unconstitutional; there is explicit discretion granted to a judge on that issue, which may help to avoid manipulation by the parties to delay the adoption of an unfavorable decision.

However, no provision in the Georgian Legislation prevents the parties to make a motion to the adjudicating judge and substantiate the claim on incompatibility of applicable law with the Constitution. It shall be noted, that judge will not be obliged to respond with a reasoned ruling, as the Georgian Legislation gives exhaustive list of cases where judge shall take a reasoned ruling.

Moreover, during the discussion together with judges of ordinary courts with regards the possibility of a motion on referral raised by a party, they declared that they are not empowered to give reasoned ruling declining the motion, as otherwise they would have to respond to the arguments of unconstitutionality of a normative act raised by the party and thus interfere with the exclusive competence of the Constitutional Court of Georgia to rule on constitutionality or unconstitutionality of certain normative acts.

It is noteworthy that solely in one case was the claim of unconstitutionality of referred statute upheld by the Constitutional

¹⁶ Herbert Hausmaninger, Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany and Russia, 12 Tul. Euro. Civ. LF 25, at 4.

¹⁷ Jan Theunis, Report on the Interrelations between the Constitutional Court and Ordinary Courts, Venice Commission Seminar on Interrelations between the Constitutional Court and Ordinary Courts, Baku, 9-10 November, 2006, available at: [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-JU\(2006\)046-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-JU(2006)046-e.asp).

Court, though that was a judgment with significant implications outlawing the penalty of confiscation as incompatible with the right to property¹⁸. Last referral was sent in 2004 and there are no signs of opposite trend so far. In Russia, the judicial referral mechanism is also rarely employed, as it is considered by the ordinary courts to be their right, not duty to refer issues to the Constitutional Court. However, in Georgia it is not the right-duty dichotomy, but subdued consciousness among ordinary judges, lack of perception of the Constitution as directly applicable law and indeterminacy of parties rights to trigger the mechanism that makes the institution of no benefit for cooperation between the courts and diminishes practical effect of constitutional jurisprudence.

Conclusion

Proper delimitation of boundaries between the Constitutional Court and ordinary courts is an inherent problem of the Kelsenian model of constitutional review. The idea that interpretation of the ordinary legislation shall fall under the competence of ordinary court system, whereas the constitutional interpretation presents prerogative of the Constitutional Court, seems perfectly reasonable thesis, however as it was demonstrated above, it does not always describe accurately actualities of interrelations between the court systems. In reviewing constitutionality of a legislative act, the Constitutional Court will inevitably need to find out the "real meaning of that provision".

Thus, it cannot avoid dealing with the substance of ordinary legislation and whether it will defer or not to interpretations of ordinary courts, most importantly of the Supreme Court of the land, is merely one of the plausible solutions to the problem.

On the other hand, the competences of Constitutional Courts are mostly exhaustively defined, whereas ordinary courts operate on the basis of more open-ended jurisdiction. In some countries with centralized constitutional review, there is wide range of government acts, checking constitutionality of which does not fall within the competence of Constitutional Courts. It is the ordinary courts which shall fill in the gap and protect maxims of the

¹⁸ Judgment 1/51 of the Constitutional Court of Georgia, July 21, 1997.

constitution In this sense, interpretation and application of constitution by ordinary courts is also inevitable and highly desirable reality, which encounters in its turn problems related to the peculiarity of constitutional norms and quasi-legislative and political features of the constitutional adjudication in contrast to the ordinary administration of civil and criminal justice.

At this point institute of judicial referral, which shall contribute to the communication of approaches and interpretations of the Constitutional Court to ordinary courts, can be a worthwhile mechanism, as it can help to infiltrate constitutional jurisprudence in everyday life through ordinary administration of justice. However, due to some empirical problems, including poor training of judges, their unwillingness to send referrals and the normative problem of the vagueness of how the concerned party triggers this mechanism, judicial referral does not serve any of its functions in Georgia. Malfunctioning of this institute can have particularly detrimental effects in the system where the Constitutional Court is not authorized to review judgments of ordinary courts and the judicial referral serves as the only legal mechanism to communicate trends and approaches of the constitutional jurisprudence to ordinary courts.



Д. Пулбере

*Председатель Конституционного Суда
Республики Молдова*

Воздействие конституционной юрисдикции на общество

Конституционный Суд Республики Молдова - один из самых молодых институтов конституционной юрисдикции в Европе - начал свою деятельность 23 февраля 1995 года. Именно после создания Конституционного Суда появился реальный механизм защиты Конституции и предотвращения возможного ее нарушения. Конституционный Суд стал органом, который в соответствии с законом получил право ограничивать действия законодательной и исполнительной властей, органом, претендующим на роль особого арбитра, как в отношениях с ветвями власти, так и во взаимоотношениях государства и гражданина. Отсюда и достаточно высокая степень ожидания таких решений Конституционного Суда, которые в большей мере отвечали бы интересам общества в целом.

Конституция в ст. 1 предусматривает, что Республика Молдова является правовым государством, в котором провозглашение прав и свобод человека является высшей ценностью и важным новшеством в конституционном праве и законодательстве в целом. Обладателем прав и свобод является каждый человек, будь-то гражданин Республики Молдова, иностранец или лицо без гражданства. Это обязывает законодателя принимать законодательные акты. Конституционный Суд в свою очередь обязан делимитировать право и конституционное соответствие закона, гарантируя верховенство конституционных прав и свобод и препятствуя принятию законодательных актов, противоречащих праву. Так, в случае признания какого-либо акта неконституционным, в целях

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию

прекращения его юридического действия Конституционный Суд фактически создает другой нормативный акт. Следовательно, вынесенное решение носит общий характер и является обязательным для всех субъектов права. Судебные инстанции также обязаны соблюдать его при рассмотрении гражданских, уголовных, административных дел.

В данном контексте следует отметить, что в части, касающейся необходимости гарантирования и защиты права лица на эффективное восстановление в правах компетентными судами (ст. 20 Конституции) и права на защиту (ст. 26 Конституции), Конституционный Суд подчеркнул в Постановлении №16 от 19.07.2005 года о контроле конституционности некоторых статей Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова, что инстанции обязаны соблюдать ряд ранее принятых Судом постановлений (№20 от 16 июня 1997 года, №22 от 30 июня 1997 года, №10 от 17 марта 1998 года, №16 от 28 мая 1998 года, №8 от 15 февраля 2000 года, №7 от 13 февраля 2001 года, №46 от 24 ноября 2002 года, №12 от 19 июня 2003 года, №2 от 19 февраля 2004 года). Вынесенное решение служит примером классической ситуации применения судебного прецедента, когда нижестоящие инстанции обязаны при рассмотрении дел соблюдать ранее принятые постановления вышестоящей инстанции.

Республика Молдова взяла на себя обязанность признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека, ограждать их от любого незаконного вмешательства или ограничения. Высший закон (ст. 1) предусматривает, что положения о правах и свободах толкуются и применяются в соответствии со Всеобщей декларацией прав человека, пактами и другими договорами, к которым присоединилась Республика Молдова.

Однако вступлению в силу международного договора, содержащего положения, противоречащие Конституции, должен предшествовать ее пересмотр, как гласит статья 8 Конституции.

Отмечая функцию конституционного правосудия по защите прав человека, хочу в то же время подчеркнуть, что она касается и других проблем, связанных с развитием государства и права, и внимание к ним ни в коем случае не должно ослабевать. Конституционный Суд утвердился в нашей стра-

не как независимый институт, обеспечивающий нормальное функционирование публичных властей, активно участвующий в жизни общества, вносящий ценный вклад в строительство правового государства, который является не только фактором стабильности Конституции, но и фактором ее развития.

Несмотря на наличие определенных трудностей в деятельности, осуществляемой Конституционным Судом, нам удалось усовершенствовать механизм исполнения вынесенных решений и контроля за их исполнением (к сведению участников конференции, в Республике Молдова все решения Конституционного Суда исполнены). Более того, за последние годы укрепилось стремление государства, в целом, и его институтов, в частности, действовать в соответствии с буквой и духом Конституции, ибо политическое руководство страны решительно пресекает любые попытки вмешательства в деятельность Конституционного Суда, неисполнения или затягивания исполнения его решений. Это объясняется тем, что безоговорочное исполнение решений Конституционного Суда является главным условием существования конституционного правового государства.

Сегодня Республика Молдова последовательно проводит политику по интеграции в Европейский союз, политику, которая носит необратимый характер. Это предполагает дальнейшее строительство правового государства, гарантирующего реальное соблюдение прав и свобод человека.

В связи с этим существенно возрастает роль Конституционного Суда по защите конституционных ценностей.

Конституционные характеристики Республики Молдова как демократического правового государства определяют одну из главных проблем - достижение устойчивого равновесия интересов личности, общества и государства, гармонизацию деятельности власти в соотношении со свободой в экономической, социальной и политической сферах.

Возникающие конституционные споры в этих сферах призван разрешать Конституционный Суд как универсальный институт обеспечения равновесия власти и свободы.

В системе разделения властей Конституционный Суд является единственным публично-властным субъектом, призванным находить оптимальное равновесие между публичны-

ми и частными интересами, защищать личность, общество и государство от необоснованных посягательств, поддерживать состояние защищенности и безопасности конституционно-правового статуса всех и каждого субъекта социальных и правовых отношений. Такой подход вытекает из конституционных полномочий Конституционного Суда как единственного органа, наделенного правом давать толкование Конституции и оценивать на ее основе действующее правовое регулирование и правоприменительную практику.

Наиболее ярко правозащитный характер деятельности Конституционного Суда проявляется при рассмотрении обращений о нарушении прав и свобод человека посредством законов и постановлений публичных властей. В данном случае орган конституционного контроля как бы исполняет двойную роль: не только принимает непосредственное участие в устранении препятствий для надлежащего осуществления гражданами прав, но и способствует реализации права на судебную защиту, закрепленного в ст. 20 Конституции.

К сожалению, в ст. 135 Конституции, регламентирующей полномочия Конституционного Суда, граждане Республики Молдова не наделены правом обращения в Конституционный Суд, подобно гражданам многих других стран. Правда, 28 сентября 2004 года группа депутатов по инициативе Президента Республики Молдова обратилась в Конституционный Суд с запросом о пересмотре ст. 135 Конституции и внесении изменений, предусматривающих право Конституционного Суда рассматривать обращения граждан. Суд дал положительное заключение на эту законодательную инициативу и направил материалы в Парламент, который своим постановлением от 29 декабря 2005 года отклонил проект закона.

Конституционный Суд в своем постановлении от 19 июля 2005 года отметил, что Конституция страны, как и международные акты о правах человека, устанавливает принцип равенства всех перед законом, право на свободный доступ к правосудию и право на защиту (ст. 20 и ст. 26 Конституции). Суд констатировал, что требования Уголовно-процессуального кодекса о том, что участники процесса могут обращаться в высшую судебную инстанцию только через адвоката, противоречат Конституции Республики Молдова (ст. 15, ст.

20, ст. 26 и ст. 54), а также Всеобщей декларации прав человека (ст. II ч. 1), Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ст. 6) и Международному пакту о гражданских и политических правах (ст. 14 ч. 3 п. d)).

В контексте своего выступления я хотел бы затронуть еще одну, на мой взгляд, не менее важную проблему - законность ограничения прав и свобод граждан.

Конституция Республики Молдова, впрочем, как и конституции многих других стран, провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью, определяющей смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти и обеспечение правосудием (ст. 4, ст. 16, ст. 25). Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - императивная обязанность государства.

Вместе с тем признание человека высшей ценностью не должно абсолютизироваться, неограниченная свобода чревата негативными последствиями.

Основываясь на принципе единства, свободы и ответственности, Конституция Республики Молдова исходит из необходимости установления пределов осуществления прав и свобод. Основными из них являются: во-первых, принцип недопустимости злоупотребления правом, закрепленным в ст. 55 Конституции, согласно которой каждый человек осуществляет свои конституционные права и свободы добросовестно, без нарушения прав и свобод других лиц; во-вторых, принцип допустимости соразмерного ограничения прав и свобод в целях защиты интересов национальной безопасности, территориальной целостности, экономического благосостояния страны, защиты прав, свобод и достоинства других лиц (ст. 54 ч. (2) Конституции).

Общеизвестно, что нормы, допускающие ограничение прав и свобод человека, содержатся и в международных правовых актах. Так, Всеобщая декларация прав человека (п. 2 ст. 29) устанавливает, что при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только тем ограничениям, которые установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других лиц в демократическом обществе.

Статья 142 Конституции Республики Молдова, регламентирующая пределы пересмотра Конституции, гласит: "Не допускается пересмотр, следствием которого было бы упразднение основных прав и свобод граждан или гарантий таковых".

С момента создания и по настоящее время Конституционный Суд Республики Молдова рассмотрел 716 запросов, поступивших от субъектов, наделенных правом обращения в Конституционный Суд (о них я упомянул выше), по которым были признаны полностью или частично неконституционными 179 нормативных актов и подтверждена конституционность 153 актов. За этими цифрами - судьбы сотен и тысяч людей, права которых были защищены путем вынесения соответствующих решений. Однако тот факт, что Конституционный Суд "судит" нормативные акты, а не людей, затрудняет осознание обществом практического значения его деятельности.

Пик обращений в Конституционный Суд отмечен в 1999 и 2000 годах (соответственно 139 и 90 запросов). В ходе их рассмотрения Суд констатировал неконституционность положений нормативно-правовых актов, нарушающих различные права и свободы граждан, в частности, право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 25 Конституции); право на свободный доступ к правосудию (ст. 20 Конституции); право на свободную экономическую деятельность (ст. 126 Конституции); неприкосновенность жилища (ст. 29 Конституции); права в сфере уголовного и гражданского процесса, право на квалифицированную юридическую помощь (ст. 26 Конституции) и др.

Остается высоким процент запросов, отклоненных Конституционным Судом по разного рода мотивам на различных стадиях конституционного судопроизводства. Причины этого явления весьма многообразны, но важнейшей их них следует признать разрешение вопроса о неконституционности акта до того как выскажется в этой части Конституционный Суд, т.е., зная о запросе в Конституционный Суд, орган, его издающий, - Парламент или Правительство (в зависимости от опротестованного правового акта) - аннулирует его или приводит в соответствие с конституционными требованиями.

Следует отметить, что дела по защите конституционных

прав и свобод граждан являются преобладающими в деятельности Конституционного Суда Республики Молдова. Принятию решения по конкретному спору зачастую предшествует разработка Судом тех или иных аспектов теории прав человека и гражданина, в том числе конституционных аспектов. Так, Конституционный Суд, опираясь на Конституцию и собственную практику, на практику конституционных судов других стран и международные акты о правах и свободах человека, исходит из собственного понимания конституционного содержания достоинства личности, равенства перед законом и судом, права собственности, права на ограничение прав и свобод.

Своей деятельностью Суд способствует обеспечению конституционного принципа равенства всех перед законом, ликвидации дискриминационных, несправедливых условий реализации основных прав и свобод граждан, что соответствует требованиям ст. 7 Всеобщей декларации прав человека.

Считаю показательными 54 особых мнения, изложенных судьями Конституционного Суда, которые свидетельствуют о необыкновенной сложности проблем, рассматриваемых Судом в ходе исполнения своих полномочий.

Проанализировав практику применения прецедента Конституционного Суда нормативного характера в Республике Молдова, можно отметить, что он применялся многократно и в различных ситуациях. Нормативный характер конституционного прецедента обусловлен принятием постановлений Конституционным Судом об изменении или аннулировании нормы, предусмотренной законом, постановлениями законодательного и исполнительного органов, указами главы государства или международными договорами. Наиболее часты случаи отсылки к ранее принятым постановлениям. Это делается в констатационной части решения. Так, в Постановлении №16 от 19.07.2005 года о контроле конституционности некоторых положений Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова отмечено, что ранее (Постановление №21 от 23 июня 1997 года) Конституционный Суд высказался относительно понятий "правосудие" и "судебная власть", подчеркнув, что постановления органов власти, не наделен-

ных судебными полномочиями, вынесенные по случаям административных правоотношений, не являются осуществлением правосудия. В подобных ситуациях ранее принятое постановление служит дополнительным элементом доказательства при определении конституционности некоторых законодательных положений.

Примером отсылки к ранее принятому постановлению является случай конституционного правонарушения, сходного с ранее рассмотренным Конституционным Судом. Так, в Постановлении №9 от 30.03.2004 года Конституционный Суд подчеркнул, что законодательные акты, касающиеся пенсионного обеспечения, были ранее предметом конституционного контроля и что положения о государственной защите, в том числе о пенсионном обеспечении, закрепленные в ранее принятых законах, не могут быть аннулированы или изменены (Суд высказался по данному аспекту в ряде ранее принятых постановлений - №9 от 3 марта 1997 года, №27 от 18 мая 1999 года, №58 от 9 ноября 1999 года, №46 от 25 октября 2001 года).

Как было отмечено, у судебного прецедента много положительных составляющих на конституционном уровне, так как он ведет к урегулированию широкого круга категорий общественных отношений в области основных прав и свобод, и в то же время постановления Конституционного Суда принимаются в соответствии с условиями, предусмотренными законодательными актами и, таким образом, не могут противоречить Конституции. Однако при применении судебного прецедента могут возникнуть ситуации, когда два постановления, принятые на законных основаниях, будут содержать диаметрально противоположные мнения. Это является особой формой конкуренции между двумя конституционными нормами. Следовательно, при выявлении конституционного правонарушения есть возможность применить любое положение ранее принятых постановлений, так как правила применения прецедента гласят, что при принятии постановления, которое противоречит положениям ранее принятого постановления, последнее не аннулирует юридического действия предшествующего решения, а образует новый прецедент конституционной нормативности. В случае накладки толковательных норм в качестве судебных прецедентов чаще всего мы сталкиваемся с допол-

нениями, а в случае противоречивости этих постановлений применяется последнее из принятых постановлений.

В практике вынесения постановлений о толковании Конституции Республики Молдова встречались и ситуации, когда Суд пересматривал и дополнял некоторые из своих постановлений.

Следует отметить, что Конституционный Суд вправе пересматривать свои толковательные постановления в целях их дополнения.

Необходимость применения судебного прецедента значима для правового государства как эффективная форма предотвращения конституционных правонарушений. Известно, что обязательным условием привлечения к конституционной ответственности является констатация конституционной нормы как основание для привлечения к ответственности за конституционные правонарушения. Судебный прецедент содержит обширный и содержательный объем норм, направленных на пресечение антиконституционных действий и действий, квалифицируемых как некомпетентное или недобросовестное исполнение полномочий, отсутствие результатов, означающих эффективность и качество, и т.д. Так, путем применения лишь одной категории норм, предусмотренных судебным прецедентом, можно установить ответственность за правонарушение, совершенное осознанно, пресечь совершение правонарушений по причине незнания или пробелов в конституционном праве.

Конституционный Суд, несомненно, представляет собой эффективный инструмент защиты прав и свобод граждан, способствуя дальнейшему проведению демократических процессов и созданию правового государства.

Сегодня Конституционный Суд - это зрелый и понятный обществу гарант Конституции. Думаю, что мы подошли к важному этапу, когда на основе накопленного опыта назрела необходимость в расширении ряда полномочий Конституционного Суда для более полной реализации всех конституционных положений. Важным шагом в этом направлении должно стать наделение Конституционного Суда компетенцией рассматривать жалобы по обращению граждан, в случае если они стали жертвой нарушения основных прав и свобод человека.

В связи с отложенным Парламентом в 2005 году проектом конституционного закона о предоставлении гражданам права на обращение в Конституционный Суд конституционалисты высказали мнение о целесообразности изменения ст. 25 Закона о Конституционном Суде и ст. 38 Кодекса конституционной юрисдикции и предоставлении права на обращение в Суд физическим и юридическим лицам и судебным инстанциям всех уровней.

Есть мнение, что обращение в Конституционный Суд судебных инстанций всех уровней эффективнее обращения граждан, исчерпавших все пути обжалования, поскольку по поводу исключительного случая неконституционности может обратиться любой участник процесса на любом этапе рассмотрения дела. Граждане же могут обратиться в Конституционный Суд только после исчерпания всех путей обжалования, а это приведет к затягиванию процесса разрешения дела.

Статья 135 ч. (1) п. g) Конституции Республики Молдова устанавливает, что лицо может обратиться в Конституционный Суд посредством судебной инстанции и Высшей судебной палаты, используя исключительный случай неконституционности.

Согласно существующему порядку судебная инстанция обращается в Высшую судебную палату по поводу исключительного случая неконституционности. Пленум Высшей судебной палаты, не высказываясь по данному вопросу, представляет запрос в Конституционный Суд. Таким образом, Высшая судебная палата в любом случае обращается в Конституционный Суд, и это, по нашему мнению, правильная позиция, поскольку в ином случае данная инстанция подменяла бы Конституционный Суд, высказываясь о конституционности или неконституционности оспариваемого закона или нормы.

Отсюда следует, что исключительный случай неконституционности является процедурным средством для доступа граждан к конституционному контролю законов. Улучшение процедуры разрешения исключительного случая неконституционности вписывается в общий процесс развития конституционной демократии и утверждения правового государства.

В этом контексте четко прослеживается тенденция соотношения юрисдикции Конституционного Суда с практикой Евро-

пейского суда по правам человека. Вместе с тем, признавая определенную норму конституционной или неконституционной, приводя в качестве дополнительного аргумента положения Конвенции и практику Европейского суда, Конституционный Суд ориентирует нормотворческий процесс и судебную практику на современное толкование прав и свобод, закрепленных в Конвенции и дополнительных протоколах к ней.

Отсутствие действенного механизма конституционной юрисдикции для защиты лица в случае нарушения его прав и свобод, установленных Конституцией и Европейской конвенцией по правам человека, отрицательно сказывается на национальных средствах защиты этих прав.

Учитывая это, внедрение института индивидуальной конституционной жалобы в нашей стране - очевидная необходимость.

Если современная национальная система не создаст механизм по защите прав и свобод человека, предоставляющий лицу доступ к конституционной юрисдикции, Конституционный Суд останется правовым механизмом, доступным только для политиков.

Доступ граждан к конституционному правосудию, полагаю, будет способствовать укреплению существующих демократических институтов и создаст еще одну возможность защищать права и свободы наших граждан в рамках своего государства. Вместе с тем уверен, что введение конституционной жалобы в Республике Молдова не будет служить препятствием для обращения граждан в Европейский суд по правам человека. Ведь основное условие для отлаженного функционирования Европейского суда - это эффективность национальных систем обжалования.



M. Ramos

President of the Constitutional Tribunal of Portugal

The Portuguese human rights constitutional law

The human rights law

In Portugal human rights are entrenched in the Constitution of the Portuguese Republic, approved on the 25th April 1976. Notwithstanding the fact that the Portuguese Constitution has been amended several times (the last one, being the seventh amendment, was approved in 2005) its deep commitment towards human rights has remained unchanged.

The measure of that commitment can be easily realised if one looks at the place of human rights in the systematisation of the Portuguese Constitution.

Human rights are the subject matter of Part I of the Constitution with the title "Fundamental Rights and Duties". Part I has three Sections: Section I, "General Principles" (Articles 12 to 23); Section II, "Rights, Freedoms and Guarantees" (with a Chapter I, concerning "Personal Rights, Freedoms and Guarantees" and covering Articles 23 to 47; a Chapter II, regarding "Rights, Freedoms and Guarantees of Political Participation and covering Articles 48 to 52; and a Chapter III, related to "Rights, Freedoms and Guarantees of Worker", including Articles 53 to 57); Section III, "Economic, Social and Cultural Rights and Duties" (with three chapters concerning economic, social and cultural rights and duties respectively, from Articles 58 to 62, 63 to 72 and 73 to 79).

Two important and peculiar features of the human rights portuguese law, as specified by the Constitution, should be noted from the outset. The first one is the so called "open clause":

according to Article 16, Paragraph 1, of the Constitution, the fundamental rights contained in it shall not exclude any other fundamental rights provided for in the laws or resulting from applicable rules of international law; furthermore, according to paragraph 2 of the same Article, the constitutional and legal provisions relating to fundamental rights shall be construed and interpreted in harmony with the Universal Declaration of Human Rights.

The second important feature of the Portuguese human rights constitutional law is the applicableness of the constitutional rules expressly related to "rights, liberties and guarantees" to fundamental rights of a similar kind, as foreseen in Article 17. According to this Article the rules that apply to human rights contained in Section II of Part I can be extended to those constitutional rights that may be considered analogous to them. One of most important provisions that on the basis of Article 17 applies not only to human rights contained in Section II of Part I, but to fundamental rights of a similar kind is Article 18, which concerns the issue of the restraint of "rights, liberties and guarantees" and their direct applicableness.

Portugal is a part to the European Convention of Human Rights since the 22nd November 1976.

If one compares the catalogue and shaping of human rights in the Portuguese Constitution with the European Convention one must conclude that the first is generally more extensive and more detailed than the second. On the other hand, as was mentioned, the "open clause" of Article 16, Paragraph 1, acknowledges rights conferred to the individual by international law, including, of course, the European Convention of Human Rights.

As a consequence there are a number of human rights which are essentially contemplated in the Portuguese Constitution and not (or, at least, not so completely) in the European Convention. As examples the following ones can be pointed out:

(i) in the domain of personal, political and workers rights, liberties and guarantees, the right to resist (Article 21); the right to personal identity, personality development, civil capacity, citizenship, good name and reputation (Article 26); the rule establishing that no sentence shall involve, as an automatic consequence, the loss of any civil, occupational or political rights (Article 30, paragraph 4); the rules concerning *Habeas corpus* (Article 31); the

rights related to the use of computerised data (Article 35); the special emphasis on the right to found a family and to marry (Article 36); the freedom to choose an occupation and enter the civil service (Article 47); the rules concerning the right to petition and the right of *actio popularis* (Article 52); the consecration of the principle of security of employment and prohibition of dismissals on political or ideological grounds (Article 53); the detailed ruling of trade union freedoms and rights of trade unions and collective agreements (Articles 54 and 56); the discipline of the right to strike and prohibition of lock-outs (Article 57);

(ii) in the domain of economic, social and cultural rights, the right to work and rights of workers (Articles 58 and 59); the consumer rights (Article 60); the safeguards of private enterprise, co-operatives and worker-management (Article 61); the rules concerning social security, health and housing (Articles 63 to 65); the environment and quality of life (Article 66); the rules concerning the family, fatherhood and motherhood and childhood (Articles 67 to 69); the rules related to youth, citizens with disabilities and old people (Articles 70 to 72); the rules regarding cultural enjoyment and creativity (Article 78), and physical education and sport (Article 79).

The number of rights contained in the European Convention of Human Rights without express equivalent in the Portuguese Constitution is much smaller: the prohibition of debt incarceration (Article 11 and Article 1 of the Fourth Additional Protocol to the European Convention of Human Rights) and the right to the knowledge of the language in criminal procedure [Article 14, paragraph 3, a) and b), and Articles 5, paragraphs 2 and 6, paragraph 3, a) e e)], of the European Convention). However, according to Article 16 of the Portuguese Constitution, these rights are also acknowledged by our legal order.

As specified by Article 18, paragraph 1, of the Portuguese Constitution, the constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees shall be directly applicable, and binding on, both public and private bodies. Article 18, which provides the direct applicability and unconditionally binding force of the rights, liberties and guarantees enumerated in Part I, Section II, also applies to rights of a similar kind, as stated by Article 17. Rights considered as of a "similar kind" include: access to law and effec-

tive judicial protection (Article 20); the right to resist (Article 21); the right to present complaints to the Ombudsman (Article 23); the right of workers to remuneration for their work, to a limit on the length of the working day, to a weekly rest day and regular holidays with pay, to assistance in case of involuntarily unemployment (Article 59); the right to private enterprise, co-operatives and worker-management (Article 61); the right to private property (Article 62); the right to a social minimum (Articles 1, 2 and 63); the right of women to an adequate period of leave from work without loss of remuneration and other privileges (Article 68); the right to free basic education [Article 74, paragraph 2 a)]; the right of owners of estates that are compulsory acquired to appropriate compensation and to retain an area that is sufficiently large to enable the land to be utilised in a rational and viable way (Article 94, paragraph 1); the right to registration of electors (Article 113, paragraph 2); the right to present nominations (Articles 124); the rights and guarantees of citizens towards the Public Service (Article 268); the right of public officials to be heard and to present a defence in disciplinary proceedings (Article 269, paragraph 3).

It should be noted that in Portugal, as in several other countries, it is not quite accurate to envisage the problem of the range of human rights' applicableness simply along the lines of the distinction between *erga omnes* relevance or enforcement only against the state. Leaving aside some more theoretically discussions, there seems to be in Portugal a practical consensus around the following points:

a) Some human rights are foreseen by the Constitution in such a way as to be operative only against the State: for example the guarantees concerning *Habeas corpus* and criminal procedure (Articles 31 and 32) and the right to asylum (Article 33);

b) Some other fundamental rights only apply in the relations among private persons: the right to reply and to make corrections (Article 37, paragraph 4), the right of journalists to elect editorial councils, in accordance with the law [Article 38, paragraph 2, b)], the right not to join an association or be compelled to remain in it (Article 46, paragraph 3), the right to strike (Article 57), and some cases in which the right to *actio popularis* applies (Article 52, paragraph 3);

c) Provisions relating to rights, liberties and guarantees are immediately binding on the legislative body whenever it makes private law norms and on judges when they enforce them; this binding effect of human rights in the activity of the legislator and of the courts is specially relevant in matters concerning the principle of equality (Article 13);

d) The applicableness of all human rights in relations between private persons should be admitted in cases in which one of those persons disposes of a disproportionate power in such a way as to enable her to take the traditional place of the state or public bodies as the addressees of human rights;

e) A central core of personal autonomy must be acknowledged in the actions of every individual as an irreducible limit to the direct relevance of human rights among private persons.

Enforcement of the human rights law In Portugal only the judicial institutions (courts) are trusted with jurisdiction (in the sense of the latin word *juris dictio*, meaning "to say the law" or to decide on legal matters) to review complaints involving violations of human rights and vested with jurisdiction to adjudicate upon the existence of the necessity or need for limitation.

As specified by Article 202 of Portuguese Constitution "1. The courts are the organs with supreme authority that have the power to administer justice in the name of the people.

2. In administering justice, the courts are under a duty to safeguard the rights and interests of citizens that are legally protected, to punish breaches of democratic legality and to resolve public and private disputes.

3. In performing their functions, the courts are entitled to the assistance of other authorities.

4. The law may provide for alternative methods of dispute resolution that do not involve the courts."

The most important aspect of Portuguese system is the fact that, according to Article 204 of Portuguese Constitution, "in matters brought before them for decision, the courts shall not apply any rules that contravene the provisions of this Constitution or the principles contained there".

Every court (judicial, administrative and fiscal) is vested with jurisdiction to review complaints involving violation of human rights. Moreover, every single judge is, in itself, a sort of

"Constitutional Court", since he must control the constitutionality of the rules that are applicable to the matters that are brought before him. If he thinks that those rules contravene the provisions of the Constitution he must refuse to apply them. However, the decisions in constitutional issues of other courts are not definitive, since there is always the possibility to appeal to the Constitutional Court.

The Constitutional Court is the only authority vested with ultimate jurisdiction to review of constitutionality, so that Article 221 of Portuguese Constitution states "The Constitutional Court is the court that has the specific power to administer justice in matters involving questions of legal and constitutional nature."

It is need to be mentioned that Portugal does not have mechanisms like the German Verfassunsgsbeschwerde or the Spanish recurso de amparo. Thus, the Portuguese Constitutional Court - as well as all the other Portuguese courts, which are vested with the power of judicial review of legislation, being their decisions subject to appeal to the Constitutional Court - only controls the constitutionality of legal norms, not the concrete decisions involving violations of human rights. For instance, it does not control the constitutionality of decisions of other courts qua tale, but only the constitutionality of the legal norms applied - or in which the application is denied on the grounds of its unconstitutionality - in those decisions, nor does it control political decisions as such, or administrative acts. The Portuguese system of judicial review is based on a pure control of legal norms, even if the Court has a very broad concept of "legal norm" when it defines its own competence of control.

It must also be emphasised that there are two main mechanisms of control: the concrete control and the abstract one. The concrete control is based in two main types of appeals: those against decisions refusing to apply a legal rule on the ground of unconstitutionality; and those against decisions applying a legal rule, the constitutionality of which was challenged during the proceedings. The abstract control, on the other hand, includes the anticipatory review of constitutionality and the general (or ex post) review of constitutionality, in which the requests can be submitted to the Court by several entities, such as the President of the Republic, the President of the Assembly of the Republic, the

Prime Minister, the Ombudsman, the Attorney- General or one-tenth of the Deputies of the Assembly of the Republic.

We can say that the Constitutional Court is the only authority of the country vested with ultimate jurisdiction to adjudicate upon the existence of the necessity for the limitation of a right, liberty or guarantee contained in Section II Part I of the Constitution, or a right of a similar kind, as previously defined.

A limitation is only justifiable in terms of constitutional law if it is necessary in order to safeguard other rights or interests protected by the Constitution. This necessity is evaluated in terms of the principle of proportionality.

According to the Constitutional Court, the principle of proportionality can be unfolded in three more specific principles:

(i) the principle of adequacy, according to which limitations to rights, liberties and guarantees must be recognised as a mean to the pursuit of the ends envisaged, with the safeguard of other constitutional rights or goods involved;

(ii) the principle of exigency, which requires that restrictive measures must be demanded in order to obtain the ends envisaged, as there are no other restrictive means available for achieving the same end;

(iii) the principle of just measure, or proportionality in the strict sense, according to which no excessive measures can be adopted in order to obtain the ends envisaged.

Other substantial limits to restrictive laws of rights, liberties and guarantees are the general and abstract character of the legislative measure, the prohibition of retroactive effect and the safeguard of the essential core of the restricted right, as mentioned above.

It must be taken in account that in Portugal the system of human rights (or fundamental rights, considered by commentators as the rights that are explicitly or implicitly protected by the Constitution) is based on a fundamental distinction between the "classical" fundamental rights ("rights, freedoms and guarantees", to use the precise language of Portuguese Constitution), like the right to life or the right to personal integrity, and the so-called "second generation rights" ("economic, social and cultural rights" as the Constitution call them), like the rights of people with disabilities or the right to public health care. The strict regime

described above applies only to "rights, freedoms and guarantees". In a certain way, the social rights have a less rigid protection by the Portuguese Constitution.

There are, notwithstanding, some rules that in a certain way "soften" the sharpness of that distinction between "classical" and "second generation" rights. According to Article 17 of the Constitution, "the general system of rights, freedoms and guarantees comprises those set out in Section II and fundamental rights of a similar kind". Therefore, if a "social right" has a "similar kind" of rights, freedoms and guarantees it will have the high level of protection granted to these rights, namely the protection granted by Article 18, which rules, as we have seen, that limitations to fundamental rights must be imposed only by law of the Parliament or by a decree-law of the Government following an authorisation of Assembly of the Republic. In any case, it is absolutely forbidden to restrict fundamental rights through other means, such as administrative regulations or decisions taken by administrative bodies.

The preemptive control

The Portuguese Constitution has, indeed, a special provision for preemptive control of any laws, with no exception. Thus, including laws importing limitations to human rights. According to Article 278, Paragraph 1, of the Constitution of Portuguese Republic, the President of the Republic may request the Constitutional Court to undertake an anticipatory review of the constitutionality of any provision of an international treaty that has been submitted to the President for ratification, or of an instrument sent to the President for promulgation as a law (from the Parliament) or a decree-law (from the Government), or of an international agreement where the decree giving approval has been presented for the signature of the President. And, according to Article 279, Paragraph 1, if the Constitutional Court rules that a provision of a decree or international agreement is unconstitutional, the instrument must be vetoed by the President of the Republic or the Minister for the Republic, as the case may be, and shall be returned to the organ that approved it. The decree may not be signed or promulgated unless the organ that approved it deletes the provision ruled to be unconstitutional or, as appropriate, confirms it by a majority of two-thirds of the Deputies present,

provided that the majority exceeds an absolute majority of the Deputies entitled to vote.

The abstract review and the concrete review of legislation

The main instrument of control of the constitutionality of laws importing limitations to human rights is the sequential or remedial one, which covers either the abstract review or the concrete review of legislation. From a statistic point of view, the concrete control is, far large, the main instrument of control of the constitutionality of legal limits to human rights. In this field, the Constitutional Court has jurisdiction to hear appeals against any of the following court decisions:

(a) Decisions refusing to apply a legal rule on the ground of unconstitutionality;

(b) Decisions applying a legal rule, the constitutionality of which was challenged during the proceedings. The guarantee of human rights is assured through the mechanism of the appeal, since the Portuguese Constitution doesn't have instruments similar to the German *Verfassungsbeschwerde* or the Spanish *recurso the amparo*.

The impact of the jurisprudence of the European Court of Human Rights

There is quite a considerable impact of the jurisprudence of international and supranational courts, namely of the ECHR, on Portuguese constitutional case-law. However, ECHR decisions' are usually followed only in specific matters, such as guaranties of defence during criminal procedure and limitations on fundamental rights (especially on the right to freedom, right to privacy and to respect for family life).

In what concerns the guaranties of defence during criminal procedure, the Portuguese Constitutional Court shares the ECHR's views on the importance of the impartiality of the courts and of the due process of law. The Portuguese constitutional jurisprudence defends the need of equality of arms and of respect for the right of the accused to make full answer and defence, in accordance not only to the Portuguese Constitution (Article 20, paragraph 4), but also to the European Convention of Human Rights (Article 6, paragraph 1).

The right to face an independent and impartial court, established by law, is one of the guaranties attached to the right to due process, as the ECHR has ruled in many cases.

The Portuguese Constitutional Court has also adopted this position, underlining the importance given to appearances and the increased sensitivity of the public to the fair administration of justice, following the decisions in ECHR's cases.

Moreover, both jurisprudences (Portuguese and European) share the understanding that the concept of impartial court implies the existence of both an objective and a subjective dimension, as it has been stated in ECHR's cases *Golder v. United Kingdom* (1975) and *Saraiva de Carvalho v. Portugal* (1994).

Furthermore, the Portuguese Constitutional Court has highlighted, after ECHR's decisions, the fact that the right to due process necessarily implies the right to make full answer and defence.

The connection between the former and the need to ensure equality of arms and an adequate participation of the accused in the criminal process was also underlined by our constitutional case-law, reaffirming what the ECHR had already stated.

Still regarding the problem of the guaranties of defence, the Portuguese Constitutional Court has followed the ECHR's decisions in matters such as the need of providing the accused, for him to have the benefit of a fair trial, free assistance of an interpreter for the translation or interpretation of all the documents or statements in the proceedings against him.

Moreover, the Portuguese case-law also reaffirms, after ECHR's decisions the right of an individual deprived of his liberty to be informed promptly of the reasons for his being taken into custody, which constitutes a safeguard of personal liberty, of great importance in any democratic system founded on the rule of law.

Other than the guaranties of defence during criminal procedure, and as we have said before, the Portuguese Constitutional Court has closely followed the ECHR's jurisprudence on limitations on fundamental rights. A good example of this is our national case-law on the restrictions on the right to family life due to the expulsion of foreigners. On this matter, the Constitutional Court has frequently invoked Article 8 of the European Convention of

Human Rights to limit the application of the Portuguese legislation on the expulsion of foreigners.

Following ECHR's decisions in cases *Moustaquim v. Belgium* (1991) and *Beldjoudi v. France* (1992) - among many others - it has been stated that the expulsion of foreigners cannot cause, either in a direct or indirect manner, the separation of parents and children or the subsequent expulsion of the children (minors and at the parents' charge), in order to follow the expelled parent.

Another matter in which the impact of the ECHR's jurisprudence on Portuguese case-law is quite remarkable is the right to privacy. In fact, the Constitutional Court has imposed several demands in order to consider legal the interception of telephone calls during a criminal investigation, namely authorisation and following by a judicial authority. To justify his position, the Court mentioned, among other arguments, the ECHR's decisions in cases *Valenzuela Contreras v. Spain* (1998), *Klass and others v. Germany* (1978), *Malone v. United Kingdom* (1984), *PG and JH v. United Kingdom* (2001), *Prado Bugallo v. Spain* (2003), *Kruslin v. France* (1990) and *Huvig v. France* (1990).

Regarding the right to liberty, the Constitutional Court has closely followed the ECHR's jurisprudence to establish a distinction between deprivation of liberty, within the meaning of Article 5 of the European Convention, and restrictions on liberty of movement and freedom to choose one's residence. It has been said that there is a difference of intensity between the two, to be evaluated having in mind all the factors of a concrete case, taken cumulatively.

The Portuguese Constitutional Court has also invoked the ECHR's jurisprudence on forced or compulsory labour. Resorting to the European Court's decisions in the case *Van der Mussele v. Belgium* (1983), our national case-law has underlined the fact that one has to regard to all the circumstances of a case in order to determine whether a service required of an individual falls within the prohibition of compulsory labour. Furthermore, it is important to bear in mind that the person's prior consent is not, in itself, sufficient to consider that the required work is not compulsory, because it can have been determined by the menace of a penalty or comparable risks. Therefore, and as it has been stated, a broader evaluation has to be done.

The enforceability and implementation of decisions of the Constitutional Court on issues bearing on human rights

The enforceability of the Constitutional Court's decisions must be considered in a different way in concrete and in abstract control.

a) As far as the concrete control is concerned, the implementation of the decisions of the Court depends solely - but totally - on the attitude adopted by the courts that have taken the decisions submitted to Constitutional Court. The Court does not have the power to assure ex officio that its decisions are well applied by other courts. This includes all the decisions of the Constitutional Court, including those who deal with human or fundamental rights. And the citizens, it must be said again, do not have direct access to the Court in order to protect their own rights. A citizen must previously file a complaint in other courts and then, through the mechanism of the appeal, obtain access to the Constitutional Court.

It must be said that there is a very high level of general compliance to the Constitutional Court decisions by the other courts. It is very difficult to measure this level of compliance, but some empirical studies have shown that it's very high.

b) Considering the abstract control the effect of constitutional decisions are much more effective.

In prior review cases, when the Court pronounces a rule unconstitutional, the President of the Republic is obliged to veto the text in question and return it to the body that passed it, whereupon the latter must abide by the Court's decision.

If the text is altered by the body that passed it and the rule or rules that were deemed unconstitutional are removed, or, in the case of the Assembly of the Republic, despite the ruling that it is unconstitutional the text is confirmed by a qualified two-thirds majority (Article 279 of the Constitution), the President of the Republic is then able to enact or sign it. This does not prevent the Constitutional Court from holding that such rules are unconstitutional later on, as part of other forms of reviewing constitutionality.

At the same time, if the text is reformulated and the alterations are not just limited to the removal of the rules that the Constitutional Court has judged unconstitutional, the President of

the Republic, as appropriate, can request a new prior review of any of the rules it contains [Article 279(3) of the Constitution].

In successive abstract review cases the Constitutional Court decides whether each rule that is submitted to it is (totally or partially) unconstitutional, or is not unconstitutional. In the event that the Constitutional Court concludes that one or more rules which it has been asked to review are unconstitutional, its decision possesses generally binding force. This means that the rule is eliminated from the legal system and can no longer be applied, be it by the courts, the public administration, or private individuals. Some of the specific problems raised by this system are addressed and resolved by Article 282 of the Constitution.



C. Ribičič

*Vice-President of the Constitutional Court
of the Republic of Serbia*

Strengthening Constitutional Democracy

Introduction

Many books and Articles¹ have been written about constitutional democracy, it can be found in the titles of numerous web forums, foundations, movements, centres, associations, conferences and curricula which have very different, sometimes diametrically opposed objectives. Also theory uses the notion of constitutional democracy to describe various systems, and in some instances, e.g. in South Africa, constitutional democracy is a part of the official name of the constitutional system in force². Furthermore, constitutional democracy is the subject of numerous discussions also in Slovenia³, it is discussed in

¹ Walter F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, 2006; Ben Nwabueze, *The Return of Africa to Constitutional Democracy*, 2003; Matthias Kumm, *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement*, New York University School of Law, 2006; A. D. Dick Howard, *Towards Constitutional Democracy around the World: an American Perspective*, U.S. Department of State, 2007; Thomas Fleiner, Lidija Basta Fleiner, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Springer, 2009 (in press).

² The Preamble of the Act regulating the protection of constitutional democracy against terrorist and related activities of 2004 reads as follows: "WHEREAS the Republic of South Africa is a constitutional democracy where fundamental human rights, such as the right to life and free political activity, are constitutionally enshrined..."

³ Let me mention the book by Dr. Peter Jambreč, *Ustavna demokracija (Constitutional Democracy)*, DZS, Ljubljana, 1992, and articles by Dr. Andraž Teršek, *Ustavna demokracija in konstitucionalizem: (evropska) izhodišča in onkraj njih (Constitutional Democracy and Constitutionalism: (European) Starting Points and Beyond)*, XII. dnevi javnega prava, Portorož, Zbornik, 2003, and Dr. Winfried Hassemer, Vice President of the Federal Constitutional Court of the Republic of Germany, *Ustavna demokracija (Constitutional Democracy)*, *Pravnik*, No. 5/2003, p. 214, who emphasizes that "constitutional" in the notion of constitutional democracy entails the boundary of a democratic principle; the review of whether the decisions of the majority are correct has hitherto been subject to the reservation that they have to be consistent with the constitution.

Constitutional Court decisions⁴ and the separate opinions of Constitutional Court judges, and occasionally it is even the subject of heated discussions in blogs⁵. In this paper I am referring to constitutional democracy as a system whose essential element is the authority of the constitution as an act, which is a foundation, framework, and limitation with regard to the functioning of everyone.

The constitution binds and limits everyone, from the highest state authorities to citizens, and is superior to all decisions, including those adopted by a parliamentary majority or by a majority in a general referendum. The principle of the separation of powers must be supplemented, or rather adjusted, by the principle of constitutional democracy. Fundamental human rights and constitutional values could otherwise become dependent on checks and balances or even prestigious struggles for power between those exercising legislative, executive, and judicial power. In numerous European and non-European countries a Constitutional Court has been established as a guardian of constitutional democracy⁶, which cannot, however, be the only institution responsible for implementing the constitution. From this point of view, when planning constitutional amendments in order to unburden the Constitutional Court of the Republic of Slovenia of some of its tasks, strengthening constitutional democracy and widening the circle of institutions which will assume a portion of the responsibility for ensuring the implementation of and respect for the Constitution must be set as primary objectives.

⁴ In the reasoning of Decision No. U-I-111/04, dated 8 July 2004, in which the Constitutional Court decided whether a referendum was allowed, it emphasized that in the Republic of Slovenia, a so-called constitutional democracy was established, the essence of which is that the values protected by the Constitution, including, in particular, human rights and freedoms, can prevail over the democratically adopted decisions of the majority. Concerning such, in reviewing the admissibility of a decision put to a referendum, the Constitutional Court must take into consideration that decisions which would be inconsistent with the Constitution may not be put to a referendum.

⁵ "...what is democracy. It is not the majority that always decides, where the majority collides with constitutional principles, the constitution prevails, not the majority. This is called constitutional democracy, in which the will of the majority has very clear limitations." (Tomaz Ovcak, 8 March 2007 at Sneznik.net-portal).

⁶ Dragica Wedam Lukić, *Eröffnungssprache, Internationale Konferenz »Die Stellung der Verfassungsgerichte bei der Integration in die Europäische Union«* (Opening Address, International Conference "The Position of Constitutional Courts Following the Integration into the European Union"), *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Volume 60, Issue 3, 2005, p. 293.

I.

1. Slovenia has had a Constitution since 1974, whereas the Constitutional Court is now 45 years old, founded at a time when Slovenia was still part of the Yugoslav federation. The Constitution of the Republic of Slovenia currently in force was adopted in December 1991 and is the first constitution of the independent Slovenia. It had been planned that it would be adopted half a year earlier. This could have had positive effects on gaining independence⁷, it would not, however, have contributed to a higher quality constitutional text. There were namely too many open issues on which the parliamentary political parties could not reach a consensus, e.g. the attitude towards the past, the electoral system, regionalism and the composition of the National Assembly, and abortion. Some of them, i.e. the electoral system and regionalism, remained unresolved also upon the adoption of the Constitution and were the subject of subsequent constitutional amendments. On the occasion of celebrating the tenth anniversary of the Constitution, Dr. France Bučar, the President of the National Assembly at the time the Constitution was adopted, emphasized the positive historical role of the Constitution of 1991, stating that it represents a minimum social consensus which enabled social reforms after independence.

2. In 2000, the amendment to Article 80 of the Constitution determined that the National Assembly was to be elected according to the principle of proportional representation with a four-percent threshold required for election to the National Assembly. Thereby the political battle⁸ between the supporters of either a majority or proportional electoral system successfully ended⁹.

⁷ Adopting the Basic Constitutional Charter in 1991, which in a concise and understandable manner defined the foundations on which the young country is based, proved to be a successful transitional solution at a time when a consensus between the political parties on the adoption of the Constitution could not be reached. Such a pattern could perhaps be followed in resolving problems after the Constitution for Europe was not adopted. *See more*, Ciril Ribičič, The Constitution for Europe and the Protection of Human Rights, The 7th World Congress of the International Association of Constitutional Law, "The European Constitution and Contemporary Constitutionalism" Workshop, Athens, 12 June 2007.

⁸ This also follows from the Opinion of the Venice Commission, which in 2000 emphasized that resolving a crisis (with reference to the referendum on electoral systems) with the adoption of amendments to the Constitution, which were adopted by the National Assembly, was not in conflict with European democratic standards.

⁹ For more on the outcome of this conflict, see, Ciril Ribičič, From Election System Referendum to Constitutional Changes in Slovenia (1996 – 2000), Unidem Venice Commission Seminar on "European Standards of Electoral Law in the Contemporary Constitutionalism", Sofia, 28- 29 May 2004: Synopsis.

3. Subsequent constitutional amendments remedied the European deficit in the Constitution. In 1997, Slovenia was first forced (due to Italy threatening to veto Slovenia becoming an Associate Member to the European Union) to amend Article 68 of the Constitution and open up its real-estate market to aliens. The fear that Slovenian real estate on the border with Italy would be sold cheaply proved to be exaggerated.

4. The amendments adopted in 2003 establishing a constitutional framework for Slovenia to join the European Union and NATO are all-encompassing. Of special note is the provision according to which Slovenia may transfer the exercise of part of its sovereign rights to international organisations which "are based on respect for human rights and fundamental freedoms, democracy and the principles of the rule of law¹⁰". Moreover, these amendments enabled the surrender of Slovene citizens to other Member States of the European Union, while the condition of reciprocity regarding the right of aliens to acquire ownership rights to real estate in Slovenia was abolished.

5. In 2004, three amendments to the Constitution were adopted which were reasonable and perhaps needed, however, by no means necessary¹¹. The amendment to Article 14 of the Constitution added disability to the personal circumstances on the basis of which discrimination is prohibited. The amendment to Article 43 allowed positive discrimination regarding quotas in favour of women when standing for election to state authorities and local community authorities.

The amendment to Article 50 explicitly determined the right to an old-age pension. These amendments are not consistent with the idea of the constitution as an act not intended to regulate social relations in too much detail¹², as "it is a functioning, rather complicated, living, and developing organism, which should not be dealt with a butchers knife, but rather a scalpel¹³".

¹⁰ For more, see, Ciril Ribičič, The Position of the Slovene Constitution following Integration into the European Union, VIII International Congress on European and Comparative Constitutional Law, Regensburg, June 2006.

¹¹ Dr. Franc Grad *Ustava in konstitucionalizem* (Constitution and Constitutionalism), in: Ciril Ribičič, *Mozaik ustavnih sprememb* (A Mosaic of Constitutional Changes), GV založba, Ljubljana, 2003, p. 21 and sub., argues that every amendment must be extremely well thought-out and substantiated and that constitutional amendments in cases in which a constitutional gap could be filled with an interpretation by the legislature and the constitutional court are not allowed.

¹² Dr. Franc Grad, *ibidem*.

¹³ Ciril Ribičič, *Mozaik ustavnih sprememb* (A Mosaic of Constitutional Changes), GV založba, Ljubljana, 2003, p. 4.

6. In 2006, the amendment to Articles 121, 140, and 143 strengthened the position of the municipalities and enabled the regionalisation of the state. This amendment gained the required majority only after the fear that decentralisation in the initial years of the existence of independent Slovenia would entail a threat to the existence of the young state was surmounted. The amendment will be implemented only with the adoption of appropriate legislation, which is, however, not going smoothly because of differing opinions on the size and legal position of the regions¹⁴.

7. In 2008, Dr. Danilo Türk, the President of the Republic of Slovenia, stated before the National Assembly the necessity of amendments to the Constitution regarding the position and powers of the Constitutional Court¹⁵.

II.

The Constitutional Court of the Republic of Slovenia is overwhelmed with petitions, especially constitutional complaints. The caseload has been increasing for a long time, and to a greater extent in recent years; in 2004 1271 new cases were filed before the Constitutional Court, in 2005 1877 new cases were filed, in 2006 there were 3053 new cases, and in 2007 4354. Such an excessive caseload of the Constitutional Court has several reasons. The constitutional provisions that enable virtually anyone to lodge a petition or constitutional complaint have contributed to this situation. However, the powers of the Constitutional Court have also expanded through legislative and Constitutional Court decisions, which broadly interpreted not only the constitutional provisions on rights and freedoms, but also the Constitutional Court's own powers.

Furthermore, the excessive caseload of the Constitutional Court can also be attributed to the fact that the residents of Slovenia are filing a massive number of lawsuits and complaints. Nonetheless, the fundamental reason must be looked for elsewhere; in Slovenia

¹⁴ Dr. Stane Vljaj, *Divide and Rule*, IFIMES, Ljubljana, 16 May 2008.

¹⁵ On 24 April 2008, Dr. Danilo Türk, the President of the Republic, in the National Assembly argued six points in favour of such amendments to the Constitution that would limit access to the Constitutional Court and enable the Constitutional Court "to itself decide which constitutional complaints it will accept for consideration, taking into account their significance for the legal order and the protection of the human rights of the parties", as well as in favour of a different system of electing Constitutional Court judges.

too many violations of the Constitution and human rights take place, which should be prevented by the authorities of all three branches of power. And they often function as if the Constitutional Court is the only saviour, the only guardian of the Constitution, the only authority responsible for its implementation. Thus, the Constitutional Court is becoming an arbitrator of almost everything, instead of being an exceptional, subsidiary authority that decides in cases in which all other institutions have failed.

Naturally it would not be difficult to develop the idea that the Constitutional Court has a special position which is above the three branches of power, based on the role of the Constitution within the framework of the idea of constitutional democracy. However, this must not be exaggerated. The Constitution can namely not be fully implemented if it is in the hands of only one state authority - the Constitutional Court. It is difficult to implement the Constitution without the cooperation or even against the will of other authorities, organisations, and individuals. Care for the Constitution is not and may not be the monopoly of the Constitutional Court, although it has and must have the last word regarding the interpretation of the Constitution¹⁶. Also the Constitutional Court is responsible for such an attitude towards the Constitution. It is important that it restricts itself so that regarding political issues it does not, in the name of the Constitution, force its solutions on society and the state¹⁷. The National Assembly, being directly elected as the representative of the people performing the legislative function (naturally within the framework of constitutional regulations and in accordance with the Constitution), is competent to resolve such political issues.

Its excessive caseload has prevented the Constitutional Court from functioning normally and has jeopardized the purpose of its existence. Fortunately the amendments to the Constitutional Court

¹⁶ Dragica Wedam Lukič, *ibidem*. Cf., Dr. Arne Mavčič, *The Specialties of Slovenian Constitutional Review as Compared with the Current Systems of Such Review in the New Democracies*, in: Giuseppe De Vergottini (editor), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei paesi dell'Europa centro-orientale*, (CISR, 21). Torino: G. Giappichelli, cop. 2001, pp. 161-188.

¹⁷ Compare with the arguments of Andrej Kristan on the problematic nature of resorting to the arguments of power instead of the power of arguments in the reasoning of Constitutional Court decisions: *Razpravna in institucionalna legitimnost posamezne (ustavno)sodne odločitve, k desetletnici odločbe št. U-I-12/97* (Argumentative and Institutional Legitimacy of an Individual (Constitutional) Court Decision, on the Tenth Anniversary of Decision No. U-I-12/97), *Revus*, No. 7, 2008, p. 51 *et sub*.

Act were adopted relatively quickly, i.e. in 2007, and the Constitutional Court was forced to drastically change, *inter alia*, its positions regarding who has a legal interest. The restrictions that it subsequently introduced were both logical and necessary. With reference to such, the question is raised whether any, also very restrictive, interpretation of when an individual has a legal interest is allowed, thus also an interpretation that in fact makes hollow the right to lodge petitions and constitutional complaints. In my opinion, the answer to this question has to be negative. The word "anyone" cannot be changed so that it is interpreted as "no one"¹⁸.

It is logical that in its case-law the Constitutional Court had to define more concretely when legal interest is demonstrated. The concretisation of the conditions necessary to demonstrate legal interest is not disputable from either a theoretical or comparative point of view. The Constitutional Court does not decide on constitutionality "in advance" but only when such is necessary in order to resolve open disputes. In accordance with the established constitutional caselaw, which has been developing over the last fifteen years, the legal interest must be direct (it is not enough to claim that the Constitution might be erroneously applied sometime in the future), legal (economic interest is not enough), concrete (the general desire that unconstitutional regulations be abrogated is not enough), personal (it must refer to the petitioner), and must result in an improvement in the petitioner's legal position provided that the petition is granted. Furthermore, it is also not disputable that the Constitutional Court has the competence to review whether legal interest (still) exists subsequently, and not only when the petition was lodged¹⁹.

¹⁸ Cf., Jurij Toplak, *Ustavno sodišče – zakonodajalec?* (The Constitutional Court – the Legislature?), Pravna praksa No. 45/2003; Dr. Sebastian Nerad, *Pravni interes za ustavnosodno presojo zakonov in drugih predpisov* (Legal Interest for the Constitutional Review of Laws and Other Regulations), Revus No. 4/2005; Janez Čebulj, *Pravni interes, kako in kdaj?* (Legal Interest, How and When?), Pravna praksa No. 3/2005, p. 3.

¹⁹ In my opinion, the existence of a legal interest cannot be denied only because a petitioner can no longer achieve restoration to the original condition. I have argued this in numerous dissenting opinions, the most extensively in Order No. U-I-303/07, in which I opposed the rejection of the petition for the review of the provisions of the Judicial Service Act: "Why is it in cases, as is the one at issue, reasonable to adopt a broader approach regarding the recognition of a legal interest and apply the possibility to adopt a declaratory decision? There are many reasons in favour of such. The conviction that in instances in which complainants cannot achieve full satisfaction, they are also not entitled to partial satisfaction is not acceptable. In the case at issue this entails that because of the fact that the constitutional complainant due to his old age can no longer perform the function of a Supreme Court judge, he also does not have a legal interest for the Constitutional Court to establish a violation of his rights. The position is not logical, is not acceptable, and most of all it is not in compliance with the principle of fairness..."

The Constitutional Court has recently been dealing mostly with the direct nature of the concept of legal interest. On 10 January 2008, in Order No. U-I-251/07, to which it often refers, the Constitutional Court defined the direct nature of legal interest as follows: "Anyone who demonstrates legal interest may lodge a petition that the procedure for the review of the constitutionality or legality of regulations be initiated... Pursuant to the second paragraph of the cited Article, legal interest is deemed to be demonstrated if a regulation or general act issued for the exercise of public authority whose review has been requested by the petitioner directly interferes with his rights, legal interests, or legal position. In instances in which challenged regulations do not have direct effects, a petition may be lodged together with the constitutional complaint only after all legal remedies against the individual act have been exhausted ..." Under the great pressure of its excessive caseload, the Constitutional Court decided to essentially narrow the scope of recognizing legal interest with reference to regulations which "do not have direct effects". On such basis the Constitutional Court has now rejected hundreds of constitutional complaints.

Let me briefly explain why I voted in favour of this new position, which is undoubtedly very restrictive. The positive aspect of such is that it recognizes and emphasizes that in addition to the Constitutional Court, also the regular courts have an important responsibility to implement the Constitution. Regular courts can, before the Constitutional Court begins to decide a case on the merits, resolve a dispute themselves or at least give their opinion on its constitutional aspects. This is indisputable. Quite the contrary. In such a manner the responsibility of everyone to respect and implement the Constitution is emphasized. Moreover, it also emphasizes the reserve, subsidiary role of the Constitutional Court, which should act only when those institutions that apply and thereby interpret the Constitution, especially the regular courts, do not do so or do so incorrectly. In addition, the above-mentioned change does not definitely close off access to the Constitutional Court: "The above-mentioned position does not prevent petitioners from having access to the Constitutional Court, but only entails its postponement to a time when all legal remedies have been exhausted before the competent courts (in

judicial review of administrative acts proceedings), provided that the petitioners do not successfully protect their rights already in these proceedings...²⁰".

In my opinion, access to the Constitutional Court has been reduced to the edge of that allowed by the Constitution if interpreted as narrowly as possible. In my separate opinions I drew attention to the cases in which, in my opinion, the Constitutional Court overstepped this boundary and unjustifiably prevented access to the Constitutional Court²¹. A thorough "clearing out" of less important cases was carried out at the Constitutional Court, so that in 2007 alone more than 6,000 cases were "resolved". Nevertheless, the Constitutional Court cannot keep up with the huge caseload and cannot control delays. Therefore, it is necessary to enable and encourage by means of constitutional amendments a more comprehensive reform of the constitutional judiciary.

When drafting constitutional amendments, positive practices in other countries and at the European Court of Human Rights with regard to relieving the highest levels of the judiciary of some tasks should be taken into consideration. In the latter instance, the European Court of Human Rights introduced pilot judgments when dealing with an excessive caseload much greater than that at the Constitutional Court of the Republic of Slovenia. The European Court of Human Rights successfully relieved itself of some of its caseload by strengthening the accountability of national courts regarding the protection of convention rights and

²⁰ Order No. U-I-79/08, dated 10 April 2008.

²¹ In my dissenting opinion in Order No. U-I-303/07, dated 31 March 2008, I wrote: "When I speak of a dangerous philosophy which should not prevail at the Constitutional Court, I have in mind the following: Instead of the Constitutional Court looking as if for a needle in a haystack in a huge pile of open, pending cases for important and in their consequences serious violations of the Constitution and human rights and freedoms, it increasingly wastes its energy on the selection of constitutional complaints and petitions. It is becoming important that the case is "resolved", even if in a manner such that the Constitutional Court clears it out after a short procedure." In another dissenting opinion in Order No. U-I-216/07, dated 4 October 2007, I opposed the rejection of a request for the review of the constitutionality of the powers of the Slovene Intelligence and Security Agency with the following words: "An important constitutional question is before the Constitutional Court: Is it not necessary that for the authorization of the part of the surveillance of the international system of connections which entailed an interference with the rights and freedoms of individuals who live outside Slovenia, the same or similar participation of the judicial branch of power should be prescribed? The question is whether the Constitutional Court may avoid deciding on the merits on the constitutionality of the regulation, which opens a burning constitutional question. The excessive caseload of the Constitutional Court is not a convincing argument for not dealing with such a complex problem".

freedoms²² as well as by strengthening the importance and legal effects of its judgments. Also in Slovenia, relieving the Constitutional Court of some portion of its caseload should be aimed at efforts to change the attitude of the regular courts towards the Constitution, such that Constitutional Court decisions are implemented more consistently²³, and that its positions are taken into consideration in all similar future cases. Within the framework of these efforts, the Constitutional Court must set an example by respecting its own positions, which it cannot and may not voluntarily change or silently withdraw from. Finally, the Constitutional Court also cannot "forgive" and tolerate that its decisions are not implemented, be it decisions that were adopted recently or decisions that were adopted some time ago by a different composition of the Constitutional Court.

Thanks to Dr. Danilo Türk, the President of the Republic, and his speech in the National Assembly, the conviction that constitutional amendments regarding this matter are necessary is widely accepted. Naturally, relieving the Constitutional Court of some of its caseload may not result in its role being diminished. It may not result in a situation wherein the Constitutional Court is "relieved" of its constitutional function or that its role in the protection of human rights and the constitutionality is curtailed. Such would namely result not only in a situation wherein the role of the Constitutional Court is diminished, but also in the unacceptable degradation of the Constitution and the principles of the rule of law.

Therefore, the warnings that were summarized also by Dr. Danilo Türk, the President of the Republic, in his speech before

²² It is important to add that it is not acceptable to use standards from The European Convention of Human Rights and case-law of the European Court of Human Rights in a way which would lead to »reducing the level of protection afforded by domestic courts on the ground of lower minimum standards«. Peter Paczolay, Consensus and Discretion: Evolution or Erosion of Human Rights Protection?, Dialogue between Judges, European Court of Human Rights, Strasbourg, 2008, p. 118.

²³ The many years of ignoring the Constitutional Court decision on the erased persons, by which it decided that the permanent residency in Slovenia of 18,000 residents from other parts of the former Yugoslavia must be reinstated, which they had been unlawfully deprived of, is a drastic example of not respecting the decisions of the Constitutional Court. It is a decision whose fundamental message was that human rights do not have a nationality. No parliamentary majority should be based on the erroneous hypothesis that by winning elections it was given a mandate to change the state according to their own perspective, even though it was only given the obligation to correctly manage public affairs within the framework of the constitutional system and respecting international obligations regarding human rights. The Government that was established at the end of 2008 and the new Minister of the Interior promised that they would finally resolve this example of a grave violation of the Constitution.

the National Assembly are indeed relevant: "the legal profession has already been critically assessing certain decisions of the Constitutional Court in which it did not deal with important questions for the legal system...²⁴" In my opinion, the above-mentioned indicates that there exists a danger that because of its excessive caseload the Constitutional Court's fundamental function has been jeopardized.

The Constitutional Court, which has been struggling with an excessive caseload for many years, has gradually adopted a philosophy according to which it is most important to clear out as many cases as possible by finding procedural deficiencies. All kinds of formalistic rejections are becoming appreciated. A great deal of "creative" strength and innovation is spent in finding ways to resolve cases so as to clear them out. Instead of the ability to find and resolve complex constitutional issues, the ability regarding how to avoid such is increasingly in the foreground. The Constitutional Court spends too much time dealing with what it cannot or may not do, or what is not appropriate for it to do, whereas there is not enough of an active approach which would emphasize its responsibility regarding implementing constitutionality and the development of rights. Something that is a necessary evil (relieving the Constitutional Court of its excessive caseload) is becoming an objective and a guiding principle. Perhaps such a philosophy is not yet prevalent, but it must be treated as a serious threat. The sooner we recognize this, the easier it will be to tackle such functioning of the Constitutional Court, which otherwise could potentially jeopardize its mission.

What mission do I have in mind? I have in mind the role which was played by the Supreme Court of the United States in its golden times in evolutionary interpretation of the Constitution of the United States. I have in mind the interpretation of the European Convention of Human Rights, which is increasingly relevant half a century after its adoption precisely because of the ten thousand judgments of the European Court of Human Rights, I have in mind such a mission for which the German Basic Law (according to Dr. Jutta Limbach, the former President of the German Federal Constitutional Court, at the International Symposium in

²⁴ The motion of the President of the Republic for the amendment of the provisions of Chapter 8 of the Constitution of the Republic of Slovenia, Ljubljana, 24 April 2008, p. 2.

Celebration of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Korea) is a "living instrument" which maintains its life force due to the Constitutional Court judges²⁵. I have in mind the role of those Constitutional Courts which ensure that the national constitution maintains a level of the protection of human rights above the minimum standards required by the European Convention of Human Rights²⁶. The answer to the question whether the Constitutional Court of the Republic of Slovenia is successfully performing such a mission is not easy, nevertheless, for me there is no doubt that it performs its mission less successfully than it could and less successfully than it once did.

This impression is even stronger if we think of instances in which its decision are not respected by the executive and legislative branches of power or before the regular courts, as if the Constitutional Court alone, instead of them or even against them (not in alliance with them) should attend to the implementation of the Constitution and the strengthening of constitutional democracy.

From the annual report on the work of the Constitutional Court for 2007 it follows that 4354 new cases were filed before the Constitutional Court in 2007 (which is 42.6 % more the year before), whereby the increase must be attributed to the greater number of constitutional complaints. In 2007, in 14 % of the cases the petitions for the review of the constitutionality of regulations were granted, whereas the proportion in constitutional complaint cases was considerably worse; constitutional complainants were successful in 38 cases (i.e. in 3.3 % of the cases) of total of 1144 lodged constitutional complaints. The great majority of cases were thus petitions and constitutional complaints which did not succeed in overcoming the procedural obstacles and therefore the Constitutional Court did not decide on them on their merits. The reasons for such lie not only in the changed positions of the

²⁵ At the International Symposium in Celebration of the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Korea, Seoul, September 2008, numerous examples of constitutional court decisions were stated in which the constitutional courts established higher standards of the protection of human rights in their countries. Cf., Ciril Ribičič, *Ustavne teme: delujoča ustava živi in se spreminja* (Constitutional Topics: a Functioning Constitution is Alive and Changing), *Pravna praksa* No. 26/2002.

²⁶ Ciril Ribičič, Implementing European Standards into the case-law of the Constitutional Court of Slovenia, *Internationale Konferenz "Die Stellung der Verfassungsgerichte bei der Integration in die Europäische Union"* (International Conference "The Position of Constitutional Courts in the Integration into the European Union"), *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Volume 60, Issue 3, 2005, p. 411.

Constitutional Court, but most of all with regard to the 'other' side (i.e. the side of authorized applicants, petitioners, and constitutional complainants). Therefore, I am more in favour of the idea that representation by lawyers or other specially qualified legal representatives should be required of all those who address the Constitutional Court with their applications²⁷. This would ensure that applications are substantiated better and consequently that there would be a more solid basis for a qualitative constitutional review on the merits.

This is a more appropriate manner to restrict access to the Constitutional Court than the introduction of fees or the possibility to sanction applicants, which is allowed by the amended Constitutional Court Act, and which was fortunately applied by the Constitutional Court only in two extreme cases of abuse and insults directed toward the Constitutional Court.

A comparative analysis shows that the excessive caseload of the Constitutional Court has already resulted in two additional deformations, i.e. in a reduction, in fact a dying out, of public hearings and separate opinions. Both could clearly be improved also under the present conditions, however, a true revival of such is not very realistic until the excessive caseload of the Constitutional Court is again within reasonable and controllable limits.

The Constitutional Court can be forced to decide on the merits by any of the authorized applicants and regular courts. Before the Constitutional Court applicants may not challenge regulations which they themselves have adopted.

In my opinion, this restriction must be interpreted so that it is not allowed, e.g. that one third of the deputies submit a request if they voted in favour of the disputed law; that the Government challenges a statutory regulation which it itself proposed; that the National Council challenges a regulation against which it did not use a suspensive veto. It can namely be required of applicants that they did not contribute with their acts or omissions to the adoption of the regulation whose constitutionality they are challenging. I am also of the opinion that the Constitutional Court in a few instances unjustifiably recognized that a request had fulfilled

²⁷ This is, for example, the case at the Constitutional Court of the Czech Republic, whereas at the Norwegian Supreme Court they even select among lawyers who may represent parties before this court on the basis of their past performance.

the conditions that are required for it to be decided on the merits although it was written in the request that the regulation was in order and that it was being "challenged" before the Constitutional Court because someone else opposed it²⁸. This degrades the Constitutional Court into an advisory body of the applicants, e.g. the Government.

Is it possible to achieve both: to relieve the Constitutional Court of some of its caseload and to ensure a greater valuing of constitutionality and human rights?

From this perspective an amendment to the Constitution based on the model adopted in the United States, which would enable Constitutional Court judges to select cases that are important for the complainants and for the development of human rights to such a degree that they are worth being decided on the merits, is of a key importance²⁹. In my opinion, the opponents of such regulation are exaggerating. It is indeed true that the system of selection as applied by the Supreme Court of the United States seems rather radical and unusual for the European circumstances. However, the excessive case load of the Constitutional Court is also exceptionally serious and requires profound changes. Moreover, the impression that the Constitutional Court does not at present independently select cases is wrong. It selects cases first by deciding which applications will (not) be given priority and absolute priority consideration, thereafter by exceptionally considering applications that are too late and applications regarding which all legal remedies have not been exhausted, and finally by changing its positions by which it imposes ever new procedural obstacles on applicants³⁰. Authorizing the

Constitutional Court to replace the tools of "negative selection" with a "positive selection" of applications that are 'mature' enough to be decided on the merits would thus not be such a

²⁸ Such an example was the proposal of the Government of the Republic of Slovenia that the Constitutional Court review the constitutionality of the agreement between the Republic of Slovenia and the Holy See (Case Rm-1/02).

²⁹ Mag. Matevž Krivic, *Dejstva o ameriškem in nemškem modelu in pripombe k predlogu reforme Ustavnega sodišča* (Facts on the American and German Models and the Observations to the Proposed Reform of the Constitutional Court), Pirniče, October 2006; Dr. Marko Pavliha, *O reformi Ustavnega sodišča* (On the Reform of the Constitutional Court), Pravna praksa, No. 48/2006.

³⁰ In Order No. U-I-259/07 the petitioners claimed that the Constitutional Court decides in a discretionary manner already when in deciding on the admissibility of constitutional complaints it reviews whether graver consequences for the complainant occurred. Similar could be said regarding deciding which constitutional complaints and petitions have (non)priority.

great leap as it might seem at the first sight and I do support it. The other extreme is much more dangerous and unacceptable, entailing the conversion of the Constitutional Court into an anaemic or even an obedient and bending state authority, subordinated to the will of the majority (expressed in a general referendum or in the legislature) which has assumed the right to do with the Constitution whatever it pleases.

Nonetheless, attention must be drawn to the fact that the above-described possibility of the free selection of cases in combination with avoiding difficult constitutional issues entails an explosive mixture which could jeopardize the purpose of the existence of the Constitutional Court. The Constitutional Court must aim at resolving the most disputable and the most important problems for the development of rights and constitutionality which find their way onto its oval table. Therefore, I am in favour of a transition from the negative selection of cases, which is suffocating the Constitutional Court today³¹, to a positive selection thereof, which could be the basis for its revival.

The objective of the reform of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia cannot and may not be to make the work of Constitutional Court judges easier.

Quite the contrary. Relieving the Constitutional Court of some of its caseload and the possibility to select cases would form the basis for it to function in a more difficult, active, strenuous, demanding, creative, and profound manner, which is of crucial importance for implementing constitutionality and for the protection of rights. The fundamental criteria for assessing whether the constitutional reform was successful will be the answer to the question whether it has strengthened or weakened constitutional democracy in Slovenia.



³¹ It seems that if the excessive caseload of the Constitutional Court increases in the coming years, and the constitutional amendments are not adopted, the Constitutional Court will have to alone introduce one of the radical methods for the selection of cases in order to ensure that it continue to perform its function.

И. Рогов

*Председатель Конституционного Совета
Республики Казахстан*

Конституционная юстиция в Казахстане

Уважаемые коллеги! Дамы и господа!

В своем кратком выступлении мне бы хотелось проинформировать вас о деятельности органа конституционной юстиции - Конституционном Совете Республики Казахстан, в частности, осветить его роль в обеспечении прав и свобод человека.

Республика Казахстан является сравнительно молодым государством, вставшим на путь демократического развития с провозглашением в 1991 году государственной независимости.

Непростые условия становления государственности обусловили необходимость учреждения института конституционного контроля.

Конституционный закон, объявивший Казахстан независимым государством, учредил Конституционный Суд, который позже был трансформирован в Конституционный Совет в связи с принятием в 1995 году новой Конституции.

Миссия Конституционного Суда состояла в формировании фундамента отечественной конституционной юстиции, что способствовало укреплению конституционализма в Казахстане в процессе развития правового государства.

Конституционный Совет Казахстана, пришедший на смену Конституционному Суду, имеет много общего с Конституционным Советом Франции. Состав Конституционного Совета формируется с участием Главы государства и Палат Парламента Республики. Срок полномочий членов Совета, обновляемых на половину каждые три года, составляет шесть лет.

Экс-Президенты Республики по праву являются пожизненными членами Совета.

Конституционный Совет наделен полномочиями, позволяя-

ющими ему принимать решения, имеющие обязательную силу на всей территории Республики и обладающие, согласно Конституции, нормативностью.

Компетенция Конституционного Совета достаточно многообразна и заключается в следующем. Конституционный Совет в случае спора рассматривает вопросы о правильности проведения выборов Президента Республики, депутатов Парламента, а также проведения республиканского референдума, осуществляет контроль за конституционностью законодательных актов. В частности, до подписания Президентом Совет рассматривает на соответствие Конституции законы, принятые Парламентом, до ратификации Парламентом - международные договоры Республики, проверяет конституционность постановлений Парламента и его Палат.

Конституционному Совету дано право официального толкования норм Конституции.

Конституционное производство возбуждается по обращению Президента Республики, Председателей Палат Парламента, группы депутатов Парламента (не менее 1/5 части от общего числа), Премьер-Министра.

В Конституционный Совет также обращаются суды Республики всех уровней с представлениями о признании неконституционными норм действующих законов и иных нормативных правовых актов, если в ходе судебного производства усмотрят, что они ущемляют права и свободы человека.

В Конституции наряду с защитой конституционного строя и обеспечением высшей юридической силы и прямого действия Конституции, обозначена главная задача Конституционного Совета - защита и недопущение ущемления конституционных прав и свобод человека, что прямо вытекает из пункта 1 статьи 1 Конституции, согласно которому высшими ценностями государства являются человек, его жизнь права и свободы.

В связи с этим Конституционный Совет, осуществляя конституционный контроль, исходит из того, что конституционные права и свободы человека и гражданина являются абсолютными и неотчуждаемыми, что введение их ограничений должно быть обоснованным в соответствии с основаниями и порядком, установленными Конституцией.

Так, по обращению одного из региональных судов Конституционный Совет признал неконституционной норму Уголов-

ного кодекса, предусматривающую уголовную ответственность за совершение акта группового членовредительства лицами, содержащимися в местах лишения свободы.

В своем решении от 27 февраля 2008 года № 2 Конституционный Совет признал неконституционными нормы статьи 361 Уголовного кодекса, обосновав тем, что совершение актов членовредительства может являться формой выражения мнения (протеста) и рассматриваться как способ защиты своих прав лицами, лишенными свободы. В таких случаях привлечение к ответственности за членовредительство следует расценивать как ограничение права на свободу выражения мнения, что является составяющей свободой слова, гарантированной Конституцией. Учитывая также, что заключенным вред причиняется самому себе и не сопровождается насилием в отношении других лиц либо иными противоправными действиями, Конституционный Совет пришел к выводу, что членовредительство, как крайняя форма протеста, может быть также способом защиты собственного достоинства лицами, изолированными от общества.

В своих решениях Совет утверждает принцип абсолютности и неотчуждаемости прав и свобод человека, исходит из их приоритетности, а также фундаментальной идеи признания прав на достойную жизнь, личную свободу, правосубъектности, уважения достоинства человека и вытекающих из них других конституционных прав.

В претворении в жизнь прав и свобод человека и гражданина, закрепленных Основным Законом, особую роль играет официальное толкование норм Конституции.

Так, в Совет обратилась группа депутатов Парламента с просьбой об официальном толковании норм Конституции применительно к вопросу права заявления подсудимым (обвиняемым) ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей на стадии судебного разбирательства, поскольку уголовно-процессуальное законодательство ограничивало возможность заявления ходатайства пределами досудебного производства по уголовному делу.

В решении от 18 апреля 2007 года № 4, давая официальное толкование Конституции, Совет разъяснил, что отклонение ходатайства обвиняемого о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей следует признавать

нарушением конституционных гарантий подсудности уголовных дел судам с участием присяжных заседателей. Право обвиняемого (подсудимого) на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей должно быть предоставлено ему как на стадии предварительного следствия, так и в суде, до назначения главного судебного разбирательства.

Установление содержания и смысла норм Конституции, а также устранение неопределенности в их понимании и применении значительно расширяет возможности человека по использованию и реализации им своих конституционных прав и свобод.

Конституционный Совет не является субъектом законодательной инициативы, но вместе с тем косвенно он участвует в правотворчестве.

Конституционный Совет ежегодно направляет в Парламент послание о состоянии конституционной законности, в котором обозначает вопросы дальнейшего развития законодательства, обращает внимание государственных органов на имеющиеся недостатки в правовой системе.

Правительство Республики составляет планы законодательных работ с учетом правовых позиций, выраженных в решениях и посланиях Конституционного Совета.

Совместно с другими государственными органами Конституционный Совет содействует укреплению правовой составляющей общества, преодолению правовых коллизий, способствует снижению социальных противоречий, ориентирует общество на конституционные ценности.

Таким образом, Конституционный Совет играет одну из ключевых ролей в обеспечении реализации гражданами личных, политических, социально-экономических, культурных прав и свобод, закрепленных в Конституции.



А. Стрижак

*Председатель Конституционного
Суда Украины*

Защита прав и свобод человека и гражданина как основное направление деятельности Конституционного Суда Украины

Уважаемый господин Председатель!

Уважаемые коллеги!

Дамы и господа!

Благодарю за приглашение и возможность выступить с докладом на Первом мировом форуме органов конституционного правосудия. В своем докладе я хотел бы коротко остановиться на основных направлениях деятельности Конституционного Суда Украины по обеспечению защиты прав и свобод человека. Актуальность этого направления деятельности связана с глобализацией мирового порядка и трансформацией современного общества. Углубление интеграционных процессов вызывает необходимость по-новому рассматривать основы конституционного порядка. Причинами этого является глобализация прав и свобод человека и конституционализация международных отношений.

Сегодня признается, что реализация конституции в таких условиях зависит от заложенных в ней фундаментальных ценностей и принципов. В свою очередь, набор таких ценностей и принципов зависит от особенностей национальной правовой системы и, в частности, конституционного строя. Влияние конституционных судов на общество осуществляется через непосредственное применение конституционных положений о правах и свободах человека.

Конституция 1996 года провозгласила Украину суверенным, независимым, демократическим, социальным, правовым государством, в котором утверждение прав и свобод че-

ловека и гражданина является одной из главных его обязанностей.

В условиях формирования молодого демократического государства особенно важно создание эффективной национальной системы судебной защиты прав и свобод человека и гражданина. Согласно Конституции в Украине при принятии новых законов или внесении изменений в Конституцию и действующие законы не допускается отмена, ограничение или сужение содержания существующих прав и свобод. В Украине гражданам гарантируется право обращения в суды для защиты своих конституционных прав и свобод непосредственно на основании Конституции.

Судопроизводство в Украине осуществляется исключительно судами: Конституционным Судом и судами общей юрисдикции. Главным заданием Конституционного Суда является гарантирование верховенства Основного Закона государства на всей территории Украины путем реализации комплекса системно связанных конституционных полномочий.

Об особенностях полномочий Конституционного Суда Украины в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина.

К таким полномочиям, в первую очередь, относится решение вопросов о соответствии Конституции Украины законов и других правовых актов. Как отмечают ученые-правоведы, реализуя эти полномочия, Конституционный Суд Украины, в отдельных случаях, фактически совершенствует систему законодательства. Согласно Конституции Украины правовые акты, признанные Конституционным Судом неконституционными, теряют силу в день принятия такого решения. Таким образом, прекращается действие правовых норм, применение которых могло привести или привело к нарушению конституционных предписаний.

В целом за 12 лет своей деятельности Конституционный Суд рассмотрел вопрос относительно конституционности более ста законов и других правовых актов, из которых почти 90 были признаны не соответствующими Конституции Украины. Характерно, что в подавляющем большинстве случаев такие решения обосновывались на несоответствии этих правовых актов положениям Основного Закона, которыми определяются права и свободы человека и гражданина.

Следующим важным направлением деятельности Суда в сфере защиты прав и свобод граждан является официальное толкование Конституции и законов Украины. Разъясняя спорные правовые нормы, Суд не только исполняет роль толкователя, а, исходя из обязательности своих решений, создает условия для надлежащего применения этих норм органами государственной власти. За время деятельности Конституционный Суд Украины дал толкование более чем двухсот положений и норм Конституции и законов Украины.

В этом аспекте необходимо выделить одно из последних решений Суда по делу о принятии Конституции на всенародном референдуме (решение № 6-рп/2008 от 16 апреля 2008 года). По этому делу Конституционный Суд дал толкование положений ряда статей Конституции, которыми регулируются вопросы, связанные с реализацией права народа Украины на учредительную власть в государстве. При этом Суд также обратил внимание субъектов права законодательной инициативы, а именно Верховной Рады Украины, народных депутатов Украины, Президента Украины, на необходимость приведения действующего законодательства Украины по вопросам референдумов в соответствие с конституционными нормами.

Практика Конституционного Суда Украины постепенно формулирует институциональный подход в сфере защиты социальных прав. Сущность этого подхода состоит в том, чтоб выработать минимальные гарантии социальных прав и не допустить их ликвидации.

Конституционный Суд Украины в сфере социальных прав сформулировал некоторые критерии их понимания:

а) государство связано обязанностью осуществления социальной защиты, обеспечения каждому возможности обеспечения достаточного жизненного уровня для себя и своей семьи;

б) недопустимость сужения или приостановления издержек из бюджетов всех уровней на пенсии, социальные услуги и помощь, которые являются основным доходом для существования малоимущих граждан, не ниже прожиточного минимума, установленного законом;

в) неконституционность практики сужения социальных льгот, компенсаций и гарантий.

Международный опыт, интеграция, применение в практике

Конституционного Суда Украины международных актов в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина: Украина как одна из стран-учредителей Организации Объединенных Наций не может стоять в стороне мероприятий мирового содружества относительно глобализации усилий в сфере защиты основополагающих человеческих прав и свобод. В этой связи необходимо отметить, что в практике конституционного судопроизводства нормы международных актов в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина использовались для аргументации решений задолго до принятия соответствующего закона.

Активному применению норм международных актов в деятельности Конституционного Суда Украины способствует то, что получив в октябре 2000 года статус полноправного члена Конференции европейских конституционных судов, Конституционный Суд Украины плодотворно сотрудничает с органами конституционной юрисдикции других стран. Традиционными стали обмены делегациями, материалами решений судов и другой информацией, проведение совместных научно-практических мероприятий по проблемам конституционного судопроизводства, в том числе по вопросам защиты гражданских прав и свобод.

Конституционный Суд и конституционализация международного права.

Сегодня является актуальным вопрос конституционализации международного права, а отсюда - вопрос о соотношении норм конституции и международного права. Во-первых, это проявляется в положениях конституций о примате международных договоров относительно национального законодательства.

С другой стороны, конституционные суды наделяются полномочиями о проверке международных договоров на соответствие положениям национальных конституций. С этой проблемой столкнулись многие страны Европейского союза при ратификации Маастрихтских соглашений. Согласно доктрине верховенства конституции по отношению к международным договорам, большинство стран-членов Европейского союза приняли соответствующие изменения в национальные конституции.

Эти поправки определили конституционный механизм делегирования части суверенных полномочий государства над-

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию национальным институтам Европейского союза, что, в свою очередь, изменило содержание государственного суверенитета государств-членов ЕС.

Согласно части первой статьи 151 Конституции Украины Конституционный Суд дает заключения о соответствии действующих международных договоров или тех международных договоров, которые вносятся в Верховную Раду на предоставление согласия на их обязательность. При решении этого вопроса Конституционный Суд связан инициативой Президента или Кабинета министров. Суд не вправе по собственной инициативе или инициативе других субъектов рассматривать такие дела.

На практику Конституционного Суда Украины имеют влияние положения Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практика Европейского суда по правам человека, который толкует эту Конвенцию.

Вопросы усовершенствования национального законодательства, которым регулируется деятельность Конституционного Суда в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина:

С целью усовершенствования механизмов защиты прав и свобод человека и гражданина, а также для более тесной интеграции в международную правовую систему, на мой взгляд, существует необходимость внедрения института конституционной жалобы, который позволит гражданам Украины непосредственно обращаться в Конституционный Суд в случае, если действия или бездействие органов государственной власти и местного самоуправления, должностных лиц, привели к нарушению их конституционных прав и свобод.

Конституционный контроль Конституционного Суда Украины в сфере прав человека должен углубляться в сторону повышения эффективности механизма защиты прав и свобод человека. Введение института конституционной жалобы обеспечит прямой доступ физических и юридических лиц к конституционной защите прав и свобод человека, что отвечает современным тенденциям деятельности конституционных судов в мире и мировым стандартам защиты прав человека.

Для того, чтобы ввести институт конституционной жалобы, необходимо внести соответствующие изменения в Конститу-

цию Украины. Этот вопрос сопряжен с необходимостью поиска баланса в соотношении между конституционной и административной юрисдикцией.

Опыт стран, в которых допускается обращение в конституционный суд с индивидуальной жалобой, показал, что это право, как никакое другое, гарантирует соблюдение конституционных прав и свобод и способствует формированию у граждан уверенности в том, что они живут в демократическом конституционном государстве.

По моему мнению, следует также предоставить статус "конституционных" отдельным нормам Закона Украины "О Конституционном Суде Украины", которые за время деятельности Конституционного Суда Украины неоднократно применялись с целью защиты прав и свобод граждан.

Речь идет о возможности рассмотрения Судом вопросов о конституционности правовых актов, о которых хотя непосредственно и не говорится в конституционном представлении, однако они имеют непосредственное отношение к делу. Бывший Председатель Конституционного Суда Латвийской Республики, ныне член Венецианской комиссии Айварс Эндзинш по этому поводу заявил, что "выход за пределы представления в решении является возможным и даже необходимым для обеспечения действенной защиты прав личности и исполнения решения". В то же время нужно согласиться и с его предостережением о том, что "необходимо придерживаться "концепции тесной связи", то есть Суд может признать утратившей силу только ту норму, которая тесно связана с нормой, которая обжалована. Кроме того, в каждом конкретном случае должно быть обосновано, почему состоялся переход от одной к другой норме".

Следует отметить однако, что не все проблемы конституционного судопроизводства в нашей стране, как, по-видимому, и в других странах "молодой демократии", можно решить в законодательном порядке. Речь идет, в первую очередь, о низком уровне правовой культуры, при этом не только рядовых граждан, но и так называемой "политической элиты".

Российский философ Иван Ильин, в свое время заметил, что "политическая нечестность всегда пользуется неосведомленностью народа". К сожалению, с годами ничего не изменилось, пользуясь тем, что рядовой гражданин по привыч-

ке воспринимает любое судопроизводство как противостояние сторон: подозреваемый - пострадавший, истец - ответчик и прочее, это автоматически переносится политическими деятелями на конституционное судопроизводство.

Однако в конституционном судопроизводстве нет противостояния сторон, решения принимаются не в интересах субъектов права на конституционное представление или органа государственной власти, который принял обжалованный правовой акт, а на соответствие или несоответствие его положений Конституции Украины.

Заключение:

Как свидетельствуют приведенные мною факты, вся деятельность Конституционного Суда Украины построена на повышенном внимании к вопросам, связанным с защитой прав и свобод человека и гражданина. За 12 лет сформированы правовые позиции, как в сфере защиты социальных прав, так и поддержки либеральных свобод. Благодаря последовательной политике Суда в этих вопросах в обществе постепенно формируется уверенность в обеспечении и реализации конституционных прав и свобод каждого гражданина, что является неременным условием существования любого демократического государства.

Украина постепенно интегрируется в мировой правопорядок, о чем свидетельствует формирование правового, социального, демократического государства и, как следствие, повышается уровень национальной безопасности и эффективность механизма защиты прав и свобод человека.

Спасибо за внимание!



С. Сыдыкова

*Председатель Конституционного Суда
Кыргызской Республики*

Практика конституционного правосудия в Кыргызской Республике

Уважаемые участники Конференции! Прежде всего позвольте приветствовать вас и выразить благодарность организаторам за проведение Конференции, на которой мы имеем честь присутствовать.

Кыргызстан имеет свою многогранную историю, расположен в Средней Азии. Издревле его народ отличался свободолюбием, добродушием, гостеприимством.

И с распадом Советского Союза, с приобретением суверенитета кыргызский народ не колеблясь избрал демократический путь развития. Принятая Конституция закрепила, что Кыргызская Республика - суверенное, унитарное, демократическое, правовое, светское и социальное государство. Сегодня это президентско-парламентская республика, где государственная власть разделена на 3 ветви - законодательную, исполнительную и судебную, смысл и содержание деятельности которых определяются свободой и правами человека и гражданина, верховенством права. Конституционные права и свободы человека и гражданина довольно широкие, несмотря на переходный характер нашего общества, экономические и социальные трудности, закреплены также, как это сделано в экономически развитых странах с высоким уровнем благосостояния, и не является исчерпывающими.

Одним из первых шагов государства на этом пути явилось создание Конституционного Суда. Он был учрежден 14 декабря 1992 года, еще до принятия Конституции и прошел нелегкий путь развития, на стыке вопросов: быть ему или не быть.

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию

Конституционный Суд состоит из 9 судей, избираемых парламентом по представлению Президента. Судья занимает должность до достижения им 70 лет, тем самым Конституция усилила независимость судей.

В полномочия Конституционного Суда входит:

- 1) признание неконституционными законов и иных нормативных правовых актов в случае их противоречия Конституции;
- 2) дача официального толкования норм Конституции;
- 3) дача заключения о конституционности выборов Президента;
- 4) дача заключения на отрешение от должности Президента;
- 5) дача заключения к проекту закона об изменениях и дополнениях в настоящую Конституцию

Деятельность КС направлена на защиту конституционного строя, конституционных прав и свобод граждан, обеспечение верховенства и прямого действия Конституции. Контролируя законность актов высших институтов публичной власти, КС - орган конституционного контроля, неподконтрольный ни одному государственному или политическому образованию, налагает на него большую ответственность и требует самоограничения.

Решения Конституционного Суда имеют особый статус, что выражается в абсолютном характере по отношению к другим нормативно-правовым актам Кыргызской Республики. В частности, лишь решения Конституционного Суда могут прекратить или приостановить действие того или иного законодательного акта, судебного решения или другого нормативно-правового акта в случае признания их неконституционными. Более того, данные решения являются окончательными и не подлежат обжалованию ни в одной из инстанций судебной системы Кыргызской Республики, что свидетельствует о высшей силе судебного акта Конституционного Суда КР на территории страны.

Конституционный Суд Кыргызстана оказывает влияние не только на правовые отношения, складывающиеся в области конституционного судопроизводства, но и на всю систему государственно-правового регулирования в стране.

Многие споры посредством обращений в Конституционный Суд Кыргызской Республики решаются правовым путем, позволяющим избежать кризисную ситуацию, и это важно для правового, демократического общества.

За годы своей деятельности Конституционный Суд Кыргы-

зской Республики, руководствуясь требованиями Конституции Кыргызской Республики и решая вопросы права, принял ряд важных решений по защите Конституции Кыргызской Республики, которые оказали серьезное влияние на политическую обстановку, экономику, социальное развитие, законодательную деятельность.

Одним из ярких примеров последних лет, значительно повлиявших на политическую ситуацию в стране, стало решение Конституционного Суда Кыргызской Республики от 14 сентября 2007 года о признании неконституционной главы 16-1 Закона Кыргызской Республики "О Регламенте Жогорку Кенеша Кыргызской Республики", принятой из политических интересов парламентом с нарушением требований Конституции Кыргызской Республики. В ней устанавливалась неконституционная процедура возможности принятия изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики.

Решение Конституционного Суда положило конец акциям протеста, завершило нескончаемую череду конституционных реформ, наладило общественно-политическую ситуацию, позволило сосредоточиться на разрешении экономических и социальных задач, позволило понять необходимость соблюдения Основного Закона, посприятие которого может привести не только к дестабилизации общества, является угрозой сохранения самой государственности. Новая редакция Конституции Кыргызской Республики, принятая на референдуме после решения КС, пронизана идеей верховенства прав человека, предусмотренные в новой редакции Конституции основные принципы судопроизводства свидетельствуют о достижении прогресса в сфере конституционного закрепления прав человека. И мы надеемся, что решение, вынесенное Конституционным Судом будет висеть как "дамоклов меч" над незаконными действиями органов государственной власти и препятствовать принятию не соответствующих Конституции актов.

Существенная для правозащитного интереса процедура заключается в рассмотрении жалоб граждан. Это, так называемый, конкретный нормоконтроль, т.е. гражданин может оспорить в суде нормативный акт, если он применяется к нему или уже послужил основой для вынесения определенного правоприменительного решения, которое, по мнению гражданина, ограничивает его права и свободы. Но, защищая это

право, он указывает, что его право ограничено в силу неконституционного содержания закона. Как Конституционный Суд может влиять на судебную практику?

Некоторые конституционные суды правомочны признать неконституционными и сами судебные решения. В соответствии с действующей редакцией Конституции КС не вправе рассматривать правоприменительную практику судов, но вправе признать неконституционными законы и иные нормативные правовые акты в случае их противоречия Конституции. В случае, если судебные акты основаны на нормах законов, признанных неконституционными, то они пересматриваются судом в каждом конкретном случае по жалобам граждан, чьи права и свободы были затронуты.

Отмена Конституционным Судом закона, на котором основывалось судебное решение, обязательна не только для этого конкретного дела, но для всей судебной практики.

К примеру, решением от 29 апреля 2008 года КС признал неконституционным и противоречащим пункт Закона "О Верховном Суде Кыргызской Республики и местных судах" в части, предусматривающей право Верховного Суда Кыргызской Республики не рассматривать судебные дела, по которым при повторном обращении с жалобами отказано в возбуждении надзорного производства в Верховном Суде Кыргызской Республики в соответствии с положениями законов Кыргызской Республики, действовавшими до вступления в силу нового Закона, и отменил его действие и удовлетворил ходатайство гражданина, поскольку данная норма нарушала пункт, гарантирующий судебную защиту свобод и прав человека, и пункт, устанавливающий, что в Кыргызской Республике не должны издаваться законы, отменяющие свободы и права человека.

В Конституционный Суд Кыргызской Республики, как я уже отметила, наряду с другими субъектами, право прямого обращения имеют сами граждане по вопросам, непосредственно затрагивающим их конституционные права, если они не подведомственны другим судам.

Это играет важную роль в защите прав граждан, ведь никто другой не может указать на нарушение конституционных прав более оперативно, чем сам гражданин, желающий восстановить и реализовать нарушенное право. Свидетельство тому - две трети решений Конституционного Суда приняты

именно по обращениям самих граждан и подавляющее большинство обращений граждан было удовлетворено.

Так, были признаны неконституционными норма Закона "О статусе столицы Кыргызской Республики" и принятое на его основе постановление "Об утверждении Правил проведения в городе Бишкек собраний, митингов, шествий, демонстраций, манифестаций и пикетов", которым устанавливался ряд условий для получения разрешения, чтобы проводить в столице подобные акции, несмотря на то, что согласно Конституции регулирование порядка и условий проведения таких акций является прерогативой законов, а не подзаконных актов.

Тем самым, решение Конституционного Суда перекрыло путь к нарушению одной из основ прямой демократии, способствовало непосредственной реализации права граждан выражать свои взгляды и убеждения, дало дальнейшую возможность привлечь внимание власти и общественности к общественно-значимым проблемам, обратиться к власти с теми или иными призывами или требованиями.

В условиях становления в Кыргызской Республике демократического правового государства права и свободы граждан являются в деятельности Конституционного Суда доминирующей ценностью. Они выступают основополагающим критерием, по которому Суд оценивает соответствие законов и иных нормативных актов Конституции КР.

В заключении своего выступления хочу отметить, что данная Конференция поможет глубже осмыслить имеющиеся проблемы, обменяться положительным опытом и наметить пути дальнейшей работы по обеспечению большего влияния конституционного правосудия на развитие общества.

Благодарю за внимание!



Г. Арутюнян

*Председатель Конституционного Суда РА,
Председатель CCCOCYD*

Обобщение на основе обсуждений национальных докладов

Уважаемые коллеги!

Позвольте представить Вам основные выводы наших обсуждений в группе конституционных судов стран молодой демократии.

Выступления председателей органов конституционного контроля стран молодой демократии, а также представителей других европейских конституционных судов убедительно показали, что:

1. Постановления конституционных судов имеют значительное влияние на общество, определяют характер и тенденции демократического развития страны, обладают нормативной силой, приобретают прецедентное и, во многом, системообразующее значение, являются важным источником конституционного права, а сами конституционные суды становятся надежным гарантом необратимости процессов установления конституционной демократии.

2. Реакция политических деятелей, СМИ и общественности в целом на эти постановления положительные. В то же время, первому этапу становления конституционных судов было характерно то, что проявлялся определенный антагонизм между конституционным судом и другими институтами власти, которым порою с трудом удавалось смириться с независимой функциональной ролью конституционных судов. Из-за этого зачастую возникал дефицит адекватного восприятия легитимности в обществе места и роли конституцион-

ных судов как власти, наделенной функциями контроля над конституционностью функционирования всех институтов власти, в том числе наделенных первичным мандатом. На нынешнем этапе общественной трансформации эти опасения в основном преодолеваются благодаря общим тенденциям конституционализации общества, повышению конституционной культуры, в чем посильную роль играют сами конституционные суды.

3. Конституционные суды стали надежными защитниками, наряду с другими правами человека, также социальных и экономических прав, которые являются конституционными правами во всех странах молодой демократии. Основной задачей конституционных судов в этой области является не только защита прав конкретных субъектов, но и определение конституционных ориентиров для законодателя с тем, чтобы, не вмешиваясь в его компетенцию, создать условия для последовательного развития социального и экономического законодательства в направлении гармонизации интересов граждан и публичных интересов, не допустить произвольного, необоснованного отказа от предоставления мер социальной защиты и в то же время учесть экономические и финансовые возможности государства.

4. Во многих странах Конституции и закон о конституционном суде предусматривают обязанность конституционного суда по оценке возможных воздействий принимаемого постановления. С учетом этого, если конституционный суд находит, что признание противоречащим Конституции и недействительным оспариваемого нормативного правового акта или его какого-либо положения в момент провозглашения постановления конституционного суда неизбежно создаст для общества и государства такие последствия, которые нарушат правовую безопасность, устанавливаемую в этот момент отменой данного нормативного акта, то конституционный суд может, признав данный акт противоречащим Конституции, в своем постановлении отсрочить утрату юридической силы этого акта.

Конституционные суды обращают также большое внимание на соблюдение принципа самоограничения в конститу-

ционном судопроизводстве и при формулировке своих правовых позиций по обеспечению верховенства и самодостаточности Конституции. Практикуется и такая форма принятия решений, когда конституционный суд признает норму закона конституционной только в рамках правовых позиций суда, изложенных в данном решении.

5. Сравнительный анализ практики конституционного правосудия показывает, что роль и влияние конституционных судов, безусловно, обусловлены общим уровнем демократии в данном обществе. Вместе с этим в странах развивающейся демократии конституционные суды играют исключительно важную роль в утверждении принципов правового государства. Принципиальные решения конституционных судов определяют направленность конституционно-правового развития и характер формирования правоприменительной практики. Конституционные суды оказывают существенное влияние на развитие правовой системы страны, преодоление законодательных пробелов и противоречий, устранение европейского дефицита в правовой системе, формирование стабильного национального законодательства. В прикладном смысле каждое решение Конституционного Суда, признающее норму неконституционной или выявляющее конституционный смысл этой нормы иной, чем смысл, придаваемый текущей практикой, оказывает определенное влияние на общественные отношения.

6. Во многих странах молодой демократии конституционное правосудие является состоявшимся фактом правовой и общественной действительности. В то же время продолжается процесс функционального и институционального совершенствования механизмов судебного конституционного контроля. Укрепляется сбалансированность между конституционными функциями и конкретными полномочиями этих судов, между объектами и субъектами судебного конституционного контроля. В некоторых странах пока еще не внедрен институт индивидуальной жалобы и не в полной мере обеспечиваются права каждого человека на конституционное правосудие. Однако без этого невозможно обеспечить целостность и эффективность судебного конституционного контро-

ля. Системный характер конституционного контроля, взаимодействия всех конституционных институтов в обеспечении верховенства Конституции, а также в реализации решений конституционного суда нуждаются в дальнейшем укреплении.

Есть еще необходимость проведения большой работы, направленной на рост правосознания граждан и уменьшение проявлений правового нигилизма.

7. В странах молодой демократии положения Конституции, закрепляющие конкретные права и свободы человека и гражданина как непосредственно действующие права, толкуются конституционными судами согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Конституционные суды становятся своего рода проводниками международных принципов и норм на национальную правовую почву.

Определенное унифицирующее влияние оказывают на национальную практику конституционных судов также международные суды, имеющие компетенцию в отношении жалоб на нарушение прав человека и основных свобод, в частности Европейский суд по правам человека.

В определенной мере можно констатировать, что сформировалась европейская региональная юриспруденция по правам человека, его достоинству, что выражается в практическом значении решений Европейского суда по правам человека, как с точки зрения правоприменительной деятельности государственных органов европейских стран, так и с точки зрения их влияния на развитие их законодательства.

8. В Европе и, в частности, в странах молодой демократии, достаточно активно проводятся обмен опытом национального конституционного судопроизводства, включая сюда и регулярно проводимые многими судами исследования зарубежной судебной практики. Сложилась устойчивая практика изучения правовых позиций других конституционных судов.

Наряду с двусторонними и многосторонними активными контактами между конституционными судами, важными институтами по обмену опытом стали также регулярно проводимые обсуждения актуальных проблем конституционной юстиции на конгрессах Европейской конференции конститу-

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию —
 ционных судов и ежегодных форумах Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии.

9. Можно предположить, что по мере расширения контактов между региональными организациями (группами) конституционных судов и взаимного обогащения региональными традициями конституционного судопроизводства будут возникать необходимые предпосылки для межрегиональной конвергенции и, хотя бы пока только по некоторым направлениям, глобальной конвергенции судебной практики конституционных судов. Объективно это будет способствовать постановке и обсуждению вопроса о возможной будущей глобальной юриспруденции по правам человека.

10. Изучение процессов конституционного развития в мире приводит к выводу, что человечество в определенной мере приближается к проблеме формирования **качественно новой иммунной системы общественного организма**. Весь XX век убедительно доказал, что вера, традиции, нравственные нормы, вся ценностная система общественного поведения, иные механизмы системной самозащиты неполноценно обеспечили динамический баланс и устойчивость развития общества в условиях новых реалий. В новом тысячелетии конституционный контроль становится одним из стержневых элементов самозащиты гражданского общества и правового государства.

11. Последовательное конституционное развитие, стабильный динамизм этого процесса, эволюционность преодоления тенденций критического накопления отрицательной общественной энергии и, вследствие этого, недопущение трансформационных социальных катаклизмов должны стать достойным и очень полезным примером для развития конституционализма в странах молодой демократии. Мудрость творцов Конституции и институтов, обеспечивающих ее развитие и живой характер, заключается именно в том, чтобы в динамике достичь постоянного, рационального согласия ценностно-сбалансированных конституционно-правовых отношений, минимизировать их внутренние противоречия.

Сегодняшний **“трансформационный конституционализм”** постепенно **приобретает системно-целостный ха-**

рактер, все больше охватывает правосознание общества, процесс правотворчества, правоприменительную практику, формирует образ жизни миллионов людей. Конституция перестает быть сугубо политической декларацией, все больше проявляется юридическая природа Основного Закона переходных стран. А это свидетельство формирования новой конституционной культуры в обществе, конституционной культуры 21-ого века.

12. Учитывая современные международные тенденции развития конституционного правосудия, возрастающую роль конституционных судов в обеспечении верховенства Конституции и прав человека, а также ощутимые результаты и высокий уровень I Всемирной конференции по конституционному правосудию, назрела необходимость институционального укрепления данного форума и обеспечения его проведения на регулярной основе. Многие вопросы организационного и информационного обеспечения эффективно можно решить при дальнейшем активном сотрудничестве с Венецианской комиссией Совета Европы.

От имени всех выступающих на секции выражаем глубокую признательность и благодарность Конституционному Суду Южной Африки и Венецианской комиссии за организацию на столь высоком уровне I Всемирной конференции по конституционному правосудию.



**ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ ДЕКЛАРАЦИЯ
Всемирной конференции по
конституционному правосудию на тему
"Влиятельное конституционное правосудие:
его воздействие на общество и на развитие
всемирной юриспруденции в области
прав человека"**

22-24 января 2009 года Конституционный Суд Южно-Африканской Республики, Венецианская комиссия Совета Европы, которая празднует свою 60-ую годовщину в 2009 году, организовали проведение Всемирной конференции по конституционному правосудию на тему "Влиятельное конституционное правосудие - его воздействие на общество и на развитие всемирной юриспруденции в области прав человека" в Кейптауне.

Организаторы благодарят за поддержку Министерство юстиции и конституционного развития Южной Африки, Правительство Норвегии и Центр "Север-Юг" Совета Европы. Организаторы хотели бы также отметить ту значительную роль, которую сыграли в подготовке данной Конференции региональные и лингвистические группы, в частности, при проведении подготовительных заседаний в Вильнюсе, Сеуле и Алжире.

В этой Конференции приняли участие представители 93 конституционных судов, конституционных советов и верховных судов конституционной юрисдикции, в том числе в области прав человека.

Впервые на этой Всемирной конференции встретились суды и советы, которые принадлежат к следующим различным региональным или лингвистическим группам:

- конституционные суды Азии;
- Ассоциация конституционных судов, использующих французский язык (ACCPUF);
- Суды Содружества наций (Commonwealth);
- Конференция органов конституционного контроля стран молодой демократии (CCCOCYD);
- Конференция европейских конституционных судов (CECC);
- Иберо-Американская конференция конституционного правосудия (CIJC);
- Комиссия южно-африканских судей (SAJC);
- Союз арабских конституционных судов и советов (UACCC);
- группа судов, использующих португальский язык.

На Всемирной конференции был сделан вывод о том, что конституционное правосудие является важнейшим фактором в деле укрепления и развития основных ценностей, воплощенных в конституциях, которые лежат в основе работы судов и советов, принявших участие в данной Всемирной конференции. Их решения имеют решающее влияние на общество.

Участники конференции подчеркнули особую важность уважения прав человека во всём мире и отметили, что правительства должны соблюдать положения международных инструментов в области прав человека.

Доклады и обсуждения на Всемирной конференции также показали, что постепенно возникает общая юриспруденция в области прав человека, как на региональном, так и на всемирном уровне. Один из выявленных аспектов состоит в том, что эта тенденция определяется объединяющей силой Всеобщей декларации прав человека и пактов ООН. Другими факторами являются решения таких региональных судов, как Европейский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека и Африканский суд по правам человека. Суды также все больше вдохновляются при принятии реше-

ний правовой практикой аналогичных судов других стран или даже других континентов, что способствует развитию "перекрестного опыления" между судами во всемирных масштабах. И хотя конституции отличаются друг от друга, их основные принципы, в частности, защита прав человека и человеческого достоинства, составляют общую основу. Юридические аргументы, основанные на этих принципах, используемые в одной стране, могут быть источником вдохновения для другой страны, с учетом различий между конституциями.

Исходя из этого, на региональном и всемирном уровне следует расширять обмен информацией и опытом между этими судами и советами. Участники Всемирной конференции одобряют и поддерживают региональные и лингвистические группы и призывают своих членов использовать инструменты для обмена информацией и опытом, предоставляемые Венецианской комиссией, в частности базу данных CODICES (www.CODICES.coe.int) и Венецианский форум "он-лайн".

Участники отметили полезность данной Всемирной конференции. Они поручили Бюро в составе председателей региональных групп и при поддержке Венецианской комиссии организовать в течение трех лет новую Всемирную конференцию по вопросам конституционного правосудия. Бюро также должно подготовить предложения по организации Всемирной ассоциации, открытой для судов региональных и лингвистических групп.

FINAL DECLARATION

World Conference on Constitutional Justice Theme: "Influential Constitutional Justice: its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence"

On 22-24 January 2009, the Constitutional Court of the Republic of South Africa and the Venice Commission of the Council of Europe hosted the World Conference on Constitutional Justice on the topic "Influential Constitutional Justice - its influence on society and on developing a global jurisprudence on human rights" in Cape Town. This event coincided with the 60th anniversary of the Council of Europe and the Universal Declaration of Human Rights.

The organisers are grateful for the support of the Ministry for Justice and Constitutional Development of South Africa, the Government of Norway and the North South Centre of the Council of Europe. The organisers would also like to acknowledge the significant role played by the regional and linguistic groups in the preparation of the Conference, in particular during the preparatory meetings held in Vilnius, Seoul and Algiers.

Participants from 93 Constitutional Courts, Constitutional Councils and Supreme Courts with constitutional, including human rights jurisdiction participated in this Conference.

The World Conference brought together for the first time Courts and Councils, which belong to the following various regional or linguistic groups:

- Asian Constitutional Courts
- the Association of Constitutional Courts using the French Language (ACCPUF)

Из материалов Всемирной конференции по конституционному правосудию

- Commonwealth Courts
- the Conference of Constitutional Control Organs of Countries of Young Democracy (CCCOCYD)
- the Conference of European Constitutional Courts (CECC)
- the Ibero-American Conference on Constitutional Justice (CIJC)
- the Southern African Judges Commission (SAJC)
- the Union of Arab Constitutional Courts and Councils (UACCC)
- the group of Portuguese-speaking Courts.

The World Conference concluded that constitutional justice is a key element in fostering and deepening the basic values enshrined in the Constitutions that form the basis of the work of the Courts and Councils which participated in the World Conference. Their decisions have a decisive impact on society.

The participants of the Conference underlined the paramount importance of the respect of human rights in all parts of the World and insisted that governments must implement international human rights instruments.

The presentations and discussions at the World Conference showed a common concern for the defence of human rights and the rule of law, both on a regional and a global level. One element identified as being at the heart of this jurisprudential trend is the unifying force of the Universal Declaration on Human Rights and the UN Covenants. Other elements are the decisions of regional Courts such as the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights or the African Court of Human Rights. Mutual inspiration is also increasingly drawn from the case-law of peer Courts of other countries and even other continents, which gives rise to cross-fertilisation between the Courts on a worldwide scale. While constitutions differ, the basic principles underlying them, in particular the protection of human rights and human dignity and respect for the Constitution and the rule of law, form a common ground. Legal reasoning in respect of the application of these principles in one country can be a source of inspiration in another country, notwithstanding the differences in their Constitutions.

Consequently, the exchange of information and experience between the Courts and Councils should be reinforced on a regional and global basis. The participants of the World Conference endorse and support the regional and linguistic groups and call upon their members to use the tools for exchange of information and experience provided by the Venice Commission, notably the CODICES database (www.CODICES.coe.int) and the on-line Venice Forum.

The participants agreed on the value of the present World Conference. They entrusted a Bureau, composed of the Presidents of the regional groups and the three Courts which hosted the preparatory meetings, assisted by the Venice Commission, with the goal of organising a second World Conference on Constitutional Justice within three years. The Bureau is also entrusted with making proposals for the establishment of a World Association open to the Courts belonging to the regional or linguistic groups.



Председатель Конституционного Суда РА - лауреат премии “Фемида”

Каждый год фонд “Фемида” за вклад в дело развития институтов правового государства и демократизации государства награждает Высшей юридической премией юристов, государственных и общественных деятелей России и зарубежных стран, а также юридические факультеты вузов, научные и учебные учреждения Российской Федерации.

17 февраля 2009 года в Московском театре “Новая опера” состоялась очередная тринадцатая торжественная церемония вручения Высшей юридической премии “Фемида” за 2008 год.

Председателю Конституционного Суда Республики Армения, Председателю Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии, доктору юридических наук, профессору Гагику Арутюняну вручена Высшая юридическая премия “Фемида-2008” за вклад в созидание демократического общества и развитие институтов правового государства.



Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран молодой демократии

Выпуск 1 (43) 2009



Адрес редакции:

375019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: 529991, 588189

Факс: 529991

Email: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

URL: <http://www.concourt.am>

Сдано в набор 15.01.09

Подписано к печати 30.01.09

Печ. л. 11,5

Бумага офсетная

Печать офсетная

Формат 60x84 1/16

Тираж 750 экз.

Статьи вестника "Конституционное
правосудие" публикуются
в авторской редакции

Вестник включен в список принятых Высшей
аттестационной комиссией журналов для
публикаций результатов докторских
диссертаций

Зарегистрирован коллегией
N 8/22 Министерства юстиции РА
27 февраля 1998г.