

Almanac

Constitutional justice
in the new millennium

Алманах

Justice constitutionnelle
au nouveau millénaire



Алманах

Verfassungsjustiz
im neuen Jahrtausend

Альманах

Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN
ЕРЕВАН

EREVAN
EREVAN

ISSN 1829-0124

Almanac
Constitutional Justice
in the new millennium

Justice constitutionnelle
au nouveau millénaire

2008

Վերջապահության
և նորադարձության
դրամատուրգիա

Альманах
Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2008

**ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РА
ПО РЕКОМЕНДАЦИИ КОНФЕРЕНЦИИ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО
КОНТРОЛЯ СТРАН МОЛОДОЙ ДЕМОКРАТИИ**

РУКОВОДИТЕЛЬ ПРОЕКТА

Г.Г. АРУТЮНЯН

**ПРЕДСЕДАТЕЛЬ
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА
РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ,
ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОР**

**IS PUBLISHED ON RECOMMENDATION OF THE
CONFERENCE OF CONSTITUTIONAL CONTROL BODIES
OF THE STATES OF NEW DEMOCRACY, BY THE CENTRE
OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF RA**

HEAD OF THE PROJECT

G.G. HARUTYUNYAN

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

ISSN 1829-0124

© «ՆԺԱՐ» - 2008

© «НЖАР» - 2008

© «NJHAR» - 2008



**XIII Yerevan International
Conference**

“Fundamental constitutional values and public practice”

**XIII Conférence internationale
d’Erévan**

«Les valeurs fondamentales constitutionnelles et la pratiques publique»

**XIII Ереванская международная
конференция**

*«Фундаментальные конституционные ценности
и общественная практика»*

3-5 OCTOBER
ОКТОБРЕ 2008
ОКТЯБРЯ

ВСТУПИТЕЛЬНЫЕ СЛОВА OPENING SPEECHES DISCOURS D'OUVERTURE

ГАГИК АРУТЮНЯН

*Председатель Конституционного Суда
Республики Армения*

Многоуважаемый Президент Республики Армения!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

Конституционный Суд Республики Армения совместно с Венецианской комиссией Совета Европы организовал настоящую Международную конференцию, преследуя цель сделать предметом рассмотрения имеющий основополагающее значение вопрос, вызвавший большой интерес среди конституционалистов. В последнее время, одновременно с транзитологией, большое научно-практическое значение приобрели также такие важные направления конституционного права, как конституционная диагностика, конституционная конфликтология, конституционная аксиология. Это вовсе не случайно, поскольку конституционализация общественных отношений и утверждение конституционной демократии с целью гарантирования устойчивого и динамичного развития общественной жизни для 21-го века стали не имеющими альтернативы цивилизационными ориентировками.

Я приветствую, что в настоящей Конференции приняли участие такие получившие международное признание авторитетные организации, как Международная ассоциация конституционного права и Европейский суд по правам человека.

В Конференции участвуют делегации представителей 24 стран, в том числе Председатели Конституционных Судов Молдовы, Латвии, Конституционного Трибунала Польши и Конституционного Совета Казахстана. Присутствуют судьи и эксперты, прибывшие из Албании, Бельгии, Беларуси, Болгарии, Германии, Италии, Ирландии, Латвии, Литвы, Польши, Хорватии, Кипра, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, Нидерландов, Венгрии, Чехии, Российской Федерации, Сербии, Словакии, Украины. Я приветствую всех и говорю добро пожаловать в Армению.

Выражаю благодарность за содействие в организации Конференции Генеральному секретарю Венецианской комиссии Совета Европы, многоуважаемому Джианни Букикио, наше сотрудничество с которым прошло испытание временем.

Я хочу выразить особую благодарность также многоуважаемому Президенту Республики Армения за личное участие в работе Конференции и за готовность поделиться с нами некоторыми своими соображениями.

Уважаемые коллеги!

Вопросы относительно основополагающих конституционных ценностей могут стать предметом обсуждения с различных точек зрения. Они могут быть представлены в политическом контексте или с точки зрения выявления аксиологических аспектов Конституции. Может исследоваться нормативный характер основополагающих конституционных ценностей, акцентировка может делаться на проблеме их отражения в тексте Конституции и правовых документах, а также на раскрытии характера и содержания тех или иных основополагающих конституционных ценностей, может также стать вопросом особого внимания оценка легитимности тех судебных актов, которые базируются на основополагающих конституционных ценностях. Подходы могут быть разными. Все они, будучи важными и злободневными, в последнее время часто становятся предметом профессиональной дискуссии. Вместе с тем думаю, что мы на этой Конференции постараемся поставить акцент в основном на проблемах выявления и оценки, с точки зрения конституционализации общественных отношений, взаимоотношений основополагающих конституционных ценностей и общественной практики. Эта проблема более злободневна для переходных стран, где в общественной практике имеют место также определенные деформации основополагающих конституционных ценностей, которые представляют большую опасность для будущего стран. Не случайно, что в последнее время Венецианская комиссия в своих экспертных заключениях часто подчеркивает, что важно не только как сформулировано положение закона и насколько оно соответствует общим европейским критериям, но и существенно, как воспринимается и реализуется это положение в практической жизни.

Изучение решений конституционных судов многих стран также свидетельствует, что часто положения закона признаются неконституционными, имея в виду данное им правоприменительной практикой содержание. Эти вопросы станут предметом широкого обсуждения также на I Международном конгрессе органов конституционного правосудия, организуемом в Южно-Африканской Республике 23-24 января 2009г.

Конкретизация на доктринальном уровне и закрепление в Конституции основополагающих конституционных ценностей - лишь первый шаг. Этот шаг может приобрести смысл и значение, если эти ценности - ценностно-системное обобщение данной социальной общности и становятся живой реальностью для каждого члена общества. Как достичь этого? Я думаю, что в ходе обсуждений мы попытаемся дать ответ именно на этот вопрос.

В эти дни каждый из нас имеет возможность изложить свою точку зрения относительно этой проблемы. Они в обобщенном виде до конца года будут опубликованы в четырехязычном Альманахе "Конституционное правосудие в новом тысячелетии" за 2008г.

Сообщу также, что от Республики Армения в работе Конференции участвуют также многие специалисты в области права, министры, депутаты, судьи, сотрудники прокуратуры, ученые, профессора, политические деятели, журналисты.

Еще раз приветствую всех участников Конференции и желаю плодотворной работы.

GAGIK HARUTYUNYAN

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

Mr. President of the Republic of Armenia

Dear guests

Ladies and gentlemen

The Constitutional Court of the Republic of Armenia together with the Venice Commission of the European Council has organized this international conference on the issue, which arouses great interest among the specialists of constitutionalism. Recently, together with the science of transaction, such branches of constitutional law as constitutional pathology, constitutional conflictology and constitutional axiology have achieved scientific-practical meaning. This is not random as constitutionalizing of social relations and establishment of the constitutional democracy for ensuring of the sustainable and dynamic development of public life have become non-alternative civic orientations for XXI century.

I would like to mention that such authoritative organizations as International Association of the Constitutional Law and European Court of Human Rights are participating at this conference.

Delegations from 24 countries, including Presidents of the Constitutional Courts of Moldova, Latvia, Constitutional Tribunal of Poland and Constitutional Council of Kazakhstan, well known judges and experts from Albania, Belgium, Belarus, Bulgaria, Germany, Italy, Ireland, Latvia, Poland, Lithuania, Croatia, Cyprus, Kazakhstan, Kirgizstan, Moldova, Netherlands, Hungary, Czech, Russian Federation, Serbia, Slovakia, Ukraine, are taking part in this conference, and I would like greet them warmly.

I would like to express my gratitude to the General Secretary of Venice Commission of the Council of Europe Mr. Gianni Bouquique, with whom our cooperation has stood the test of the time.

I would also like to express my special gratitude to the President of the Republic of Armenia for participation in this conference and sharing his thoughts with us.

Dear colleagues,

The issues concerning the main constitutional values can become the subjects of discussion from different aspects. They can be presented either in political context or from the reveal of the axiological aspect of the Constitution; the normative essence of main constitutional values can be examined; the representation of the principles as well as the reveal of the content and essence of this or that main value expressed in the text of the Constitution can be stressed on; the assessment of the legitimacy of such judicial acts, which rely on the main constitutional values can become issues of interest. The approaches can be various. As all of them are urgent and important, they have become the subject of professional debates. I think that during this conference the main emphasis will be put on the reveal and assessment of interrelation of the main constitutional values and public practice from the angel of constitutionalization of social relations. This issue is rather essential for the countries in transaction where certain distortion of the main constitutional values occurs, which is of big danger for the future of these countries. It is not contingent that recently the Venice Commission in its expert conclusions often emphasizes that it is not only the issue of importance how this or that provision of the law is formulated or in what extent it corresponds to the general European standards; it is essential how they are comprehended and implemented in the real life.

The evaluation of the decisions of the constitutional courts of different countries state that often the provisions of the laws are considered anti-constitutional taking into account the content given to it by the law-implementing practice. These issues will become subjects of extended discussion at the First International Congress of the Bodies of the Constitutional Justice on which will be held in the South-African Republic, January 23-24, 2009.

On the doctrinal level, definition of the main constitutional values and their stipulation in the Constitution will be the first step. This step can become sensible and important only if these values are the value-systematic generalization of the given social entity and become reality for each member of the society. How to achieve it? I assume that during these discussions we will try to answer to this question.

During these days all of us will be given opportunity to express his/her ideas on these issues. All of them will be summarized and at the end of the year will be published in 2008 edition of the four language almanac "Constitutional Justice in the New Millennium".

I would like to inform that a vast number of specialists on law, ministers, deputies, judges, and members of the office of prosecution, scientists, professors, politicians and reporters from the Republic of Armenia are participating in the work of this conference.

Once again I would like to greet you and wish productive work.



СЕРЖ САРКИСЯН*Президент Республики Армения*

Уважаемые дамы и господа!

Уважаемые гости!

Ереван стал важным центром созыва посвященных проблемам конституционного правосудия международных конференций, на которых каждый год предметом обсуждений становятся относящиеся к этой сфере актуальные задачи. Эта добрая традиция оценима, так как любая молодая демократия всегда нуждается в совете, изучении опыта других, перенятия из него и применения лучшего. Мы не избегаем этого. Не избегаем, потому что темы, обсуждаемые на таких конференциях, имеют особую важность для переходных стран, одной из которых является Армения. Наша цель - утвердить в стране реальную демократию, призвать к жизни конституционные принципы становления правового, социального государства, гарантировать основные права и свободы как наивысшую ценность, как непосредственно действующее право, а это требует последовательной и систематизированной работы. В этом плане важно непрерывное, тесное сотрудничество Конституционного Суда Республики Армения, Венецианской комиссии Совета Европы, Международной ассоциации конституционного права и конституционных судов многочисленных стран в области судебного конституционного контроля.

Еще в 1184 году Мхитар Гош объяснял необходимость создания первого армянского Судебника, в частности, тем, что он поможет предотвратить в людях зло и ненависть, утвердить любовь, сделать их сведущими в законах, чтобы они могли принимать правильные решения, учитывая изменения уклада жизни людей, связанные со временем, с народом, с мирской жизнью, а также установить законность и порядок, чтобы иметь беспристрастное, неподкупное и справедливое правосудие. Без сомнения можно сказать, что эти цели сейчас очень актуальны. В условиях независимого государства они стали конституционными ценностями и важны для утверждения конституционной демократии в стране. Я уверен, что сила нашей Конституции основана на воле каждого гражданина, а также на тех людях, которые готовы защищать Основной Закон страны, то есть те ценности и уклад жизни, которые заложены в основе формирования армянской государственности.

Статья 49 нашей Конституции одним из главных назначений Президента страны считает обеспечение соблюдения Основного Закона. Я рассматриваю это, в первую очередь, с точки зрения конституционной аксиологии. Наша Конституция провозгласила Республику Арме-

ния суверенным, демократическим, социальным, правовым государством. Человек, его достоинство, основные права и свободы признаются высшей ценностью, непосредственно действующим правом, на гарантирование защиты которого направлена деятельность государства. Они имеют краеугольное значение, призвание их к жизни должно стать главной задачей нашей государственной политики, правотворческой деятельности и всей правоприменительной практики. Лишь этим путем возможно сделать фундаментальные конституционные ценности живущей реальностью, утвердить в стране конституционную демократию. Основным шагом в этом направлении стало внесение в 2005 году конституционных изменений, что привело в будущем к широким структурным преобразованиям. Речь идет о всех сферах нашей жизни, о свободе экономической деятельности и обеспечении свободной конкуренции, о гарантированной защите права собственности, преодолении теневой деятельности, повышении эффективности правотворческой деятельности, гарантировании независимости судебной власти, упрочнении социальной защищенности населения, внедрении действенной системы местного самоуправления и др. К сожалению, также надо констатировать, что в этих сферах наша работа еще не имеет желательного систематизированного характера. Для достижения этого мы предприняли серьезные шаги по системному преобразованию практически во всех областях общественной жизни. Уверен, что вскоре появятся положительные результаты. Главной целью преобразований всей государственной системы должно быть утверждение в нашей стране принципа верховенства права, реальное разделение и баланс властей, уважение и гарантирование уважения достоинства человека, равенства, свободы людей. Уверен, что достичь этого невозможно без создания в стране реальной атмосферы толерантности, согласия, плюрализма, без утверждения беспристрастного и справедливого правосудия. Однако нам не хотелось бы говорить лишь о причинах, на этих конференциях мы также должны искать средства, которые могут быть применимы и могут дать реальные и ощутимые результаты. Наши успехи будут ощутимее, если мы еще более углубим сотрудничество в этих сферах с европейскими структурами, последовательно воплотим в жизнь взятые нами международные обязательства в направлении евроинтеграции, и если каждый житель нашей страны, каждое должностное лицо осознает, что стать правовым, демократическим государством для Армении - жизненная необходимость, не имеющая альтернативы. Об этом свидетельствуют как уроки нашей истории, так и вызовы, которые мы должны преодолеть, создавая Армению XXI века.

Еще раз приветствую созыв этой Конференции, будучи уверенным, что многостороннее обсуждение предложенной темы и обобщение опыта различных стран не только сыграют ощутимую роль в деле раз-

вития правовой культуры, но и будут иметь важное практическое значение, чтобы сделать более эффективными шаги, предпринимаемые в направлении призвания к жизни конституционных основополагающих ценностей в нашей стране.

Я также узнал из выступления господина Арутюняна, что при поддержке Венецианской комиссии все материалы этой Конференции будут опубликованы в четырехязычном альманахе. Мы приветствуем и рады этой традиции. Я также с удовольствием ознакомлюсь со всеми этими материалами. Хотелось бы, чтобы они были доступны и широкой общественности, чтобы результаты помогли не только нам, но и другим переходным государствам. Желаю всем удачи и плодотворной работы.

Спасибо за внимание.

SERGE SARGSYAN

President of the Republic of Armenia

Ladies and gentlemen

Dear guests

Yerevan has become an important center of conation of international conferences on issues of the constitutional jurisdiction, where every year actual issues of this sphere become a subject of discussion every year. This nice tradition is appreciated as any young democracy always needs advice while examining the experience of other countries. We don't avoid it. We won't avoid it as the issues discussed in such a conferences have great impact for the countries in transaction one of which is Armenia. Our aim is to establish real democracy in the country, bring to life constitutional principles of establishment of legal, social state, and ensure fundamental freedoms and rights as the supreme value and directly acting law, and this demands successive and systematized work. In this aspect the tight and successive corporation of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, Venice Commission of Council of Europe, International associations of constitutional law and constitutional courts of a number of countries in the sphere of judicial constitutional control is essential

In 1184 Mkhitar Gosh emphasized the necessity of creation of the first Armenian Code as it would help to avert unkindness and hatred among the people, establish love and made them literate in laws, so that they could make decisions, taking into consideration the changes of the

lifestyle of the people, connected with the time, nation and routine life, also establish legality and order, for impartial, unbiased and fair jurisdiction. It is doubtless that these aims are now very essential. In the condition of the independent state they have become constitutional values and are important for the establishment of the democracy in the country, I am sure that the power of our Constitution is based on the will of each citizen, as well as on the people who are ready to defend the fundamental laws of the country.

Article 49 of our Constitution considers one of the main functions of the state ensuring the adherence of the Fundamental Law. I consider it from the point of view of constitutional axiology. Our Constitution declared the Republic of Armenia as a sovereign, democratic, social and legal state. The person, his actions, fundamental rights and freedoms are considered as the supreme values, directly acting law, the activity of the state is directed towards the guaranteeing of the defense. They apply with basic meaning; its challenge can become the supreme task for all our state policy, legislative activity and all law enforcement practice. Only by this way, it becomes possible to make the fundamental constitutional values as reality in act, establish constitutional democracy in the country. The main step in this direction was adoption of constitutional amendments in 2005 which brought to wide practical and structural changes. It has concerned all spheres of the life, the freedom of economical activity and guarantee of free competition, guaranteed protection of rights on property, overcoming the shady business, increasing the effectiveness of the legislative activity, guarantee the impartiality of judicial power, reinforcement of social protection of the population, implementation of the acting system of the local government, etc. Unfortunately, it should have been stated that in these spheres our work has not got yet the desirable systemized character. For the achievement of this we made serious steps towards the reformation in all spheres of the social life. I am sure that soon positive results will appear. The main goal of the reforms of the whole state system should be the affirmation in our country the principle of rule of law, real check and balance of the branches of power, respect and guaranteed respect of the dignity of a person, equality, freedom of people. I am sure that this can not be achieved without creation of real atmosphere of tolerance, consent and pluralism, without establishment of consent, pluralism, without establishment of impartial and fair jurisdiction. But we should not like to speak only about the causes. At such conferences should try to find the means which could be implemented and could have real and perceptible results. Our success will be more perceptible if we strengthen the corporation in these spheres with European structures and consequently embody the international duties taken for the achievement of European integration, and if every citizen of our county, every official will comprehend that creation of legal and dem-

ocratic state is essential for Armenia. The lessons of our history witness what kind of challenges we should overcome for the creation of Armenia of XXI century.

Once again I would like to welcome the conation of this conference, as I am sure that diverse discussion of the suggested topic and summarization of the experience of different countries will not only play an essential role in the development of judicial culture but would also have great practical value for making more effective steps undertaken for the challenge to life the constitutional fundamental values in our country.

I have also learnt from the speech of Mister Harutyunyan that with the help of the Venice Commission all materials of this conference will be published in a four-language almanac. We greet and welcome this tradition. I would also like to get acquainted with these materials. It would be nice if these materials will be available also to the vast public so the results can help not only us but also other countries in transition. I wish you success and productive work.

Thank you for attention.



GIANNI BUQUICCHIO

Secretary of the Venice Commission of the Council of Europe

Mr. President of the Republic of Armenia,
President of the Constitutional Court of Armenia,
Honorable Judges,
Ladies and Gentlemen:

Introduction

It is with great pleasure that I welcome you the XIII Yerevan International Conference organized by the Constitutional Court of Armenia in co-operation with the Venice Commission of the Council of Europe.

The Venice Commission very much support the Yerevan International Conferences, which are an excellent means of sharing ideas and exchanging points of views between constitutional courts as well as members of the academic world.

You have chosen an interesting topic for this conference and one that will always be relevant to both practitioners and academics in the field of constitutional law.

Human dignity and justice; natural law vs. positive law

The title: "*Fundamental constitutional values and public practice*" often brings to mind two things:

- 1) human dignity and justice as fundamental principles and
- 2) the long starting dispute between natural law and positive law

Human dignity is often referred to as the "mother" of all human rights.

Human dignity can be seen as a right in itself and can be used to interpret other rights.

Over time, we have come to understand that democracy cannot be built in abstract terms.

It has a purpose and is not just a system that manages conflicting interests of various social groups.

Democracy has the duty to care each individual and is there to protect us.

In this context, the individual is not there to serve the state, but on the contrary, the democratic state is there to serve the individual by allowing

him or her to develop his or her own personality - but of course, within the limits of the respect of others and society at large.

In applying the law, we have to remember that each individual - be it the most atrocious murderer or the most ardent human rights defender - remains a human being who is allowed to enjoy human dignity.

The rights of a fair trial are the reform a direct emanation of human dignity and are guaranteed to ensure that an offender's human dignity is upheld.

Another such fundamental value is justice. There are a variety of definitions of what justice is.

Justice is often defined as applying fairness in the way people are dealt with, the quality of being just, impartial or the conformity to truth, fact or reason.

However, when you ask either party to case what they understand justice to mean, you often find that for either of them, justice will be served if they win their case.

People are often disappointed by courts to which they turn to seek justice. They soon discover that rendering justice is not like ordering a fast-food meal. Justice does not come ready in box and not always what you expect it to be.

A court must follow a procedure in order to render a decision, be it civil, criminal, administrative or constitutional.

This procedure can often be perceived as a cold one by the person bearing the plight and seeking redress.

But, *audiatur et altera pars* and the necessity to remain unbiased force the judge to be aloof and to make his or her decision on the basis of the law rather than equity.

Mr. President, ladies and gentlemen.

The interpretation of these basic values, human dignity and justice, still depends on how we define the normative system: whether based on written or unwritten rules only or one that provides some scope to take inspiration from ideas outside this defined system of norms.

And this brings us back to the old antagonism between the positivists and the defenders of natural law.

In the area of constitutional justice, further complications arise due to the fact that the creator of specialized constitutional courts, Hans Kelsen, is also "an" if not "the" leading figure of legal positivism. Are the courts, which are modeled on his ideas, inclined to follow him in his ideas on the sources of law?

Much ink has flowed and much energy has been spent in discussing the case of positivism vs. natural law. Extreme positions have, over time, given to more moderate ones.

Most defenders of natural law will of course concede that what needs to be applied in the first place is the positive law and that other sources may only come into play when there are gaps to be filled or (and here we come back to constitutional justice) when positive law is in conflict with higher norms, which are usually enshrined in the constitution or can be deduced from it.

However, positivists will often concede that Kelsen's demand to remain silent when there is a solution in positive law is difficult to implement in practice.

Courts - and especially constitutional courts - were established to settle disputes.

A judge who informs the parties that he or she cannot render a decision for lack of positive rule may find that this will not be accepted by the parties.

Courts have a specific duty to fulfill in society and judges must render decisions.

In practice, positivist judges will look to the positive law to find a solution. They may come to the same conclusion as a natural law judge and may even base themselves on such values as human dignity-provided that they can do so by referring to positive norms.

Conclusion

It therefore seems that the antagonism between positive law and natural law has been overcome, at least to large extent.

We can usefully share ideas and exchange information on constitutional values whenever and wherever we see their original foundation.

This should make us optimistic about our discussion today and tomorrow and I hope that we can take inspiration from one another and that we can apply these ideas that will benefit democracy, the protection of human rights and the rule of law.

Thank you for your attention.

ДЖИАННИ БУКИКИО

*Секретарь Венецианской комиссии
Совета Европы*

Господин Президент Республики Армения!

Господин Президент Конституционного Суда Армении!

Уважаемые судьи!

Дамы и господа!

Приветствую Вас на XIII Ереванской международной конференции, организованной Конституционным Судом Республики Армения совместно с Венецианской комиссией Совета Европы.

Венецианская комиссия оказывает содействие ереванским международным конференциям, которые являются прекрасным способом обмена идеями и мнениями между конституционными судами и представителями науки.

Вы выбрали очень интересную тему для нашей Конференции, которая всегда актуальна для практиков и ученых в сфере конституционного права.

Человеческое достоинство и правосудие; естественное право против позитивного права

Тема "Основные конституционные ценности и практика" часто наводит на две мысли: 1) человеческое достоинство и правосудие как основные принципы и 2) продолжительный спор между естественным и позитивным правами.

Человеческое достоинство часто воспринимается как "мать" всех человеческих прав. Человеческое достоинство - это право как таковое, которое используется для интерпретации других прав.

С течением времени мы пришли к пониманию, что демократия не может быть построена в абстрактных условиях. У нее есть цель и это не просто система, которая регулирует конфликтующие интересы различных социальных групп. Демократия несет обязанность заботиться о каждом индивиде и защищать его. В этом контексте не индивид должен служить государству, а наоборот, демократическое государство существует для служения индивиду, позволяя ему развивать свою индивидуальность, но, конечно, в рамках уважения других лиц и общества в целом.

Применяя закон, мы должны помнить, что каждый индивид, будь то самый жестокий убийца или самый ревностный защитник прав чело-

века, продолжает оставаться человеком, имеющим право на человеческое достоинство.

Прямым следствием человеческого достоинства является право на справедливый суд, которое гарантирует, что человеческое достоинство преступника не будет попрано.

Другая фундаментальная ценность - это правосудие. Существует много определений правосудия. Его часто определяют как применение справедливости в том виде, в котором люди его воспринимают: это свойство быть справедливым, беспристрастным, преданным правде, фактам и причинам. Тем не менее, когда мы спрашиваем у сторон судопроизводства, что они понимают под понятием "правосудие", мы часто замечаем, что для каждой из них восторжествование справедливости происходит тогда, когда они выигрывают дело. Люди часто разочаровываются в судах, обращаясь туда за правосудием. Они очень быстро понимают, что процесс правосудия не так скор, как заказ fast food. Правосудие не преподносят на блюде и не всегда оно такое, каким мы его себе представляем. Суд должен следить за процедурой принятия решения, будь это гражданское, уголовное или конституционное дело.

Но *audiatur et altera pars* и необходимость оставаться беспристрастным заставляют судью сдерживать свои эмоции и принимать решение, основываясь более на закон, нежели на справедливость.

Господин Президент, дамы и господа!

Интерпретация этих основных ценностей, человеческого достоинства и правосудия до сих пор зависит от того, как мы определяем нормативную систему: в зависимости от того, на чем основана эта система норм: основана ли она на писанных или неписанных правилах или же создана на основе вдохновенных извне мыслей. Это приводит нас к давнему противостоянию позитивистов и защитников естественного права.

В сфере конституционного права в дальнейшем возникают трудности из-за того, что основоположник специализированных конституционных судов Ганс Келсен является выдающейся фигурой правового позитивизма. Встает вопрос, должны ли смоделированные на его идеях суды следовать его идеям?

Много написано и вложено много сил в обсуждение вопроса противостояния позитивизма естественному праву. Экстремистские точки зрения со временем сдали свои позиции более сдержанным.

Защитники естественного права, конечно, могут прийти к согласию по вопросу, что должно быть на первом месте в позитивном праве, и другие источники могут быть использованы лишь при необходимости

заполнения пробелов или (в этом случае мы вновь обращаемся к конституционному праву) когда позитивное право вступает в конфликт с более высокими нормами, которые обычно закреплены в Конституции.

Тем не менее позитивисты часто отступают перед требованием Келсена сохранять молчание в случае, когда требование позитивного права сложно применить на практике.

Суды, особенно конституционные, основаны для разрешения споров. Судья, оповещающий стороны о невозможности принятия решения из-за отсутствия позитивной нормы, может столкнуться с тем, что это не будет принято обеими сторонами.

На практике судьи-позитивисты должны искать решение вопросов в позитивном праве. Они могут прийти к тому же заключению, что и судьи естественного права, а могут также, основываясь на позитивные нормы, опираться и на такие ценности, как человеческое достоинство.

Таким образом, может показаться, что противостояние между позитивным правом и естественным правом более или менее преодолено.

Мы всегда и везде можем плодотворно делиться идеями и информировать друг друга о конституционных ценностях, независимо от того, какая норма лежит в основе.

Это даст нам возможность оставаться оптимистами во время сегодняшних и завтрашних выступлений. И я надеюсь, что мы сможем воодушевить друг друга и применить эти идеи так, чтобы демократия, защита прав человека и верховенство права от этого только выиграли.

Спасибо за внимание.



SERGEY KAPINOS

Ambassador of OSCE office in Yerevan

Honourable Mr. President of the RA,
Honourable Mr. Chairman of the Cassation Court,
Excellencies,
Ladies and Gentlemen

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

These notions reflect the interaction of principles and values with the changing face of the reality. New challenges arise, old commitments take on new contours, but, perhaps, the feature of the rule of law that I wish to emphasise here is its essential and never fading character.

In the Copenhagen document OSCE participating States acknowledged that the rule of law cannot be realized without giving effect to certain principles of justice. They include the realisation of the equal and inalienable rights of all human beings as well as the duty of the government and public authorities to comply with the constitution, their accountability and the duty to act in a manner consistent with law. As the history shows, it is not enough to have guarantees of the main pillars of democracy in the Constitution and laws. The rule of law depends on independent judiciary, separation and decentralization of powers, explicit and efficient system of checks and balances, strong democratic institutions, including free media and depoliticized bureaucratic establishments, especially law-enforcement.

I have just returned from one of the most significant human rights forums, organised by OSCE/ODIHR in Warsaw, devoted to reviewing the implementation of the human dimension commitments entered into by all OSCE participating States. It is during this "reality check" that many participants expressed the need of a greater support and further development of separation and decentralization of powers, highlighting separation of powers as the essential and key element in introducing democracy and government credibility. Lack of impartiality and independence of courts and the politicization of the judicial systems was cited as problematic.

In this context it is crucial to emphasize that the role of the constitutional courts in filling in legal gaps is legitimised by its constitutional obligation to ensure the functioning of the democratic institutions and review the conformity of the acts of state authorities with the Constitution. It is of paramount importance to guarantee that a Constitution does not acquire declarative character but is respected by every individual, every policeman, every judge and, of course parliament and the executive.

The constitutional courts must function effectively and fairly, free from attempts to influence their decisions, to ensure that power is not confined to the executive, but shared with an independent judiciary, parliament, free media and civil society. There is also an imperative need to guarantee independence of the judiciary in practice and to set up necessary mechanisms to achieve it. Let me reiterate once again here that the above mentioned independence presupposes separation of powers in which the judiciary is protected from undue influence by, or interference from the executive branch of power and to a lesser degree from the legislative branch. Individuals and institutions must be able to rely on predictable justice. Some of the practical safeguards shall include but not be limited to the terms of appointment and retirement, the specialization of judges, their fair remuneration, the need for guaranteed tenure, fair and independent disciplinary proceedings, training activities.

Ladies and Gentlemen,

Any system of constitutional justice is open to improvement. The international human rights obligations of states give the framework in which these improvements should be made. The **principle of openness** should be applied to official court documents. **Transparency in court proceedings** is essential in guaranteeing that individuals can follow how law, including their constitutional rights, is applied. **Access to justice** is another key principle to be ensured. Individuals should be provided with information on how to protect their rights in courts, the right to receive a reasoned decision and the right of appeal, as well as other guarantees of fair trial.

The agenda of today's meeting offers the possibility to exchange views on wide range of crucial issues and I am confident that it will produce tangible and significant results. I hope that the guests representing different geographical and professional spectrum will share their experience and expert knowledge. That would further contribute to the common understanding of the importance of the constitutional values. I wish you all fruitful deliberations.

Thank you.

СЕРГЕЙ КАПИНОС

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

Уважаемый господин Президент!

Уважаемый господин Председатель Конституционного Суда РА!

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

Для меня большая честь выступать на сегодняшней Конференции, тема которой отражает важность таких ценностей, как права человека, верховенство закона и демократия, на которых, собственно, и построена деятельность ОБСЕ.

Это не застывшие понятия. Их содержание и приоритетность коррелируются с меняющейся действительностью. Возникают новые вызовы, старые обязательства приобретают новые очертания, и в этой связи я бы хотел подчеркнуть непреходящее значение и стержневой характер верховенства закона.

В Копенгагском документе ОБСЕ государства-участники выразили свою убежденность в том, что верховенство закона невозможно без обеспечения ряда принципов правосудия. Они включают в себя полное уважение прав человека и основных свобод и обязанность правительств и иных властных структур строго соблюдать Конституцию, быть подотчетным обществу и действовать в соответствии с законом. Как показывает история, далеко недостаточно зафиксировать гарантии в отношении основных стержневых опор демократии в Конституции и законах. Верховенство закона базируется на независимой судебной системе, разделении властей и децентрализации самой власти, четкой и эффективной системе сдержек и противовесов, сильных демократических институтах, включая независимые СМИ. Важное также условие - деполитизация госаппарата, в особенности правоохранительных органов.

Совсем недавно я участвовал в одном из самых значимых форумов по правам человека, организованном БДИПЧ ОБСЕ, на котором рассматривались вопросы выполнения государствами-участниками Организации обязательств в области человеческого измерения. В ходе этой "сверки" реалий с международными обязательствами участники форума высказывались о необходимости оказания поддержки государствам в большем продвижении в вопросе разделения властей, выделяя это как основной элемент развития демократических форм правления. С озабоченностью говорилось о проблематичности обеспечения беспристрастности и независимости судов, о политизации судебных систем.

В данном контексте необходимо отметить, что роль конституционных судов в выявлении законодательных пробелов, недостатков и несоответствий, по сути дела, узаконена конституционным обязательством обеспечивать функционирование демократических институтов и рассматривать, насколько решения и действия государственных органов соответствуют Конституции. Крайне важно гарантировать, чтобы Конституция не носила декларативный характер, чтобы зафиксированные в ней нормы уважались каждым гражданином, каждым полицейским и каждым судьей и, конечно же, парламентом и исполнительной властью.

Конституционные суды должны действовать беспристрастно и эффективно, без давления извне с тем, чтобы власть не сосредоточивалась только в исполнительной ветви, чтобы судебная система и СМИ были независимы от исполнительной, а в странах с парламентской формой правления - и от законодательной власти, чтобы поступательно развивалось и укреплялось гражданское общество. Эти принципы и ценности взаимосвязаны. И вряд ли можно обеспечить истинную независимость судебной системы без разделения властей, без свободных и ответственных СМИ, выполняющих важнейшую роль обратной связи в государственном управлении и вскрывающих явления и факты, которые должны стать предметом судебного рассмотрения.

Граждане и институты должны опираться на предсказуемое и справедливое правосудие, что возможно только в условиях независимой судебной системы. Некоторые из практических гарантий такой независимости могут лежать в плоскости решения вопросов назначения и смещения судей и гарантированного срока их полномочий, материального и социального статуса и специализации судей, обеспечения справедливых и независимых дисциплинарных процедур, а также обучающих программ.

Дамы и господа!

Любая система конституционного правосудия открыта для совершенствования. Международные обязательства в области прав человека предлагают подходы, которые определяют векторы, по которым можно двигаться в этом направлении. Принцип открытости должен применяться в отношении официальных судебных документов. Транспарентность судебных процессов является существенной гарантией того, что граждане будут в состоянии отслеживать как законы, в том числе защищающие их конституционные права, реализуются на практике. Еще один ключевой принцип, который должен быть гарантирован, - это доступность правосудия. Гражданам должна быть предоставлена информация о том, как защищать свои права в судах, право на получение обоснованного судебного решения и право на обжалование, равно как и другие гарантии справедливого судебного разбирательства.

Повестка дня сегодняшней встречи предоставляет возможность обмена мнений по широкому спектру актуальных вопросов, и я уверен, что это даст положительные результаты.

Желаю всем вам плодотворных дискуссий.

Благодарю за внимание.



ДОКЛАДЫ¹
REPORTS¹
RAPPORTS¹



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

ГАРАНТИИ РЕАЛИЗАЦИИ ОСНОВОПОЛАГАЮЩИХ КОНСТИТУЦИОННЫХ ЦЕННОСТЕЙ НА УРОВНЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОЛИТИКИ И В ОБЩЕСТВЕННОЙ ПРАКТИКЕ

ГАГИК АРУТЮНЯН

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

Многоуважаемый Президент Республики Армения!

Уважаемые участники Международной конференции!

Многоуважаемые гости!

Мой доклад органически связан с тем материалом, который я представил на обсуждение X Ереванской международной конференции, обращаясь к некоторым политико-правовым деформациям конституционализма в трансформирующихся общественных системах. Я не только считаю тему не исчерпанной, но считаю также, что она стала более злободневной, так как деформации основополагающих конституционных ценностей в общественной практике многих переходных стран приобретают системный характер.

Очевидно, что для переходных стран главная задача трансформации - установление конституционализма и гарантирование устойчивости конституционных развитий. Последнее предполагает одновременно с Конституцией наличие необходимой политической и конституционной культуры, гарантирование верховенства права посредством демократических институтов, формирование необходимой среды общественного согласия, плюрализма и толерантности, последовательное обеспечение общественного согласия в отношении основополагающих правил общежития и, благодаря им, направление положительного социального потенциала на прогресс и развитие.

Известны также противопоказания этому процессу, исходя из принципов становления гражданского общества. Развитие конституционализма не может служить текущей политической целесообразности. Оно не может нарушать баланс разделения властей, привести к нару-

шению конституционного равновесия, способствовать слиянию политических, административных и экономических сил. Конституционно-правовые процессы не могут ослабить гарантии защиты прав человека, ограничить их свободы, препятствовать развитию самоуправления. Понятия "права человека", "демократия" и "правовое государство" выступают как органическое триединство, и именно гарантирование этого - цель принятия либеральной, демократической конституционной доктрины, установления в стране конституционализма.

В свою очередь, принятие той или иной конституционной доктрины для данной страны само по себе является признанием системы некоторых конституционно-правовых ценностей, что выражает воспринятые и осмысленные на государственном уровне, а также в общественном сознании представления об организации и развитии государства и общества. Главная задача в том, с одной стороны, насколько это получило основополагающее значение на уровне государственной политики и как это будет гарантировано в общественной практике, с другой - насколько гражданское общество готово жить по такой системе ценностей.

Мы в этом докладе, в первую очередь, попытаемся обратиться к обеспечению гарантий государствоведческого восприятия и реализации основополагающих конституционных ценностей, имея в виду не просто доктринальные восприятия, а фундаментальный, системный и многофакторный характер подходов и представлений относительно данной проблемы на уровне государственной политики.

Исследование аксиологических проблем Конституции, в первую очередь, требует выделить те ценностные основы, на которых базируется вся конституционная система.

К сожалению, конституционная аксиология в нашей действительности еще не сформировалась как самостоятельное научное направление, и в этой сфере почти нет системных исследований. Однако решение проблем конституционализации общественных отношений без глубокого аксиологического анализа почти невозможно.

Понятие "Конституция" само по себе имеет аксиологическое содержание. Это не означает просто установление, организация, учреждение или установленные границы. Блестяще восприняли аксиологические нюансы данного понятия еще авторы изданного в 1837 году в Венеции Словаря нового армянского языка, которые охарактеризовали "Конституцию" как "предельные решения и Провидение Божие". Очевидно, что мы имеем дело не только с высшим "решением" конституирующего значения, значит с праворегулированием, но и в его основе лежит Божественное познание, данная свыше ценностная система, Высшее провидение. Следовательно, гарантирование верховенства Конс-

титутции предполагает гарантирование основополагающих конституционных ценностей в правовой системе, их системное призвание к жизни. Эти ценности имеют такую характерную особенность, что не носят субъективный дискреционный характер, общественным согласием они становятся главными и общеобязательными характеристиками бытия и общежития.

Следующая основная особенность в том, что эти ценности не могут проявляться изолированно, они систематизируются на конституционном уровне и выступают во взаимодополнении и взаимообусловленности. Следовательно, исключая ту или иную основополагающую конституционную ценность, деформируя ее в общественной практике, базируясь на иных ценностях, невозможно констатировать существенный успех.

Основные аксиологические характеристики Конституции, как правило, прежде отражаются в преамбуле Основного Закона, в основном, в форме норм-целей. Они находят свое дальнейшее систематизированное отражение в конституционных нормах-принципах, а также в нормах и положениях, регулирующих основополагающие правоотношения.

Мы попытались сделать объектом сравнительного анализа аксиологические характеристики конституций почти 140 стран. **Первое** обобщение заключается в том, что трудно найти Конституцию какой-либо страны, в которой ценностно-системные подходы были бы абсолютно тождественны Конституции другой страны. Каждая страна принимает свою доктрину конституционной аксиологии. Это естественно и свидетельствует, что Конституция - это не экспортируемый или импортируемый товар, а построенное на ценностно-системных обобщениях данного социального общества, данного государства взаимосогадание в отношении основополагающих правил общежития.

Второе: значительная часть стран (США, Испания, Индия, Аргентина, Российская Федерация, Молдова, Армения и т.д.), в первую очередь, сделали попытку закрепить в преамбуле Конституции аксиологические основы Основного Закона как конституционную норму-цель. Причем, акцентируются такие ценности, как правосудие, свобода, равенство, братство, толерантность, гражданская солидарность, политический плюрализм, безопасность государства, благополучие поколений, демократия, верховенство права, достоинство человека, уважение и защита его прав, международное сотрудничество и т.д. Действительность такова, что в преамбулах конституций разных стран акцент делается только на часть этих ценностей, принимая за основу их приоритетность для данного общества.

Третье: во многих странах конституции в конкретных статьях закрепляют такую группу ценностей, которая лежит в основе регламентиро-

вания конституционно-правовых отношений. Например, статья 1 Конституции Южно-Африканской Республики устанавливает, что эта страна - демократическое государство, основанное на таких ценностях, как достоинство человека, правовое равенство, обеспечение прогресса прав и свобод, исключение расизма и дискриминации, верховенство Конституции, власть закона, а также всеобщее избирательное право, единый национальный общий избирательный реестр, система многопартийности. А статья 3 Конституции Хорватии устанавливает, что свобода, равенство, национальное равноправие, миротворчество, социальная справедливость, уважение прав человека, неприкосновенность собственности, охрана природы и окружающей среды, верховенство права и демократическая многопартийная система являются высшими ценностями конституционного строя Республики Хорватия.

Статья 3 Конституции Румынии также устанавливает, что Румыния - правовое, демократическое и социальное государство, в котором достоинство человека, его права и свободы, свободное развитие личности, справедливость и политический плюрализм являются высшими ценностями и гарантируются.

Статья 2 Конституции Франции устанавливает, что девиз Республики "Свобода, Равенство, Братство". Эти девизы Французской революции на конституционном уровне были оценены как главные качественные характеристики общежития. Они предполагают внутренний мир человека, все его социальные связи, оценку его общественного бытия, и в этой среде все проявления самореализации должны, в первую очередь, осмысленно базироваться на этих ценностях. Это также лучшее свидетельство того, что, прежде всего, основополагающие конституционные ценности делают Конституцию живой реальностью. Указанные понятия на конституционном уровне получают реальное содержание как основополагающие системно-ценностные, социально-культурные ориентиры социального общества.

По пути уточнения и закрепления основополагающих конституционных ценностей в форме конкретной нормы пошли также члены Конвента по разработке Европейской Конституции, которые во второй статье Конституционного соглашения, представленного на ратификацию стран Европейского союза, закрепили ценности Союза: **"Союз основан на таких ценностях, как человеческое достоинство, свобода, демократия, равенство, верховенство права и уважение прав человека. Эти ценности общие для стран-членов, обществу которых характерны недопущение дискриминации, плюрализм, толерантность, правосудие и солидарность"**. Несмотря на то, что этот документ не был призван к жизни и Лиссабонское соглашение о Европейском союзе 2007 года не содержит подобной конкретной статьи, вместе с тем очевидно, что на уровне конституционной аксиологии Европейского

союза дана четкая и всеобъемлющая формулировка, которая является ценностно-системной основой цивилизационной ориентировки и, по нашему мнению, значительным шагом в области конституционализма.

Четвертое: многие страны, не закрепляя в отдельной статье основные аксиологические характеристики Конституции, вместе с тем, в разных статьях обращаются к этому. Причем, основной подход таков, что про-является подчеркнутое отношение к правам и основным свободам человека. Например, статья 2 Конституции Российской Федерации устанавливает, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства.

Согласно статье 3 Конституции Армении: "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". Равноценные формулировки можно встретить также в конституциях многих других стран (например, Германия, статья 1; Грузия, статья 7; Украина, статья 3 и т.д.). Подобные нормы, основываясь на теорию естественного права, конкретизируют аксиологические подходы правового, демократического государства относительно основополагающих конституционных решений, ставя в их основу принцип верховенства права. Этот подход характерен также таким международным основополагающим документам, как Всеобщая декларация прав человека, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, Международные пакты 1966г. и т.д.

Общий подход таков, что основополагающие конституционные ценности призываются к жизни посредством института прав и свобод и других конституционных институтов, а преодоление возникшей между ними коллизии является одной из важнейших задач гарантирования верховенства Конституции, имея в основе принцип верховенства права.

Пятое: в конституционных решениях правовых демократических стран особую важность ценностно-системного обобщения имеют принципы народовластия, разделения и сбалансированности властей, гарантирования общего, равного и прямого избирательного права, верховенства Конституции, обеспечения политического плюрализма, признания и защиты права собственности, исключения лишения правосубъектности человека и ряд других принципов, которые, как правило, составляют основу конституционного порядка данной страны. Эти принципы в конституциях разных стран конкретизируются по-

разному, однако в своей сущности имеют одну и ту же аксиологическую основу.

Во всех указанных проявлениях основополагающие конституционные ценности составляют системную целостность и делают Конституцию живой реальностью, когда на этой ценностно-системной основе базируется также вся правовая система, правоприменительная практика, весь комплекс межличностных отношений и взаимоотношений человек-государство, когда эти ценности для каждого конкретного индивидуума в гарантированной форме становятся движущей силой бытия.

Попытаемся обратиться к этому вопросу также с точки зрения общественной практики. Подобный анализ я представил еще на Ереванской международной конференции 2005 года. В настоящем докладе хочу сделать следующие основные акцентировки:

- во-первых, насколько основополагающие конституционные ценности равноценно воспринимаются, гарантируются и последовательно реализуются на уровне государственной политики;
- во-вторых, насколько гармоничны аксиологические восприятия Конституции обществом и властями;
- в-третьих, какие основные тенденции и особенности в этой области имеются в переходных странах и каковы основные вызовы.

Для ответа на поставленные вопросы хочу прежде представить некоторые результаты проведенного нами анализа. Были изучены процессы, имевшие место в 29 странах за последние восемь лет. Основная характеристика этих стран в том, что они были носителями прежних коммунистических общественных отношений и ныне оказались в трех качественно разных системах. Первые из них - страны Восточной Европы, ставшие членами Европейского союза. Вторую группу представляют еще не ставшие членами Европейского союза Балканские страны. В третью группу входят страны-члены СНГ. Для анализа мы пользовались также информацией организации Дом свободы США. Рассчитанный этой организацией показатель интегрального уровня демократии за 2008 год в первой группе стран в 2.51 раз выше по сравнению с третьей группой и в 1.75 раз - со второй группой. В то же время, если в первой группе за последние восемь лет этот уровень повысился на 3 процента, а во второй группе - на 17 процентов, то в странах СНГ - понизился на 10 процентов.

Обобщенные характеристики гражданского общества в 1-ой и 3-ей группах отклоняются в 2.9 раз, в первой и второй группах - в 1.79 раз. Динамика этих показателей за последние восемь лет такова: 1-ая группа - улучшение на 19 процентов, во 2-ой - на 24 процента, а в третьей группе зарегистрировано ухудшение на 4.4 процента.

Демократический уровень избирательных процессов в третьей группе уступает первой группе в 3.21 раз, второй - в 1.68 раз. Динамика за восемь лет следующая: 1-ая группа - улучшение на 4 процента, во 2-ой - на 22 процента, а в третьей группе зарегистрировано ухудшение положения на 13 процентов.

Приведем еще одно сравнение. Уровень независимости судебной власти в 1-ой группе по сравнению с 3-ей выше в 2.61 раз, по сравнению со 2-ой - в 1.98 раз. Динамика за восемь лет следующая: в 1-ой группе - улучшение на 6 процентов, во 2-ой - на 15 процентов, а в третьей группе зарегистрировано ухудшение положения на 9 процентов.

Подобные тенденции наблюдаем также в сферах свободы печати, содержания и характера управления, борьбы с коррупцией и других. Все это свидетельствует, что несмотря на то, что в изученных 29 странах на конституционном уровне с аксиологической точки зрения констатированы равноценные позиции, однако конституционная практика имеет совершенно иную картину.

По нашему мнению, причин этого несколько. **Прежде всего**, насколько на конституционном уровне проявлена последовательность как в плане гарантирования системной целостности основополагающих конституционных ценностей, так и гарантирования реализации норм-целей и норм-принципов в самой Конституции. Это относится и к регулирующим конкретные правоотношения конституционным нормам, и к системе сдержек и противовесов, а также к институту ограничения прав и основных свобод человека. Это означает, что первые анализы в сфере конституционной диагностики надо начать с выявления задач внутриконституционной самозащиты. Дело в том, что в этой сфере значительны пробелы и нерешенные задачи, которые, пожалуй, могут стать предметом отдельного обсуждения.

Второе, особенно для переходных стран главные деформации имеют место в правотворческом процессе, когда, казалось бы, "забывая" основополагающие конституционные ценности, праворегулирование больше исходит из текущей целесообразности. В этом также причина того, что во многих странах, в том числе в Армении, органы законодательной, исполнительной и судебной властей, а также на уровне местного самоуправления, порою обращаются к задачам конституционности почти принудительно, наталкиваясь на непосредственные конституционные препятствия. Не случайно, например, что скоро исполнится три года, как в результате конституционных изменений в Армении предоставлена возможность обращаться в Конституционный Суд по вопросу конституционности нормативных актов Президенту РА, одной пятой части депутатов Национального Собрания, Правительству, судам, Генеральному прокурору, Защитнику прав че-

ловека, органам местного самоуправления. Был также внесен институт индивидуальных жалоб. За этот период времени 1/5 депутатов Национального Собрания РА, Правительством РА, органами местного самоуправления не было поднято ни одного вопроса относительно конституционности правовых актов. Почти за три года по одному заявлению представили суды и Генеральный прокурор. Это в том случае, когда еще не выполнены требования переходного положения статьи 117 Конституции относительно приведения в течение двух лет действующих законов в соответствие с изменениями Конституции. В то же время Конституционный Суд получил более трех тысяч индивидуальных жалоб, и на основании более сорока заявлений граждан десятки положений законов были признаны противоречащими Конституции и недействительными.

Еще одна из существенных особенностей переходных обществ в том, что основополагающие конституционные ценности утверждаются в условиях конституционно гарантированного политического и идеологического плюрализма, которые, однако, в свою очередь, находятся в эмбриональном состоянии ценностно-системного становления. В этих условиях на этапе принятия законов зачастую не обеспечивается необходимый уровень обсуждений и системной регламентации проблем. Ярким примером этого могут служить крайне формальные процессы обсуждения и принятия изменений Судебного кодекса РА и Уголовного и Гражданского процессуальных кодексов на внеочередных заседаниях Национального Собрания РА 2007г. Результатом стало то, что всего через несколько месяцев ряд положений процессуальных кодексов Конституционным Судом был признан противоречащим Конституции и недействительным.

Третье, "деформации второго этапа" продолжают распространяться в правоприменительной практике, когда так называемая "законодательная целесообразность" призывается к жизни "субъективной целесообразностью" с точки зрения реализации меркантильных интересов. На этом уровне основополагающие конституционные ценности чаще играют роль дымовой завесы для реализации от имени закона политической и личной целесообразности. На этом звене низок также уровень аксиологического восприятия Конституции и культуры, который часто приводит к антагонизму государственного и общественного восприятия этих ценностей. В результате последнего растут накопления отрицательной общественной энергии, которые, набрав критическую массу, могут создать взрывоопасную ситуацию. Неслучайно также то, что конституционные суды многих стран часто признают норму закона антиконституционной вместе с данным ей правоприменительной практикой содержанием.

Основополагающие конституционные ценности в общественной практике могут гарантированно воплощаться в жизнь там и в той степени, где и в какой степени утверждение конституционной демократии является стержневой задачей государственной политики, оно не обусловлено текущей целесообразностью, обеспечены реальное разделение и баланс властей, народовластие из лозунга стало живущей реальностью, каждое правовое решение исходит из принципа верховенства права, имея целью становление справедливого общества, которое является основной гарантией стабильности и развития.

Что мешает этому? По нашему мнению, есть множество причин, из которых особенно хотелось бы выделить:

- инерцию мышления, менталитета и недостаток конституционной культуры;
- низкий уровень правосознания и недостаточную политическую волю властей в направлении его поднятия;
- недостаточные гарантии дееспособности государственных демократических структур и несовершенство политических институтов;
- несовершенные конституционные и законодательные решения, искаженное восприятие и реализацию основополагающих принципов конституционной демократии в законодательной политике и правоприменительной практике;
- такое сращение политических, экономических и административных сил, которое ограничивает реализацию основополагающих конституционных ценностей без их деформации в общественной практике;
- высокий уровень коррупции, покровительства и теневых отношений;
- обусловленную указанными факторами недостаточность иммунной системы общественного организма, углубление отрицательных социальных тенденций и иррациональных развитий по причине неудовлетворительного решения существующих проблем и т.д.

Четвертое, для переходных стран наибольшей опасностью является не то, что достижения в сфере конституционной демократии скромны и несозвучны реальным вызовам. Еще опаснее, когда наличествуют противоположные тенденции, когда констатируется отступление, когда основополагающие конституционные ценности в общественной практике, деформируясь, постепенно подвергаются мутации и начинают воспроизводиться как антиценности. Это уже общественный метастаз, который также свидетельствует о явной недостаточности общественной иммунной системы. Главная задача конституционной диагностики

переходных стран - своевременное выявление и предупреждение 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 внести реальный вклад в гарантирование верховенства Конституции. Только в этом случае возможно превратить Конституцию в живущую реальность, и обеспечить серьезные положительные результаты в деле становления конституционной демократии в стране.

Спасибо за внимание.

SUMMARY

The main task of the countries in transition is the establishment of constitutionalism and ensuring the stability of the development of the constitutional development. It simultaneously with the Constitution assumes presence of sufficient political and constitutional cultures, guarantee of the rule of law with the help of democratic institutions, formation of the necessary background for the public consent, pluralism and tolerance, successive ensuring of the public consent in relation with common rules of common life and direction of positive social potential on progress and development.

The development of the constitutionalism can not serve for the current political aims. It cannot ruin the balance of separation of powers, and brings to the violation of constitutional balance, thus aiding the union of political, administrative and economical powers. Constitutional-judicial processes can not weaken the guarantee of protection human rights, limiting their freedoms, hindering the development of local government. Phenomenon of "human rights", "democracy" and "legal state" performs as a limited triple unity, and guaranteeing of it becomes the aim of liberal democratic constitutional doctrine and establishment in the state of constitutionalism.



RULE OF LAW AND STATE GOVERNED BY LAW

EVGENI TANCHEV

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

Introductory Remarks

Constitutional principles are sine qua non to the system of values in the established constitutional framework and governmental design opted and consented by the people in the nation state.

Within the fabric of constitution drafting principles might be considered an intermediary link between political institutions and legal norms. If constitutional architecture might be approached as an abstract normative activity a series of decompositions might be observed. The first transformation being decomposition of democratic values into democratic constitutional principles followed by the constitutional principles decomposition into constitutional norms recognizing and protecting fundamental human rights on one side and building institutions and distributing competencies between them, on the other. Then according to the hierarchy of the national legal system constitutional provisions receive detailed regulation in the parliamentary legislation or the executive law making and are interpreted and enforced by the constitutional courts and other courts of general or specialized jurisdiction, as well.

In this train of thought values might be considered as cornerstones of the constitutional framework. Constitutional principles perform the task of functional safeguards to human rights and the constitutional government, on one side, and guarantee the values around which the constitutional consensus has been reached, on the other.

Values exert another crucial effect on functioning of constitutional principles. A full fledged democratic constitutional system cannot survive if protection of democratic values which have been considered reasons to the very construction of a written constitution has been or turned to be inefficient. Deviation from the original values around which the constitutional system was built might be the beginning of the end of constitutional democracy or end of the beginning of democracy if the principles might be set free from their initial authentic democratic content shaped by the constitutional values.

Keeping a democratic constitution from malfunctioning or descending to autocracy requires adherence of constitutional principles to initially agreed democratic system of values. Severing the link between values and principles in a constitutional democracy might subvert the role of democratic principles to protect non democratic values or antipodes to the original democratic values.

Majority rule might be used against sovereignty of the people by removing people from the position of beneficiaries of governmental decisions achieved by direct or representative democracy and even abused to legitimate encroachments on human rights.

Separation of powers might be transformed into a tool of limiting political freedoms and individual rights if the institutions bearing different powers act in divided manner though in agreement to limit democratic government. Nearly the same result might be achieved when the conflict between the powers exacerbates in to such an extent that democratic governance cannot defend its sustainability.

Rule of law or the *rechtsstaat* principle in formal sense might be targeted against political liberty, justice and security to defend legality of the enlightened despotism or to confer legitimacy to a constitutional autocracy.

However, sustainability of constitutional democracy requires adapting of values and principles to the evolving social reality in order to protect democratic constitutional system from withering away by being unable to preserve itself from challenges the speeding transformations in contemporary globalized world.

I have intentionally chosen the rule of law not for the purpose of proving that it is more important than sovereignty, separation of power and political pluralism to the protection of democratic constitutional values but for the limitation that common sense dictates for a report to a conference.

Genesis and Evolution of the Rule of Law - From Antiquity to the US Constitution

Contemporary democratic, law governed nation state, conforming to the concepts of the liberal and of the welfare state, is an outcome of centuries lasting evolution.

Modern constitutionalism uses a vast array of terms¹ when expressing the idea that in a constitutional democracy all legal subjects, including state

¹ The term law governed state is the closest equivalent of the German notion of *Rechtsstaat*, respectively of the French concept of *etat de droit* and the English expressions *state bound by the law*, *state under law*, *legal state*, which are used in the translations of European constitutions, but remain unknown to British and American lawyers. Just the opposite, the rule of law has a relatively precise meaning in the common law systems, but in the continental civil law families it is translated sometimes as governance of law, and also, although incorrectly, governance of the laws or through the law. Leaving aside the various trends in the doctrine, attributing different meanings to the notions, it is worth noting that terminology should be clarified and unified for the sake of clarity.

authorities and officials, when performing governance should be bound by the law. The rule of law is a sine qua non prerequisite to democratic and responsible government limited by the constitution within the modern nation state, on one side, and to the supranational governance within the integrated states and multilevel constitutional pluralism in Europe.

Within the comparative law context legal terminological notions reflect conceptually two basic variations of the principle - the law governed state and the rule of law. Those two might be identical to the layman, but scholars, committed to researching this area, usually consider the differences in their meaning.

The common connotation of the principle, regardless of its modifications, is the universal and equal binding force of the law for all physical and legal persons when exercising state governance or implementing fundamental human rights. But the terminological difference might be misleading. In the law governed state, the state is bound by the law, which it creates and implements by the governmental institutions. The rule of law requires equal compliance with legal norms by all legal entities, natural persons and the state itself, within its boundaries. If we, however, assume that, by virtue of state sovereignty, the law has primacy in the system of social control, we will see that, in the law governed state, the requirement for all legal subjects to be universally and equally bound by the law is a result of the implementation of the constitutional principle. That is why, regarding practical implications, it is not easy to draw the precise line demarcating differences between the law governed state and the rule of law². Within the context of the main legal families, there is no doubt that, in terms of time and space, the genesis and evolution of the law governed state cannot be identified with the rule of law and vice versa.

The principle of the rule of law emerged and is predominant in the Anglo-Saxon common law legal family, while the nation state constitutions, belonging to the continental or civil law family, primarily use the notion of the law governed state. Within the context of the contemporary constitutional pluralism rule of law is the sole possibility for the supranational level of constitutionalism for the EU is not and probably will never become a supranational state entity but union of states, while both options of the law governed state or rule of law can be used for within the nation state.

While the rule of law emerged much earlier in human civilization, the law governed state as a principle was established after the revolutions, which led to the advent of the first written constitutions in Europe. Going back to

² There are also other differences in literature. Theoretically, it is sustained that the rule of law is based upon the correlation between the independence and the dependence of the law upon the state, while the law governed state is a symbiosis between the state and the law. In the understanding of C. de Malberg the French version of the law governed state is expressed by the recognition of fundamental rights, which limit the state power, or the constitutional state as a guarantor of fundamental rights, see M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, in *Sothern California Law Review*, v. 74, 2001,1307-1351, 1319, 1332

the antiquity, long before the forming of the contemporary legal families, roots of the rule of law concept can be traced while law governed state as a legal construct is unknown to the ancient Greek and Roman law systems.

At different stages of the civilization process thinkers have coined and political practice though in a mosaic, sporadic and discontinuous manner has introduced elements of the principle of the rule of law. The idea, having different interpretations by different authors, about the primary rule of nature, God given law or the common sense, binding the bearers of state power in the process of government, runs like a thin red line throughout the concept of the rule of law.

The reference in the ancient and medieval legal systems to a law of a supreme order was used as basis of the law, created by those in power, and, at the same time, as a moral authority, requiring from citizens of Greece and Rome or the subjects of the king obedience to the democratic republican rule or the monarchy. Even in pre-modern societies or under despotic forms of government the successful law enforcement and effective governance did not depend on the use or the threat to use coercion, being a legitimate prerogative of the state only, but on the morals and the justification of the state action. Therefore, we can see the prototype of the modern notion of the rule of law in ancient and medieval times, where it was related to a supreme and irrevocable law, God's will, moral or reason, which justify the established legal system and mark the top of its hierarchy of the legal rules³. The compliance of the legal order and the political system with the natural law began to be seen as the main source of the principle of the rule of law during the age of the Enlightenment.

The roots of legality can be traced back to the development of the law itself in ancient and medieval times, when under the sovereignty of monarchy the theory and practice held that the law developed when each king added on to the legislation of his predecessors⁴. In the Anglo-Saxon family the laws acquired supremacy also by conforming to the requirement for compliance with the Magna Carta⁵. This was centuries before Sir E. Coke proclaimed in 1610 in the Bonham case the principle that common law was superior and should be complied with as a prerequisite for validity of all legal acts⁶.

The first ideas about the rule of law could be traced back to the antiquity and *polis* democracy in the ancient Greece. Aristotle relates the rule of law

³ See "The Higher Law" background of American Constitutional Law, Corwin on the Constitution, ed. R.Loss, 1981, Cornell Univ. Press, 79-140 as basis of the American constitutional law; the study of the primary forms of legitimacy during pre-modern times and absolutism is related to the doctrine of state interests, see F. Meinecke, Machiavelism, The Doctrine of Raison d'Etat and its Place in Modern History, London, 1998]; C. C. J. Friedrich, Constitutional Reason of State, Providence, 1957, 4-5.

⁴ H.J. Berman, Law and Revolution, The Formation of Western Legal Tradition, Harvard, 1983, 536-537

⁵ In 1368 the 42 law of Edward III stipulated that the Magna Carta "is applied and observed in all cases; and when there are other acts, which contradict it, the latter are deemed non-existent." A.E.Dick Howard, The Road from Runnymede, Magna Carta and Constitutionalism in America, Charlottesville, 1968, 9; During the reign of the Tudors the Magna Carta was not applied and the king did not strive towards compliance of his acts with it, see Idem, Magna Carta, Text and Commentary, Univ. Press of Virginia, 1999, 25

⁶ See Bonham case of 1610, M. Cappelletti and W. Cohen, Comparative Constitutional Law, Charlottesville, 1979, 9-10.

to justice, equality and governance, based on order. According to the author of *Politics* it is not fair for someone to rule more than he submits, but it is fair to govern, based on order. And that is already law - the order is actually a law. Therefore, it is more preferable to have a rule of law than to have a rule by one of the citizens, whoever he/she might be, and, for the same reason, even if it is better to be ruled by several people, they should be appointed keepers and servants of the laws - certain governing positions should be in place, but it is deemed unfair for one person to rule, if all people are equal⁷. The ancient scholars found the primary source of legality and the rule of law in the idea of *isonomia*, which in the Ancient Greece denoted the legal equality. Moreover, equality not only chronologically preceded, but was also an instrumental and pre-requisite to the functioning of ancient democracy. In the republican period of Ancient Rome Cicero held that the observance of the laws was a pre-requisite to freedom, and that the laws should be drafted, using general rules and judges should apply the laws in deciding the cases and not create them.

In the beginning of the 9th century the municipal body of local governance in Paris has formulated the relationship between the king's and God's power from one side and the laws, on the other, by the principle that "any order, reaching outside the scope of power of the ruler, is null and void for his subjects and cannot bind them to obey"⁸.

In his legal doctrine St. Thomas Aquinas proposed a set of requirements, which the legal norms, created by the state, should meet in order to be in compliance with natural law. They should reflect the common interest, justice, seen primarily as proportionate equality. Legal acts should be valid when issued by the legislature within the limits of its competence and should be promulgated so that all of them become known to all legal subjects⁹.

The landmark legal act of the Anglo-Saxon legal family - the Magna Carta Libertatum of 1215, proclaimed in several provisions the command to observe the law, by limiting Kings prerogative concerning certain privileges of the gentry and later during the English revolution in the 16 c. to the laymen.

The renowned legal authority Bracton noted in the 13th century that the king cannot obey any man, but was bound by God's rule and the laws, because the law created and upheld the rule of the monarch¹⁰.

⁷ Аристотель. Политика. - София, 1995, Chapter 16, 1287a, 95

⁸ O.Girke, Political Theories of Middle Age, Cambridge, 1958, 35

⁹ F.Neumann, The Rule of Law, Heidelberg, 1986, 54; I cannot help to bring here a real story which sounds like a joke. Before couple of decades a Polish colleague - comparatist visited North Korea. On the border he was told by the border police officer that the national legal system consists of 3 categories of legal provisions. The first layer being all that are universally known, the second group which is familiar only to public and party officials higher than certain rank and the third group of rules stem from the will of the ruler. When my colleague asked how the second and last group of rules is enforced when their content is unknown the officer explained that each time when the real situation concerns regulation by these categories of rules he has to give a telephone call to the superior in command who delivers the rule related to the concrete case.

¹⁰ Bracton, On the Laws and Customs of England, ed. by S.Thorne, Cambridge, Massachussets, vol.II, 33

Within the context of absolutism, even before the English revolution lawyers and philosophers upheld the ideas of the rule of law as skeleton, holding the justice factor in the administration of justice, and the parliament was seen as the main and supreme court, able to curb the unlimited power of the monarch¹¹.

Sir Edward Coke contributed to the evolving views about the rule of law, adding to that the supremacy of common law, the independence of magistrates when administering justice and the equality before the law¹².

In the age of revolutions the rule of law and the equality before the law led to the creation of institutional and procedural guarantees against absolute power and arbitrariness in the first written constitutions. Liberalism saw in the rule of law a universal tool for "taming" the state power to defend freedom.

During the English revolution J. Harrington enriched the idea of the rule of law in his work *Oceania*¹³.

Going back to the time, when the state constitutions in North America were drafted just before the Declaration of Independence was adopted by the Continental Congress in 1776, J. Adams saw the rule of law as a criterion to determine the form of government. The republic, he wrote, is a state, where government is carried according to the law, in contrast to the arbitrariness of monarchy, which is not an empire of law, but a personal regime¹⁴.

Law Governed State - Evolution and Substance

Early Law Governed State

In Germany the principle of the law governed state emerged as an antipode of the police state. According to I. Kant understanding civil liberty balanced state power and derived from the laws. In his concept for a law governed state I. Kant included "the supreme measure of coordination between state structure and legal principles, to which reason binds us to strive through a categorical imperative"¹⁵.

The German doctrine of the *Rechtsstaat* was created by R. von Mohl in the

¹¹ G. de Q. Walker, *The Rule of Law*, Melbourne Univ. Press, 1988, 96-103

¹² *Ibid.*, 104-119

¹³ *The Political Works of James Harrington*, Cambridge, 1977, 161

¹⁴ J. Adams reproduced the phrasing of J. Harrington, who took this expression from Aristotle: "Government of laws and not of men.", see J. Adams, *Thoughts on Government*, April 1776, *Papers v.*, 4, 87, http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1_ch4s5.html

¹⁵ И. Кант, *Метафизика нравов, Учение о праве*, Соч. т. 4, часть 2, Москва, 1965, 240 Not only this founding idea, but the whole system of concepts of I. Kant is based on the government being bound by the law to guarantee civil freedom. Thus the state is an association of people, based on laws and justice. Each law governed state is based on three principles - the freedom of each member of society as a human being, the equality of each person to the others as a legal subject and the independence of each member of the state as a citizen. Citizens take part in the creation of the laws directly or through representatives in order to submit voluntarily to the law, which they have created themselves, see R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat and "Etat de Droit" in Constitutionalism, Universalism and Democracy - a Comparative Analysis*, ed. C. Starck, Nomos, Baden-Baden 1999, 269-365

first half of the 19th century¹⁶. Initially, the idea was based upon Kantian liberalism alone, but later it was developed as a principle, having its own substantive and procedural aspects. Thus, several basic forms emerge in the development of the law governed state in the last two centuries. The substantive (material) law governed state, which was transformed from a liberal state in the 19th century to a welfare state in 20th and 21th century. The formal law governed state and the rule of law in its formal meaning may be positive or negative.

At the time of their emergence the main postulates of the doctrine were related to the liberal tradition. The principle of the law governed state was distinguished from the form of government. The state was based on reason, collective will and the government functions were limited to the protection of freedom, security and property and even the determination of political goals and the use of coercion were directed towards lifting the barriers before the accomplishment and independence of the individual. In its substantive and procedural aspects the *Rechtsstaat* covered the standards for legitimacy and legality. The notion of *Rechtsstaat* was affirmed as an antipode of dictatorship and despotic rule by including values such as equality before the law and human rights, which were protected against government encroachments upon freedom, as well as governance and self-governance in compliance with the law in the sense, used in liberal theories¹⁷.

In the second half of the 19th century the concept of the formal law governed state evolved within the framework of the conservative theory of the *Rechtsstaat*. The principle of the law governed state was limited to a formal concept and the value neutral approach towards the state and the legal system only led to the supremacy of the acts of Parliament, which were to be observed by the bodies of the executive. The severance of the ties between legitimacy and legality reached its completion in the classic definition of F.J. Stahl, according to which the *Rechtsstaat* did not realize moral ideals and did not express the nature of state functions and governance, but is only the means, method and nature of their implementation¹⁸. However, value neutral rule of law might be used by an arbitrary government to shield despotism with the law.

¹⁶ The expression was first used by C. Th. Welker in, 1813 and R. von Mohl developed the idea in 1829; Regarding the history and development of the notion, see E.-W. Bockenforde, *State, Society and Liberty, Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, Oxford, 1991, 47-70; O. Kirchheimer, *The Rechtsstaat as Magic Wall*, in *Politics, Law and Social Change, Selected Essays of O. Kirchheimer*, Columbia Univ. Press, New York, 1969, 429-452; R. Grote, *Rule of Law, Rechtsstaat, and "Etat de droit"*, in *Constitutionalism, Universalism and Democracy - a comparative analysis*, ed. C. Starck, Nomos, 1999, 269-306; J.-Y. Morin, *The Rule of Law and Rechtsstaat Concept: A Comparison*, in *Federalism - in - the - Making*, ed. by E. Mc Winney, J. Zaslove, W. Wolf, Kluwer, 1992, 60-85.

¹⁷ For the contributions of L. von Stein, O. Mayer and other liberals, supporting the principle, see Bockenforde, *op. cit.*, 52-58

¹⁸ According to the definition of F.J. Stahl "the state should be governed by law. It should outline the limits of state action, as well as the sphere of freedom of citizens and should, forcefully, apply the moral ideals, but not more widely than what is established in the law. This is the concept of the law governed state, but not in the sense that the state governs the legal order without administrative goals and only protects the rights of the individual. This does not mean at all an aim or substance of the state, it only determines its type and character." F.J. Stahl, *Rechts und Staatslehre*, Bd. 11, 2. Hefte, 1856, 137

The conservative interpretation of the principle has two inevitable consequences:

- guaranteeing the legality of the executive action, bound by common and rational law, makes the interference of the state in the sphere of personal freedom and property predictable and measurable;
- independence from the aims, values and forms of the state¹⁹.

When assessing the formal notion of the law governed state, we should not overlook the fact that the principle remains an antipode of the police state, but also of radical democracy, supported by the followers of J. J. Rousseau - M. Robespierre, J.P. Marat and Saint-Just in the practice of the Jacobean Convent during the Great French Revolution. It is worth acknowledging that a century before the revolution in France and 3 years after J.Bodin sovereignty doctrine popular sovereignty principle was eloquently restated by G.Buchanan in a much more tempered manner for it was balanced with the rule of law principle²⁰.

The principle of the formal law governed state was further developed and enriched by R. von Gneist. The law governed state means governance in accordance with the laws, adopted pursuant to the prescribed legal procedure and putting limits to the executive and the judiciary, as well as unity of governance and self-governance in implementing state tasks. The main contribution of R. von Gneist has been the justification of administrative justice, which exercises control over state authorities, bound by the law. In the sphere of civil liberties everybody should be fully aware of their obligations, no citizen should bear more burden than his/her fellow citizens and private law should continuously and energetically protect the individual and the property in all spheres. Governance realizes the negative formal law governed state by preserving public order, guaranteeing personal freedom and ensuring equal access to public services to citizens, complying with the conditions, set by law²¹. In the second half of the 19th century within the framework of the formal law governed state there emerged the understanding about the liability of the state and state authorities for any guilty infringement of the law against the fundamental rights of citizens.

The practical implications of the conservative notion of the formal law governed state are related to upholding legality, but ignore the substance and values, which the law should meet. Further it limits the content of the principle to the procedure for adoption, observance and application of the laws, regardless of their content. And, what is even more important, the separation of legality from legitimacy justifies different forms of infringe-

¹⁹ See F. Neumann, *The Rule of Law, Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, 1986, 182-183.

²⁰ G. Buchanan, *The Powers of the Crown in Scotland*, Austin, 1949

²¹ R.Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, 1879, 24-25

ment upon legality itself and sometimes encroachments upon human rights²².

The formal concept of the rule of law is nowadays supported by most representatives of legal positivism. According to J. Raz, the main task of the principle is to guarantee legal security in the actions of the state and other legal subjects, which can plan their activities, as long as the observance of laws increases the predictability of the results expected. Thus the principle of the rule of law has a negative function, since it protects citizens from the arbitrariness of despotic power²³. According to J. Raz, the formal content of the principle pre-supposes characteristics of the law, through which it can effectively determine the conduct of legal subjects. Legal acts should not be retroactive, they should be clear, relatively stable and created in furtherance to sustainable, open and common procedural rules. At the same time, the enforcement of legal norms should not deprive the law of its ability to determine the conduct of legal subjects through deformations in the application of the law. Above all things, these features of the law relate to the independence and the impartiality of the judiciary, accessibility of legal protection to curb the violation of the law through the discretion of the institutions, administering justice²⁴. In this way the formal law governed state and the formal rule of law concentrate upon procedural requirements, prescribed in the laws and the means for enforcement, thus isolating legal acts from social values and principles. The formal meaning of the principle has been limited to guaranteeing of legality, legal security and the reasonable expectations of legal subjects, but has ignored the problem of legitimacy in the context of the law governed state²⁵.

Types of Law Governed State

The debate in Weimar Germany added new dimensions to the nature of the law governed state.

From the standpoint of legal normate, H. Kelsen challenged the meaning of the notion of the law governed state since every state represented a legal order and was based on the law. Every state, according to him and his followers, was governed by law, thus the use of the notion law governed

²² Theoretically, the primacy of legitimacy over legality is possible, based on the legal normativism of H.Kelsen and the political decisionism of C.Schmitt, although during Nazi rule he sustained that the appointment of a Nazi or a Communist Chancellor was illegitimate and contradicted Weimar constitution, C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 1968, 61; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1945, 117.

²³ M. L.F. Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer, 1999, 92

²⁴ J.Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, *Law Quarterly Review*, N 93, 1977, 196; for the differentiation between the formal and substantive material law governed state, see also P.Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in *Public Law 1997*, 467; R.S.Summers, *A Formal Theory of the Rule of Law*, in *Ratio Juris*, 1993, N.6, 127

²⁵ J. Raz turns the rule of law into an instrument and compares it to a good knife, whose basic benefit is to cut well. The good implementation of the principle of the rule of law requires qualities, which would guarantee the effective application of legal acts. The rule of law is the substantive value of the law and not its moral value, J. Raz, *Op. cit.*, 225

state was a redundancy. The formalization of the notion and the approach of H. Kelsen, shared by H. Lasky in Great Britain, leads to the compatibility of the principle with all forms and types of state, including totalitarianism. That is how a conclusion is reached once again that the formal law governed state may justify despotism, when tyrannical power turns arbitrariness into law using value free approach to the rule of law. The formal law governed state gives a legal form to the implementation of the sovereign power, given that the government itself has submitted to the requirement to observe the law it has created. Sovereign power limits itself by the law, but the law is an expression of the power, not limited by democratic values and principles. Thus the law governed state legitimizes itself only through sovereignty, while despotic power, creating law, is not able to create legitimacy and is supported only by the fear and coercion towards citizens. Legality under the formal law governed state might lead to legitimating of despotic power. The enforcement of the laws by the state itself rationalizes governance, irrelevant from the values of democracy, which does not become more democratic under the requirement for the formal rule of law²⁶. Ultimately, the rule of law might be transformed into a rule through law.

C. Schmitt's decisionism treated legal norms as a product of a political decision. His analysis of the hierarchy of the legal system goes outside legal positivism, which leads to perfection the formal law governed state and legal exegetics and finds its place under political science. C. Schmitt defined the law governed state as a mixed form of state, since it unites, in its constitutional system, the values of liberalism and democracy²⁷. The perfect critique of the liberal law governed state, which C. Schmitt creates, does not guarantee, however, the preservation of the basic democratic values.

Totalitarianism marked the end of the *Rechtsstaat*, but long before that the reducing of this principle to legality shakes to some extent the foundations of the *Rechtsstaat*, by limiting democracies' capacity for self-defence against despotism and facilitating the establishment of dictatorial regimes in the period between the wars in Europe.

The substantive law governed state binds together the observance of the law with moral and constitutional values and principles, transcending procedural rules, valid for the creation of the parliamentary laws and other legal acts. It is compatible both with the liberal and the welfare state.

²⁶ According to M. Neumann's metaphor, the formal law governed state, which he calls the state of laws, puts people into the situation of domesticated animals or laboratory mice and the law turns into an instrument for laboratory tests, see M. Neumann, *The Rule of Law and Law and Order: Between Rechtsstaat and Gezeitsstaat* www.trentu.ca/mneumann.rulepap.html_4

²⁷ C.Schmitt, *The Liberal Rule of Law*, in *Weimar Jurisprudence in Crisis*, ed. A.Jacobson and B.Schlink, Univ. of California Press, 2001, 162

The liberal law governed state is, chronologically, the first prototype of the substantive law governed state. The essence of the rule of law reflects the liberal constitutional principles and supports the basic features of the limited, democratic and responsible government. The liberal rule of law in the USA is founded in the premise that the government decisions are to be adopted with the consent of the people. They are to be implemented, observing fundamental human rights, as well as procedures, which would prevent the establishment of a despotic rule in violation of civil freedom. The legal safeguards of human rights include judicial protection against legal acts, which are to be controlled by independent and impartial courts. Thus, in contrast to the formal law governed state, the government cannot take political decisions in a legal form, for pursuing the interests and benefit of the rulers, which are based on command of sovereign authority²⁸.

The constitutional principles of the liberal rule of law include people's sovereignty, the separation of powers, representative governance, limited and responsible governance, the control for constitutionality of parliamentary legislation and the judicial control over administrative action and legal regulations drafted by the executive bodies. The protection of fundamental rights and the constitutionally limited governance involve ensuring opportunities for broad public discussion, fair criminal proceedings, guarantees for personal freedoms, the freedom of religion, freedom of expression, assembly and association, holding free, competitive, pluralist and fair elections at regular time periods, liability of officials for infringements of laws, protection of social rights and the right to a healthy environment, civic control over the army and the security services²⁹.

Back in Weimar Germany H. Heller supported the view about the welfare law governed state³⁰. His system of ideas, including the analysis of the Weimar Constitution, presupposes interaction among the legal values, principles and norms and the objective laws of society, the ethical bases, the moral and other social norms. It is this approach, which allows us to outline the links between the social, political and legal substance of the constitutional principles, including the principle of the law governed state³¹. The welfare law governed state is a result of the effective interaction between social reality and the normative substance of law, where the state sovereignty and the separation of powers ensure the rule of law, democracy and freedom, based upon the fundament of the social ethical values, legitimizing public power. The stability of constitutional democracy is to a large extent determined by the functioning of the welfare law governed state, based on the strive for social justice and social

²⁸ See for more details Мур Дж.Н. Верховенство права: обзор, в Верховенство права, Москва, 1992, 10-53, 13-15

²⁹ Ibid., 28-47

³⁰ D.Dyzenhaus, Legality and Legitimacy, C.Schmitt, H.Kelsen and H.Heller in Weimar, Oxford, 1997 169-216

³¹ H.Heller, The Decline of the Nation State and its Effect on Constitutional and International Economic Law: The Nature and Structure of the State, in Cardozo Law Review, N 18, 1997, 1139 - 1216

equality. Thus, new features have been integrated to substantive law governed state content. The welfare state strengthens constitutional rule through including citizens in a community, which shares values and principles, legitimizing the aspiration towards exercising state power according with the social justice and individual social dignity. Those in power should justify their claim to govern by creating laws and taking normative obligations towards those under their rule. The legal order encompasses full fledged system of second generation - economic and social rights as well as social safeguards and social benefits including medical care and pension funds.

The welfare law governed state organizes the life of the population, respecting the autonomy of individual citizens and their associations, as well as fundamental human rights. The growing social differentiation increases the responsibility of the state in the field of social coordination³². The pluralism of modern societies puts the democratic state before the requirement not to limit diversity, but to create opportunities for cooperation among individuals and their associations. At the same time, the welfare state pre-supposes active citizens, trying to take part in the establishment of a democratic and fair social and political order. This participation involves the recognition of the equal right of individuals and their associations, being aware of their short-term and long-term interests in the formation of the substance of legal acts, which are product of the common, will of the members of society. Enhancing legitimate expectations by including social security is probably the most important value added effect of the social (welfare) state to the substantive rule of law.

The short overview of the evolution of the notions of the law governed state and the rule of law allows us to mark the main avenues and trends in the debate, concerning forms of the rule of law, types and patterns of the law governed state historically regarding the substance of the characteristics they include:

- A pre-modern phase, preceding the emergence of the nation state, where, as from ancient times, the different elements of the notion of the rule of law are justified;
- The early law governed state and the rule of law, introduced in the first written constitutions;
- The formal law governed state and the formal rule of law during the second half of the 19th century;
- The liberal law governed state and the liberal rule of law during the 20th century;

³² D. Dyzenhaus, *Op. cit.*, 183

- The welfare law governed state in the 4th generation of written constitutions, created after the end of World War II in Europe.
- Rule of law in the nation state and beyond within the emerging supra-national constitutional legal orders like the EU.

The main trend in the development of the substantive principle of the law governed state and the rule of law is the expansion of their meaning - each subsequent step in the evolution of the principle leads to extending the scope of characteristics. Besides, increasing of criteria or the standards in the international hard and soft law to be met by the national constitutions in order to prove the introduction of the principle of the welfare law governed state narrows the group of countries, which meet those conditions.

Dimensions and Implications of Contemporary Law Governed State

All democratic constitutions of the 4th generation, adopted after the end of World War II, and especially the German *Grundgesetz* of 1949 proclaim and confirm the substantive, as well as the procedural meaning of the principle of the *Rechtsstaat*, ensuring the unity of legitimacy and legality of political and legal systems. A brief outline of the scope of characteristics, inherent to the contemporary welfare law governed state should, however, distinguish the procedural and substantive characteristics of the law governed state from the norms of common sense and natural law, which in modern constitutionalism constitute an ingredient of the ethical and context of the law governed state.

The capacity of the political and economic system to ensure integration, inclusion and tolerance for citizens and the observance of their fundamental rights by the political institutions is necessary pre-requisites to the constitutional principle of the modern law governed state.

Principles and values of the legal system, such as people's sovereignty, the separation of powers, political pluralism, equality, fairness in exercising power and fundamental rights, are the context, under which the principle of the law governed state is applied. The substance of legal regulation should always comply with democratic values and principles. Their violation leads to deformation of the law governed state, which, although proclaimed as a constitutional principle, remains an ideal of what is due in the sphere of legal reality.

All forms of the law governed state involve the minimum substance of the principle, inherent to the formal law governed state and the formal notion of the rule of law. Their content is expressed in the requirements towards

the law and the legal acts, concerning the nature and characteristics of the creation and enforcement of the normative acts, as well as their interaction in the legal system³³.

The content and enforcement of the laws and should exclude the use of violence on the part or between physical persons as means for achieving their aims and should also frame coercion on the part of the state under legal limits, judicial restraint, representative institutions and civil society control³⁴.

The institutional safeguards for the Constitutional and parliamentary law supremacy in the hierarchy of the legal system are of considerable importance for the realization of the law governed state. Constitutional judicial review preserves and polices supremacy of the Constitution, maintaining the compliance of parliamentary legislation with the constitutional provisions (and the international treaties in most of contemporary democratic nation states where the constitution has stipulated international law primacy), prevents exacerbating political conflicts into political violence by transforming political conflict between political actors into legal dispute to be peacefully resolved, serves as a countermajoritarian check when turbulent majorities are tempted to overstep constitutional boundaries and restrict minorities or individual freedom and guarantees human rights protection. Within most of the civil law family countries administrative justice is a necessary guarantee for civil freedom and the main mechanism for ensuring the supremacy of parliamentary laws, complying with the Constitution, which determines their content, and the executive law making, individual administrative acts and the executive action. The administration of criminal and civil justice ensures the legitimate monopoly over violence, which in constitutional democracies belongs to the state alone. Weberian definition of the state as the sole monopoly of legitimate coercion, excludes pluralism or dispersion of violence between paramilitary association and guarantees that citizens will resolve their conflicts through peaceful legal means, observing fundamental rights, the Constitution, international human rights instruments and the parliamentary laws. To introduce pluralism in the area of law enforcement by coercion and permit violence to be exercised between paramilitary formations striving to achieve domination or balance in law enforcement instead of legitimate state monopoly coercion is per se the end of constitutional democracy, rule of law and modern democratic nation state. The principle of the law governed state requires accessible and effective judicial protection against the violation of rights by all the legal subjects including institutions of government and ensuring the enforcement of the obligations of legal subjects.

³³ In broad outlines the requirements for drafting laws, set by J.Raz, were expressed in Bulgaria in the Law on Normative Acts of 1974 and the decree on its implementation.

³⁴ G. de Q. Walker, Op .cit., 24 -28

The politically responsible government and the legal liability of the state and state officials for violations of rights are substantive features of the law governed state. Of course, the pre-requisites for achieving the fair justice in the context of the rule of law are the principles of independence, impartiality and fairness of the judiciary. The independence of judiciary should ensure the fair law enforcement; any pressure upon magistrates' work and acts on the part of state authorities, political parties, officials or physical persons has been prevented. No doubt telephone justice and absolute adherence to the "gramophone" or phonograph justice formula³⁵ within the civil law family judiciary does not comply with the essence of the rule of law. Using the distortion of the structural and functional principles of the system of administration of justice is also an obstacle for the application of the principle of the law governed state.

The law governed state requires fair and effective procedural guarantees for the protection of human rights and interests of citizens and to exclude arbitrary governmental action by control and containment of political institutions powers within the constitutional limitations. Among them, the constitutionalized presumptions for fair criminal proceedings occupy an important spot.

The principles of the law governed state and the rule of law after World War II are based on the primacy of international law, on the binding force and direct application of international treaties into domestic law and on the compliance of domestic legal order with the generally acknowledged norms and principles of international law. Constitutions and constitutional legislation are designed in consonance with the international and European standards established in the international hard and soft law based on the common democratic European constitutional heritage.

The real status and effective implementation of the principle of the law governed state depends to a great extent on the level of legal culture, seen as a combination of legal tradition and legal knowledge on the part of citizens and officials. The quality of legal education is also a pre-requisite to the abilities of lawyers and the capacity of the judiciary to implement the requirements, which constitute the basis of the law governed state³⁶.

As a rule, not all characteristics of the law governed state are constitutionalized³⁷. Many of them are provided in laws enacted by the parlia-

³⁵ The metaphor of phonograph justice was coined by F. Neumann. The picturesque expression connotes the prohibition of the judge made law and limitation imposed on judges within civil law family countries to enforce the laws adopted by the parliaments without interpretation. Laconically stated in each case the judge is supposed to play the tune that has been printed in the disc by the legislator., See F. Neumann, *The Democratic and the Authoritarian State*, Free Press, New York, 38

³⁶ The most extensive catalogue of characteristics of the law governed state was created by the International Commission of Jurists, see *The Rule of Law and Human Rights, Principles and Definitions*, Geneva, 1966

³⁷ First of all, these are the provisions, devoted to proclaiming the principle in Art. 4 and Art. 5, the principles of equality (Art. 6), the separation of powers, the liability of the state, the right of defense and other constitutional provisions, see Е. Друмева, *Конституционно право*, София, 1998, 127-128; At the same time, the institutional and procedural characteristics of the law governed state are regulated in the chapters, devoted to the fundamental rights and state bodies.

ment and are sometimes developed by the constitutional courts jurisprudence³⁸.

The discourse about "the rule of law" and the principles of the *Rechtsstaat* and *Etat de droit*, depends also on the legitimacy and legality relationship. Besides all other implications, all forms and modifications of the principle are also bound to produce and ensure the legality and legitimacy of the legal system. The common feature among all national models of the classic and modern notion of the rule of law is the compatibility of legitimacy and legality within a constitutional rule, based on the consent of citizens. The constitutional guarantees ensure compliance of government action with legitimacy and legality. The establishment of a range of liberal, democratic and social values, to serve as basis for the structure and functioning of the institutions, is a pre-requisite for the legitimacy of government, where state bodies exercise their powers, observing the principle of legality.

Concluding Remarks

It seems it would be much better to end this short report not by restating the conclusions but to mark some of the new obstacles and impediments confronted by the rule of law.

With constitutional democracy triumph during the last decades of the 20th century, rule of law has become a common denominator among the principles entrenched in the new constitutions. De facto this means in most of the constitutions since scholars of comparative law have counted that the constitutions adopted after 1970 outnumber the constitutions created for two centuries since the 18 century revolutions in North America and in France. Adopted as reactive documents to the ancient regimes constitutions as a scripture reflect the common European constitutional heritage while the rule of law in the living constitutions acquires the unique pattern depending on the context of the nation state tradition, history and politics.

Besides the traditional obstacles practical enforcement of the principle of the rule of law or *rechtsstaat* has to cope with new challenges. Three of them deserve special attention

In the emerging democracies constitutional design of the *rechtsstaat* confronts underdeveloped legal culture on the part of the rulers and ruled. Due to the lack of active civil society and perceptions like legal nihilism and fetishism the living rule of law abounds with unenforceable provisions

³⁸ In Germany the Constitutional Court upholds the principles of proportionality, of the opposing democracy, the cooperation among the *Landes*, etc., see D. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Univ. of Chicago, 1994, 23, 215, 101; see also A.E. Dick Howard, *The Indeterminacy of the Constitutions*, in 31 *Wake Forest Law Review*, Summer 1996, 383 -410, 389

and ineffective law enforcement. These defects of the rule of law might be cured gradually and the treatment might take generations that have lived their life in a constitutional democracy.

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

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

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

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

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

viduals or groups that do not recognize the very fabric of the principle but aim to destroy democratic societies built on the rule of law. Indeed there has not been agreement between scholars and politicians on the content of terrorism neither there has been a legal definition of this term in any international law instrument. However, considered by some of the obvious implications terrorism and the rule of law are diametrically opposites. While on the one side of the antinomy lie values like predictability, security and legitimate expectations of people on the other side the goals are to be achieved by intimidation, insecurity and unexpected harms to physical persons in order to exert pressure on government. While the constitutions and the rule of law aim to limit coercion and resolve conflicts peacefully terrorism and transnational crime apply by definition unlimited coercion in order to achieve their goals³⁹. Rule of law is a universal principle and once there is an attempt to suspend it or to impose unrestricted violence to the criminals without observing fair trial, presumption of innocence etc. there will be no guarantee that the government and law enforcement does not become a criminal himself. Leaving the area of the rule of law though for its protection though legitimated with the reason of state or constitutional dictatorship or limited emergency formulae might transform the law enforcement into criminal activity.

Constitutional democracies and the principle of rule of law seem to be ill equipped to defend themselves against terrorist and international crime threats with the legal means of peaceful conflict resolution.

РЕЗЮМЕ

Конституционные принципы - это *sine qua non* в отношении системы ценностей в уже утвержденной конституционной структуре и модель управления, принятая и одобренная населением. Задачей конституционных принципов является функциональное гарантирование прав человека и конституционного правления, с одной стороны, и гарантирование ценностей, вокруг которых достигнут конституционный консенсус, с другой стороны. Полностью состоявшаяся демократическая конституционная система не просуществует, если защита демократических ценностей, которые считаются основой формирования писанной Конституции, была или стала неэффективной. Разделение властей

³⁹ One of the best liberal definitions of constitutionalism emphasizing the constitutions role as frame of government was offered in the second half of the 19 century in the US by John Potter Stockton " The constitutions are chains with which men bind themselves in heir sane moments that they may not die by a suicidal hand in the day of their frenzy.", J.E.Finn, *Constitutions in Crisis*, Oxford University Press, 1991,5

может стать орудием ограничения политических свобод и индивидуальных прав, если институты различных властей действуют раздельно. Содействие конституционной демократии требует приспособления ценностей и принципов к социальным реалиям, чтобы демократическая конституционная система не ослабела, что может привести к тому, что она (система) будет не в состоянии защищаться от вызовов трансформаций в современном глобальном мире.



PROTECTION OF THE CONSTITUTIONAL VALUES FROM CIVIL SOCIETY THROUGH THE CONSTITUTIONAL REVIEW

SOKOL BERBERI

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Albania

Introduction

When I was introduced to the main theme of this conference, I tried to reflect on what issues I could focus on. "Fundamental Constitutional Values and Public Practice" could be approached from several angles and include specific matters. Many of these viewpoints would be very much of interest to be dealt with. I believe that the honorable colleagues will refer to many aspects of the theme in their presentations.

In this short presentation I would like to address some issues related to the role of civil society in promoting constitutional values through the constitutional review in an Albanian context. I selected this topic for several reasons which I shall mention later.

At the beginning, I will present which are the constitutional values and principles underpinning the Albanian constitutional system, and how they are referred to in the case law of the Constitutional Court; next I will refer to some matters where the role of civil society in promoting constitutional values is emphasized; and last I will present how the Albanian Constitution has regulated the right of access to the Constitutional Court of organizations and social groups and what is the current practice of addressing the Court.

Civil society is used in a broad sense, to include all organizations and associations that exist outside of the state. This would include NGO's, cultural, political, social and religious groupings, as well as the labour unions.

Constitutional Democracy and values

Albania, as other countries of Eastern Europe, starting from 1990 has carried out important constitutional reforms in order to leave behind a totalitarian system and build a system of constitutional democracy. At the outset, back in 1991, a package of constitutional provisions was approved, which operated until the entry into force of the new Constitution approved by a referendum in November 1998.

The Constitution recognizes and stipulates values and democratic principles already accepted by western countries. It also reflects constitutional developments, in particular those gearing towards the Constitutional justice. The building of constitutional institutions and the relationship among them is carried out taking into account the specific characteristics related to tradition, history and the Albanian context.

Almost in all political systems, which enter into democracy following an authoritarian and totalitarian experience, there is a strengthening of guarantees, including the judicial ones. The experience of a non-democratic regime, quite understandably, urges the constitutional organs of the new democracy to ensure protection from any eventual return to the past, and thus to strengthen the judiciary - a classical guarantee. Therefore the new democracies are inclined to favor a general strengthening of the judiciary¹. Albania is no exception from this trend.

The first Albanian Constitutional Court was established in 1992². The project of constitutional justice was inspired from the ideas of the Italian and to some extent of the German constitutional justice. The 1998 Constitution brought about changes in the constitutional justice. This Constitution, inter alia, did not provide the Constitutional Court with an active role to initiate proceedings ex officio, and limited the jurisdiction of constitutional review in some directions.

The constitutional values and principles upon which the constitutional system is based on in Albania are pointed out and emphasized in a number of judgments of the Court.

In a recent Decision³ the Court in its examination of the constitutional function of the Parliament stated that the Albanian Constitution does not recognise the supremacy of a power or a constitutional organ over other powers of the State. The **constitutional Democracy** established with the Constitution is based on the rule of law, the principle of the separation and balance of powers and the respect of human rights and fundamental freedoms.

Rule of law is a fundamental constitutional principle, but rather than explicitly stated, it is implied as being the pillar of the constitutional system. When trying to analyze this standard, the Albanian Constitutional Court, affirmed in a 2007 judgement that: "The case law of the Constitutional Court of the Republic of Albania refers to the concept of legal certainty, of the acquired right, of the legitimate expectation, and of the confidence of citizens in the state, to the principle of the rule of law, a principle that has been sanctioned by article 4 of the Constitution and

¹ Magalhães P., *The politics of judicial reform in Eastern Europe*, in *Comparative Politics*, XXXII, 1999, 43-62.

² The Law on Constitutional provision no.7561, date 29.04.1992.

³ Decision 12/2008

that should be understood and interpreted as closely related to the aspiration affirmed in the Preamble of the Constitution, where it has been enshrined the determination of the Albanian people to "... build a social and democratic state, based on the rule of law." The principle of the rule of law that has been guaranteed since the very beginning of our Constitution - in its Preamble - is one of the most fundamental and crucial principles of the democratic state and society⁴.

The principle of separation and balancing of powers constitutes another fundamental principle of the Constitution. The Constitutional Court has analyzed this principle in some of its decisions.

One of the most important and usual duties of the constitutional justice, regardless of the system applied, is **the protection of constitutional standards of the fundamental human rights and freedoms**. These rights should firstly be protected by the lawmaker. In a number of its decisions, the Albanian Constitutional Court has interpreted the constitutional standards concerning the limitations of the rights of individuals⁵; limitation of the constitutional rights only by a law adopted by the lawmaker⁶; limitation for the public interest or for the protection of the rights of others⁷; respect of the principle of proportionality⁸; non-infringement of the essence of rights and freedoms and, in no case, the exceeding of limitations provided for by the ECHR⁹.

The principle of equality, enshrined in Article 18 of the Constitution, requires that all citizens are equal before the law, not only with regard to their rights provided in the constitution but also with regard to their rights deriving from other legal acts. This principle requires inter alia the non-discrimination of citizens who are in similar conditions without reasonable justification. This principle requires that everybody is treated in the same way; however it does not stipulate prohibitions of differentiated treatment when individuals and groups are not in the same situation¹⁰.

The process of the democratic reform does not end with the recognition and stipulation of constitutional values and principles in the Constitution. This is only the beginning of a long process. The main change will occur, I believe, when stipulated constitutional values become a part of culture and behavior in the society and when public life and practice will be closer to the concept of the constitutional norm.

The project about the transformation of the government and of the Albanian society, according to the accepted normative model requires con-

⁴ See Decision nr.9/ 2007 of the Constitutional Court.

⁵ Article 17 of the Constitution of the Republic of Albania.

⁶ Decision nr. 20/2006 of the Constitutional Court.

⁷ Decision nr.30/2005 of the Constitutional Court.

⁸ Decision nr.16/2004 of the Constitutional Court.

⁹ Decision nr.65/1999 of the Constitutional Court.

¹⁰ Decision nr. 9/2007 of the Constitutional Court.

tinuous attempts from all actors both governmental and non governmental actors (civil society). Below I will deal with some issues which relate to the role of civil society for the protection of constitutional values focusing on the possibilities which the Constitution has recognized to non governmental organizations to initiate a proceeding before the Constitutional Court.

Civil Society and Constitutional values

It is not the purpose here to conduct a thorough analysis of the role of the civil society but only to emphasize the role that this actor plays in the process of democratic transformation and protection of constitutional values in Albania. This is based on several reasons.

Many societies in the East and West encounter today an essential question: how to reconcile tensions between the private and the public, between the individual and the society, between public ethics and private interest. Despite of the many differences these societies share a common perspective: the civil society is considered as a potential mediator among these conflicting forces which might endanger the social cohesion and stability.

This role of the civil society acquires a special importance. The experiment of the establishment of an authoritarian communist system in our society has severely damaged the social cohesion. The consequences of such an experiment continue to generate conflicts and contradictions and impede the establishment of a common area where various social groups could cooperate to foster democratic reforms.

The constitutional and moral values in different situations compete with each other. The role of civil society and of the citizens in the modern world is the reconciliation/harmonization of justice and solidarity, the private interest and the common good, the unifying citizen interest and collective differences, tolerance and cultural diversity, multiculturalism and integration.

A liberal democratic constitution gives a particular priority to some rights, freedoms and opportunities specifically related to the requirements of the common good. These basic rights should take priority for reasons of the plurality of concepts about the good life and because of the requirements deriving from freedom and tolerance determined by democratic institutions. The idea of the "shared liberal political values" is essential. These values form the essence of liberal democratic citizenship. The creation of a common identity based on democratic citizenship performs a vital integrative function and is in fact the basis of social unity. In this perspective the role of civil society is viewed with regard to the contribution to preserve these unifying values of the liberal constitutional democracy.

In a constitutional democracy, the normal route of conflict resolution is the judicial one. In this perspective the Constitutional justice plays an important role. Non governmental group and organizations are probably the most interested actors to access the constitutional adjudication. The political organs (the parliament and the government) naturally are more focused in addressing economic, social, security problems and may lack the necessary attention concerning the boundaries that the Constitution provides with regard to their political discretion. Hence the civil society plays the role of a watchdog to preserve and request the respect of the constitutional values. The normative regulation of the values of the constitutional democracy is a precondition to the role of civil society, which then plays a special role to put into life this normative concept.

Now I will present how the Albanian Constitution has regulated the right of access to the Constitutional Court of organizations and social groups and what is the practice of the exercising of this instrument.

The *Locus Standi* of Civil society organizations before the Constitutional Court

According to the Constitution, the right to invest the Constitutional Court in reviewing the unconstitutionality of law is enjoyed only by a specified category of applicants. These applicants can be divided into three categories: a) high state organs; b) organizations and different legal entities; and c) ordinary courts. The applicants that fall into the first category are: the President of the Republic; the Prime Minister; not less than 1/5 of the MPs; the Head of the High State Audit. From this category, the applicants who have more often addressed the Constitutional Court are 1/5 of the MPs.¹¹ the Albanian Constitution has not recognized to the individuals the right to directly address the Constitutional Court requesting a constitutional review of a certain law¹². In the second category are included: the People's Advocate¹³; local government organs; organs of religious communities; as well as 'other' organizations¹⁴. The applicants who fall into this category have the right to address the Constitutional Court requesting the proclamation of unconstitutionality of laws only for issues related to their interests. The courts of ordinary jurisdiction have been placed to the third

¹¹ During the period 1992 - October 2007 there have been presented 76 applications pretending for the unconstitutionality of laws: the President of the Republic has presented no applications; the Prime Minister has presented three applications; 1/5 of the deputies 11 applications; and the Head of High State Audit only one application.

¹² Even from this view point, the drafters of the Constitution have reflected a restricted approach for the investment of constitutional judgment.

¹³ Constitutional Court has not had a consolidated approach regarding the legitimacy of the People's Advocate to pretend before this Court for the unconstitutionality of laws. A more obvious position concerning this issue has been defined in the court decision nr. 40/2007.

¹⁴ In spite of being public authorities, the People's Advocate and the local government organs have the right to be addressed to the Constitutional Court pretending for the unconstitutionality of laws only for issues related to their interests.

category. The courts have the right to refer to the Constitutional Court asking for its opinion about the constitutionality of a certain law to be applied in the concrete case (the incidental way - referral or preliminary ruling)¹⁵.

a. The interpretation of the Constitutional Court as regards the *locus standi* of the organizations

The Constitution and the jurisprudence of the Constitutional Court require that for an organization to have *locus standi* before the Court it should demonstrate that it has a link and an interest with the legal act for which it submits a claim for constitutional review. (Dec nr.9, date 19.03.2008). The interest should be related to the violated right, to the real or potential damage which the norm has or might create and not as to the theoretical premises over the unconstitutionality of the norm which has brought about the breach of interest.

Thus the Court makes it a condition for an organization to prove and argue before it "the interest" in a particular case. More specifically, regarding the interest, the Court demands that the applicant demonstrates how and in what manner the applicant can be affected in an aspect of his/her situation; thus he has to prove the direct and individualized link existing between his/her situation and the particular legal norm being disputed. (Dec. no. 16, date 25.07.2008)

As regards the type of organizations which might address the Court, it has clarified that the term "other organizations" stipulated in Article 134/1/f, comprises organizations other than political organizations. The latter conclusion is supported by several constitutional provisions which include the term 'organization' including political organization, trade unions, association in organizations to pursue a lawful aim, or to protect their interest and identity of minority groups etc. Thus, the term organization in the Constitution refers to associations, foundations or any type of other organization which pursue political, economic, and social or any other lawful goals. (Dec 16, dated 25.07.2008)

The Constitutional Court has, on a number of cases accepted the *locus standi* of organizations (dec no.9/2007; no.11/2007; no.35/2007; no.41/2007; no.9/2008, etc.). The assessment whether a particular organization has an interest is carried out on a case by case basis, depending on the particular circumstances of each case. However as already stated above the interest to address the Court must be certain, direct and individualized.

¹⁵ Article 145 of the Constitution of the Republic of Albania.

b. Trends of growing number of applications from Organizations

The applications for unconstitutionality of laws submitted by the subjects of the second category, for the period 1992 - 2007, occupy 34% of the total number of applications. The majority of them have been submitted by NGO-s (26%).

By comparing the last years' figures, it can be observed a rising tendency of NGO-s' applications requesting the unconstitutionality of laws. I would like to interpret this fact as the civil society being more confident of the Constitutional Court. Several researchers have analyzed the role of the groups of interest in this direction. According to one point of view, this can be explained by the democratization of the access to the constitutional justice, as well as by the establishment of supportive structures for the citizens, created by financially supported organizations and legal studios specialized in the field of protection of civil rights (Epp C. R. 1999). In cases when the elite and the general public see the legislative as being no longer productive, and when the legislative process is relatively closed (i.e. not comprehensive), they shall be addressed to the judiciary (Tate C.N. and Vallinder T. 1995).

c. Cases before the Court - Actions brought by Organizations

Several types of organizations have addressed the Court since 1999 being those business associations, trade unions, human rights organizations, other groups of interest

Business organizations/groups of interest

Starting from 1999, an increasing number of interest groups or business associations have addressed the Constitutional Court such as the Chamber of Commerce and Industry in Vlora (Dec. 64/1999) requesting the declaration as unconstitutional and subsequent abrogation of a Council of Ministers' decision on Procedures and licensing the trade of oil, gas and their sub products. The Association of Investors and Industry of Albania (Dec 135/2002) requesting the declaration as unconstitutional of some articles in the Law on taxes on revenues and in the Law on Taxation procedures; The Association of Constructors (Dec 4/2003) requesting the declaration as unconstitutional of a Council of Ministers Decision concerning the immediate prohibition of activities related to the exploitation of rivers' sand".

The Union of Journalists (Dec 34/2003) requesting the declaration as unconstitutional of an Order of the Prime Minister concerning communication with print and electronic media"; Association of Former owners

(185/2001; 30/2005) requesting abrogation of certain articles of property laws affecting their right to property, The Association of Constructors, Konfidustria, Association of Hydrocarbons, Association of Foreign investors, the Albanian-British Chamber of Commerce requesting the unconstitutionality of a provision in the law on duties procedures in Albania (Dec 16/2008) affecting their right to due process of law, etc.

Organizations of Public officials

The Association of Mayors (27/2000) requesting the declaration as unconstitutional of certain Articles of a Decision of Council of Ministers on Financial Control; the National Chamber of Public Notary (3/2005) requesting the declaration as unconstitutional of some provisions in a law on public notary, The National Association of Judges requesting before the Court the abrogation of a provision of the Law on the organization of the judiciary allegedly affecting their independence.

Watchdog organizations

Helsinki Committee (dec 15/2003) requesting the declaration as unconstitutional of particular terms in the Criminal Code.; (dec 25/2003) or Code of Civil Procedure; Helsinki Committee and the Albanian Group of Human Rights (dec 20/2006) requesting the declaration as unconstitutional of a decision of the Council of Ministers to avoid nepotism among the public administration allegedly violating the principles of discrimination and equality before the law.

Some Conclusions

In this short presentation I tried to emphasize the idea that the project aiming at the transformation of the government and the Albanian society into a constitutional democracy, according to an accepted normative model, requires continuous attempts. The recognition and stipulation of constitutional values and principles is only the beginning of such a process.

From this perspective, the role of the civil society in protecting constitutional values is very important. Constitutional democracy needs a vibrant civil society to act independently of and as a watchdog over government - especially in relation to delivery of constitutional goals.

As already demonstrated from the practice of the Albanian Constitutional Court, there is an increasing number of organizations and groups of civil society that have successfully put into motion this Court. This shows a positive trend and is indicative of an increase of faith towards constitutional review.

In this presentation I also tried to show that the affirmation of the essential elements of constitutionalism represents a precondition as to the role of the civil society. To support this view, I would like to quote a distinguished scholar who articulated the meaning of a 'democratic' form of constitutionalism: "Modern constitutionalism in the western democracies has generally involved the idea of a civil society organized and governed on the basis of a written body of 'constitutional' law. A 'democratic' constitution embodies a conception of the fundamental rights and obligations of citizens and establishes a judicial process by which claims may be litigated. The function of a judiciary is to interpret the constitution and to authorize the enforcement of its decisions. Pragmatically, it seeks to strike a 'delicate balance' between the rights and freedoms of 'the governed' and the exigencies of effective government"¹⁶.

РЕЗЮМЕ

Трансформация государства и албанского общества в конституционную демократию - сложный и продолжительный процесс. Признание и принятие конституционных ценностей и принципов - только начало такого процесса. Весьма важна роль гражданского общества в защите конституционных ценностей. Конституционная демократия нуждается в таком обществе, которое бы действовало независимо и как сторожевой пес следило за Правительством. По словам одного известного ученого, "современный конституционализм в западных демократиях включает в себя идею гражданского общества, организованного и управляемого на основе конституционного права". Демократическая Конституция отражает концепцию фундаментальных прав и обязанностей граждан. Функция права - толковать Конституцию и давать законную силу решениям, принятым на основании Конституции.



¹⁶ Alan S. Rosenbaum, "Introduction", in *Constitutionalism: The Philosophical Dimension*, ed. Alan Rosenbaum (New York: Greenwood Press, 1988), 4.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ЦЕННОСТИ В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИИ: ОПЫТ РАЗРЕШЕНИЯ СОЦИАЛЬНЫХ ПРОТИВОРЕЧИЙ И КОНФЛИКТОВ

НИКОЛАЙ БОНДАРЬ

судья Конституционного Суда Российской Федерации

Проблема конституционных ценностей в практике конституционного правосудия, в частности при разрешении социальных противоречий и конфликтов, может рассматриваться в различных аспектах: с общетеоретических позиций конституционной аксиологии, что связано с выявлением существа, содержания и системы конституционных ценностей, характера их влияния на юридическую, в том числе судебную-правовую практику; в прагматическо-прикладном плане, имея в виду необходимость разработки инструментария применения органами конституционного правосудия конституционных ценностей при решении конкретных дел.

К оценке проверяемых на соответствие Конституции правовых норм необходимо подходить *конкретно*, в том числе когда приходится оценивать их с позиций *абстрактных* конституционных ценностей. Для этого необходима разработка *практической конституционно-судебной аксиологии*.

Очевидно, что практическая аксиология конституционного правосудия должна строиться на непротиворечивых научно-теоретических представлениях о конституционных параметрах ценностной модели общества и государства, которая, в свою очередь, функционирует и развивается при активном участии судебной-правовых субъектов конституционного контроля. Соответственно, достоверное установление юридически значимых свойств конституционных ценностей как судебной-правового фактора конституционного контроля предполагает проведение конституционного измерения самого по себе феномена ценностей.

1. Феномен ценностей в современном конституционализме: основные измерения.

“Ценность” - понятие универсальное и многомерное, оно охватывает

все области и уровни социальной жизнедеятельности, в том числе - находящиеся в сфере конституционно-правового воздействия.

Формирование ценностных подходов к тому или иному явлению (объекту) требует генерирования оценки, то есть субъективно-волевого действия, направленного на признание за объектом в соответствии с избранным масштабом и критериями определенной полезности, объективной и (или) субъективной необходимости. Следовательно, значимость объекта (явления), выраженная через его ценность, генерируется наличным (реальным) отношением между этим объектом и оценивающим его субъектом. Это позволяет обнаружить ("снять") в сфере конституционного регулирования некий идеализированный слепок (модель) *аксиологических конституционных начал и отношений*, которые имеют непосредственное нормативное оформление в конституционном законодательстве.

1.1. В рамках этих отношений обнаруживается, прежде всего, *ценность самой по себе Конституции* как акта, устанавливающего свод коренных ценностных императивов государственно организованного общества, а также более конкретных конституционных нормативов, утверждающих ценностные основы правопорядка в отдельных сферах общественной жизни и составляющих конкретные ценности Конституции.

Ценностное значение Конституции позитивируется в ее учредительных свойствах, верховенстве, высшей юридической силе, прямом действии, особом порядке ее принятия и изменения.

Как следует из практики Конституционного Суда РФ, это означает, в частности, что Конституция РФ является конституирующим актом в отношении всей правовой системы государства, включая конституции (уставы) субъектов Российской Федерации - их учредительный характер обусловлен учредительным характером Конституции РФ¹; верховенство, высшую юридическую силу и прямое действие имеют все и каждое положение Конституции РФ, при том, что их приоритет в правовой системе Российской Федерации распространяется на все существующие в ней нормативные правовые акты, включая и те, которые сама Конституция упоминает в качестве используемых наряду с ней регуляторов общественных отношений (Федеративный договор)². Из этого вытекает и другой вывод, сделанный Конституционным Судом РФ: обладая возможностями "оживлять" Конституцию, развивать ее без изменения текста, Конституционный Суд в то же время не вправе проверять конституционность самой Конституции, ее отдельных положений ни по каким параметрам, в том числе на соответствие основам конститу-

¹ См.: Постановление КС РФ от 18 июля 2003 года №13-П // СЗ РФ. 2003. №30. Ст.3101.

² См.: Постановление КС РФ от 9 января 1998 года №1-П // СЗ РФ. 1998. №3. Ст.429.

ционного строя Российской Федерации, несмотря на повышенную юридическую силу норм главы 1 Конституции РФ (ч. 2 ст. 16)³.

1.2. Вместе с тем ценностная значимость присуща не только Конституции в целом как юридическому акту. Она выражается и в материальном содержании закрепленных в Основном Законе целей, принципов и норм, которые выступают по своей природе не только нормоположениями регулятивного характера, но и отражением фактически сложившихся в обществе представлений о социальных приоритетах и наиболее оптимальных моделях обустройства соответствующих областей общественной и государственной жизни, то есть, иными словами, нормативно оформленными общественными интересами, связанными с достижением сбалансированной индивидуальной, общественной и государственной полезности.

В концентрированной форме ценности Конституции РФ изложены в ее главе 1, которая устанавливает основы конституционного строя Российской Федерации. К ним относятся, в частности, ценности демократии (ч. 1 ст. 1), федерализма (ч. 1 ст. 1, ст. 5), правовой (ч. 1 ст. 1) и социальной государственности (ч. 1 ст. 7); республиканизма (ч. 1 ст. 1); народного (ст. 3) и государственного суверенитета (ст. 4); единства государственной власти (ч. 3 ст. 5) и функционального разделения ее органов (ст. 11); местного самоуправления (ст. 12); признания прав и свобод человека и гражданина (ст. 2); свободы экономической деятельности (ч. 1 ст. 8); идеологического (ч. 1 ст. 13) и политического многообразия (ч. 3 ст. 13); многопартийности (ч. 3 ст. 13); светскости государства (ст. 14).

Ценностный характер соответствующих конституционных положений, как, впрочем, и иных установлений Конституции, был неоднократно подтвержден в практике Конституционного Суда РФ, который активно задействует аксиологический потенциал конституционных норм для формирования правовых позиций по конкретным делам и разрешения конституционно-правовых споров.

1.3. Еще одна разновидность аксиологических начал современного конституционализма связана с генерированием *конституционных ценностей*, прежде всего, как результата конституционно-оценочной деятельности судебных органов конституционного контроля.

В этом случае конституционные ценности, в отличие от ценностей самой по себе Конституции, не имеют прямого текстуального конституционного оформления, не являются формальными, эксплицитными установлениями Основного Закона; их конституционное признание и значение коренятся в глубинном содержании и системно-семантичес-

³ См.: Определение КС РФ от 1 апреля 1996 года №13-О // Архив КС РФ. 1996.

ких взаимосвязях нормативных положений Конституции. Соответственно, их конституционная значимость требует герменевтического выявления и позитивного оформления в процессе конституционно-контрольной деятельности судебных органов (по крайней мере, на уровне актов официального толкования или истолкования Основного Закона).

В практике Конституционного Суда РФ получил свое обоснование целый ряд формально не поименованных в Конституции РФ конституционных ценностей, оказывающих организующее воздействие на соответствующие общественные отношения, включая такие конституционные ценности, как: справедливость и правовая определенность⁴, стабильность и определенность публичных правоотношений, обеспечение стабильности условий хозяйствования, поддержание баланса публичных интересов государства и частных интересов субъектов гражданско-правовых отношений⁵ и др.

Таким образом, в современном конституционализме феномен ценностей проявляется в *трех основополагающих измерениях*: а) сама по себе Конституция как ценность; б) получающие прямое закрепление в нормах и институтах Конституции ценности; в) имплицитно выраженные конституционные ценности как результат практической конституционно-судебной аксиологии.

В этом плане конституционные ценности - не только инструментальное средство нормоконтрольной деятельности органов конституционного контроля, но и, в определенной мере, результат такой деятельности. Это становится возможным в силу особых юридических характеристик решений Конституционного Суда как источников права.

2. Конституционные ценности - категория действующего права.

Конституционные ценности являются категорией действующего права, выполняющими в том числе *регулятивные и (или) охранительные функции*. Это вытекает как из их собственных (конституционно-правовых) характеристик, так и из особенностей деятельности Конституционного Суда как квазиправотворческого органа.

Специфика нормативной энергии конституционных ценностей такова, что они имеют предметом (сферой) своего влияния, прежде всего, *нормативные величины наиболее высокого, абстрактного уровня - общие принципы права, конституционные принципы, статусно-категориаль-*

⁴ См.: Постановление КС РФ от 16 мая 2007 года №6-П // СЗ РФ. 2007. №22. Ст.2686.

⁵ См., напр.: Постановление КС РФ от 27 апреля 2001 года №7-П // СЗ РФ. 2001. №23. Ст.2409; Постановление КС РФ от 10 апреля 2003 года №5-П // СЗ РФ. 2003. №17. Ст.1656; Постановление КС РФ от 14 июля 2005 года №9-П // СЗ РФ. 2005. №30 (ч.2). Ст.3200; Определение КС РФ от 21 апреля 2005 года №191-О // ВКС РФ. 2005. №6; Определение КС РФ от 8 февраля 2007 года №381-О-П // ВКС РФ. 2007. №5.

ные характеристики субъектов конституционного права и конституционных явлений и т.п. С помощью конституционных ценностей происходит, своего рода, *приращение и актуализация нормативного содержания соответствующих норм, институтов, принципов*, а также *установление их сбалансированного взаимодействия*. Это особенно важно, если иметь в виду, что Конституционный Суд нередко сталкивается с ситуациями, когда возникают противоречия между представлениями о различных конституционных принципах, да и конституционные принципы могут быть внутренне противоречивы⁶. Достаточно отметить такие, нередко вступающие друг с другом в конфликт конституционные принципы, как, например: принципы правового государства и социального государства; принципы свободы и ответственности; принцип единства государственной власти и принцип федерализма и т.д.

Нормативно-правообразующее значение конституционных ценностей проявляется и в том, что с их помощью Конституционный Суд выявляет и оценивает правовые модели организации тех или иных сфер общественных отношений, преодолевает пробелы и дефекты в правовом регулировании и, одновременно, определяет тенденции развития конституционных отношений, обосновывает конституционную стратегию совершенствования законодательства по направлениям, попавшим в сферу конституционного нормоконтроля. Весьма характерным в этом отношении является Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 года №2-П⁷, предметом рассмотрения по которому стал по существу институт надзорного производства в гражданском процессе, в том виде, в каком он был урегулирован на тот момент ГПК РФ. Установив наличие нарушения оспариваемыми законоположениями конституционных принципов правосудия и ценностей судебной защиты прав граждан, Конституционный Суд указал, что признание соответствующих положений противоречащими Конституции РФ и утратившими силу создавало бы такой пробел в правовом регулировании, который в данном случае не может быть устранен непосредственным применением Конституции РФ и требует внесения системных изменений в действующее законодательство о судостроительстве и о гражданском судопроизводстве. Поэтому, опираясь на вытекающие из преамбулы и статей 1 (часть 1), 2, 15 (части 1 и 4), 17, 18, 19, 46 и 118 Конституции РФ ценности правовой справедливости и основанный на них принцип справедливости судебных актов, Конституционный Суд принял решение - в целях защиты основ конституционного строя Российской Федерации, прав и свобод человека и гражданина, поддержания баланса конституционно защищаемых ценностей и с учетом объектив-

⁶ См.: Гаджиев Г. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. - С.26.

⁷ См.: СЗ РФ. 2007. №7. Ст.932.

но сложившихся реалий - воздержаться в указанном деле от признания оспариваемых законоположений не соответствующими Конституции РФ в той части, в какой ими предопределяется множественность надзорных инстанций, возможность неоднократного пересмотра судебных постановлений, принятых в порядке надзора, неопределенность сроков надзорного обжалования и производства. При этом в названном Постановлении была сформулирована развернутая программа реформирования института надзорного производства в целях приведения его в соответствие с Конституцией РФ и европейскими стандартами правосудия.

3. Конкуренция конституционных ценностей в современном глобалистском мире.

Нормативные начала конституционных ценностей, обобщенно говоря, проистекают из их объективной социальной значимости для народа, волей которого они утверждаются в качестве первичного и безусловного основания как для правовой системы государства в целом, так и для каждой ее юридической нормы. В свою очередь, социальная значимость конституционных ценностей состоит в том, что выраженные в них социальные объекты (цели, интересы, отношения, институты и т.п.) обеспечивают наиболее оптимальное (эффективное, прогрессивное) развитие общества на основе мирного и комфортного сосуществования не только различных общественных сил внутри государства, но и данного конкретного народа с другими народами.

Соответственно, конституционные ценности обусловлены внутренней и внешней социальной средой, а потому при их анализе следует учитывать, в том числе складывающиеся закономерности международных отношений и тенденции общепланетарного развития, которые воздействуют и на становление (формирование) конституционных ценностей, и на порядок их реализации. В то же время необходимо принимать во внимание, что сам по себе международный социально-правовой порядок, будучи производным от взаимодействия между суверенными волями равноправных народов мира, выступает, своего рода, результирующей от соотношения и сбалансирования фактических национальных конституционных ценностей государств мирового сообщества.

Одной из фундаментальных закономерностей и тенденций современного этапа развития человечества следует признать глобализацию, процессы которой, следовательно, оказывают прямое влияние на систему конституционных ценностей и их иерархические характеристики.

Процессы реализации конституционных ценностей в современных условиях глобализации могут быть представлены в различных аспектах:

а) институциональном, правотворческом, состоящем в сближении правовых систем современности на основе признания единых, универсальных для демократического мира конституционных ценностей; б) правореализационном аспекте, где особый интерес вызывает формирование наднациональных юрисдикционных органов, основывающих свою деятельность на признании и защите демократических конституционных ценностей; в) в аспекте утверждения новой правовой идеологии, нового типа правосознания и правовой культуры, что выражается, в том числе, в унификации правовых ценностей и сближении фундаментальных характеристик национальных правовых культур; г) в конституционализации общепризнанных принципов и норм международного права и на этой основе - проникновение внутригосударственных юридико-правовых начал в сферу международных отношений и др.

Важное значение в этом плане имеет уяснение ценностных критериев и ориентиров, лежащих в основе правовой глобализации и, соответственно, правового прогресса демократических государств, имея в виду признание в качестве, своего рода, аксиомы современного правового глобализма, что эти процессы должны развиваться в направлении *юридизации свободы, власти, собственности* как основополагающих компонентов современных социально-политических и экономических систем.

При всем том, что каждая эпоха неизбежно вносит свои коррективы в систему ценностей, на которые она ориентируется, представляется, что аксиологической и - во многом - *праксиологической основой правовой глобализации* являются и, безусловно, должны сохраняться имеющие всеобщее признание *универсальные конституционные ценности современной демократии* как общее достояние человеческой цивилизации. В их ряду - ценности свободы и прав человека, социальной справедливости и равенства всех перед законом, правового социально-государства, разделения властей, политического, идеологического и экономического плюрализма и др.

При этом в условиях конституционализма конституционные ценности демократии не могут рассматриваться (и, надо признать, существовать) вне связи с суверенитетом государства. Именно суверенная воля народа, выраженная в государственном суверенитете, является основанием для утверждения и реализации демократических ценностей как в правовой системе государства, поскольку признание за народом суверенитета воли и высших прав составляют существо конституционной демократии, так и в системе международного права, которое составляет продукт межгосударственного общения, то есть, в конечном счете, продукт взаимодействия облеченных в государственную

форму равноправных и суверенных народов. Вместе с тем демократия определяет качество и пределы суверенитета наций, народов, государств. В этой связи ценностной основой современного конституционализма может быть признана суверенная демократия как симбиотическая ценность, олицетворяющая собой признание за каждым народом мира права и возможности утвердить такую систему государственного устройства, которая обеспечивает управление делами государства на основании и в соответствии с волей народа, его традициями и культурой, в целях наиболее полного и эффективного удовлетворения интересов народа. Следовательно, суверенная демократия выражает одновременно и универсальность демократических ценностей, и специфичность их проявления в различных социокультурных условиях. Это предполагает, что ни одному народу не может быть продиктовано придать той или иной демократической ценности такое значение, которое за ней не признается самим народом, если только иное не влечет за собой угрозу для мирного существования мирового сообщества или его членов. Это предполагает также, что нормативно закрепленные во внутригосударственном праве демократические ценности, включая столь важную из них, как признание прав и свобод человека и гражданина, не могут абсолютизироваться, а, напротив, должны истолковываться и применяться сообразно с общей системой конституционного регулирования, основанной на национальной традиции.

Для современной государственно-правовой действительности, с точки зрения глобалистских тенденций ее развития, принципиальное значение имеет вопрос об иерархических связях и зависимостях в системном ряду соответствующих конституционных ценностей, о ценностных приоритетах в рамках процессов правовой глобализации. В наши дни актуальным является, в частности, вопрос о том, *являются ли глобалистскими приоритетами свобода и права человека или же в основу таких приоритетов должны быть положены ценности безопасности?*

Еще недавно основой интернационализации, сближения правовых систем, в том числе в направлении формирования единого правового пространства в Европе, безоговорочно признавались права человека. Благодаря имманентно присущей им ценностно-интегративной функции, права человека приобрели наднациональный, интернациональный характер. Их признание на международном уровне и закрепление в нормах международного права лишь усилило всеобщность и обязательность заложенных в них требований в масштабах всего мирового сообщества. С момента *международно-правового признания права человека* как общесоциальная категория приобрели новое, дополнительное качество: они стали международными правами человека, получили четко выраженные нормативно-правовые начала международно-правового характера, что способствовало, в свою очередь, формирова-

нию международного права прав человека, международного гуманитарного права и позволило ретранслировать национальный ценностно-правовой потенциал в общемировом масштабе.

Принципиально иная ситуация сложилась на рубеже XX-XXI веков. На смену интернационализации на основе демократических ценностей приходит тенденция глобализации на основе критериев (принципов) безопасности личности, общества, государства.

Однако можно ли рассматривать сами по себе ценности безопасности в качестве универсальных основ правового прогресса, интеграции социокультурных систем современности? Положительный ответ на этот вопрос представляется, по меньшей мере, спорным. И прежде всего по той причине, что при очевидной конкуренции конституционных ценностей прав и свобод человека, с одной стороны, и безопасности, с другой, вряд ли правильным является их полное - как это чаще всего случается - противопоставление.

"Безопасность" – категория конституционная, нормативно-правовое содержание которой не ограничивается чисто публичной направленностью (на общество и государство); понятие безопасности призвано отражать *состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства* на основе последовательного обеспечения их баланса. Уже поэтому категория безопасности призвана отражать как публичные, так и частные интересы в их взаимосвязи и сбалансированности. Не случайно Конституция РФ в ст. 56 (ч. 1) определяет в качестве равнозначимых оснований возможных ограничений прав и свобод в условиях чрезвычайного положения: а) "обеспечение безопасности граждан" и б) "защиту конституционного строя". Одновременно Конституция достаточно детально отражает различные стороны, во-первых, *правовой (юридической) безопасности личности*, имея в виду физическую безопасность (статьи 20-23, ч. 2 ст. 63), информационную безопасность (ст. 24, 29), экономическую безопасность (ст. 34, 35), экологическую безопасность (ст. 58, п."е" ст. 71) и т.п., во-вторых, *безопасности государства*, высшим проявлением чего является суверенитет государства (ч. 3 ст. 4, ч. 5 ст. 13, ч. 3 ст. 55, ст. 67, п. "м" ст. 71, п. "д" ч. 1 ст. 114), в-третьих, *безопасности общества* (ч. 2 ст. 7, ст. 14, п. "б" ч. 1 ст. 72, п."е" ч. 1 ст. 114). Однако наиболее широкая в данном случае интегральная основа юридической и, соответственно, конституционной безопасности личности воплощается в категории *национальной безопасности*.

В то же время конституционный режим национальной безопасности не может не включать, в частности, интересы личности, ее права и свободы. Свобода и достоинство граждан, уровень их защищенности есть вопрос национальной безопасности.

Из этих подходов, основанных на понимании того, что между конституционными ценностями прав человека и безопасности существуют сложные взаимосвязи, основанные в том числе на "присутствии" прав человека в конституционном режиме безопасности, следует исходить и при поиске конституционных критериев современных процессов глобализации и правового прогресса.

В современном мире главным является поиск баланса между ценностями публичного характера, с одной стороны, и личными, частными ценностями, с другой. В формализованном, нормативно-правовом выражении это проблема соотношения суверенной государственной власти (на характеристике власти как "суверенной" делаю акцент) и свободы, которая прямо или косвенно пронизывает всю систему конституционного регулирования, "присутствует" в каждом конституционном институте, каждой норме и статье Конституции. В этом смысле нахождение баланса власти и свободы составляет главное содержание теории и практики современного конституционализма⁸.

Уже поэтому весьма острой является проблема конкуренции конституционных ценностей, лежащих в основе современных процессов глобализации и правового прогресса. В частности, игнорирование мультикультурной природы современных правовых систем, их национальных и исторических особенностей может привести в правоглобализационном процессе (и уже нередко приводит) к политической, идеологической, правовой экспансии экономически, военно-политически господствующих стран и блоков, в основе чего лежит не сила права, а право силы и, соответственно, отказ от фундаментальных конституционных идей демократии и государственного суверенитета.

Это в одинаковой мере опасно как для внутригосударственного, так и международного мироустройства, что с особой остротой проявилось в контексте глубокой коллизии между двумя общепризнанными и, соответственно, императивными принципами международного права - самоопределения народов и территориальной целостности государств. Политика двойных стандартов, когда на международном уровне (включая ООН, Евросоюз и т.п., не говоря уже об отдельных государствах) за одними народами признается правомерность борьбы за государственное самоопределение, а другие народы такого права лишаются, может привести к разрушению основополагающих принципов современного международного права и заложенных в них ценностей. Поиск же баланса между соответствующими несовпадающими ценностями должен основываться, во-первых, на безусловном признании *коллизии единства* указанных и всех других основных принципов современного международного права (закрепленных, в частности, в Дек-

⁸ См.: Бондарь Н.С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия: защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. - М.: Юстицинформ, 2005.

ларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24 октября 1970 г.); во-вторых, на понимании (и признании!) того, что попрание тем или иным государством одного принципа (в частности, принципа равноправия и самоопределения народов) лишает данное государство права ссылаться на другие принципы, включая принцип территориальной целостности: ценность ни одного из принципов международного миропорядка не может рассматриваться как абсолютная, не зависящая от ценностных характеристик других принципов. В процессе же конституционализации соответствующих общепризнанных принципов международного права (применительно к РФ это, например, ч. 3 ст. 5 в системном единстве с ч. 4 ст. 15 Конституции) создается дополнительный нормативно-правовой потенциал для поиска баланса и преодоления коллизии между ними на основе проникновения внутригосударственных юридико-правовых начал в сферу международных отношений.

Одним словом, глобализация напрямую влияет на конституционные системы современных государств, предопределяет новые ценностные критерии их развития, модернизации и защиты.

4. Аксиологические характеристики Конституции как ценностно-правовой основы разрешения социальных противоречий и конфликтов.

Конституционные ценности в качестве нормативных, реально действующих величин выступают важным судебно-правовым фактором разрешения социальных противоречий и конфликтов?

Юрисдикционное воздействие конституционных ценностей на социальные конфликты и противоречия обеспечивается как за счет их собственной внутренней нормативной энергии, так и посредством их встраивания в сущностные, содержательные и формально-юридические свойства Конституции.

Аксиологические начала Конституции в соотношении с социальными противоречиями имеют сущностную основу своего проявления. В наиболее концентрированном виде они могут быть представлены в следующих ее триединых характеристиках:

- а) Конституция как *порождение социальных противоречий*, включая цивилизационные, социокультурные противоречия, связанные с распадом Союза ССР, преодолением тоталитаризма и т.д.;
- б) Конституция - *юридизированная форма отражения противоречий*, их зеркальное (адекватно-зеркальное или искаженное, нахо-

дящееся в оптической системе "кривых зеркал") отражение, проявляющееся, прежде всего, в несовпадении должного и сущего в конституционных характеристиках новой России как демократического правового государства, в формальном закреплении и реальном функционировании институтов разделения властей, в соотношении социальных и рыночных начал в экономической системе, соотношении институтов политической и экономической свободы, государственной и муниципальной демократии и т.п.;

- в) Конституция - институциональная, нормативно-правовая *основа разрешения противоречий* в правовых механизмах функционирования современной демократии.

Качественно новая для российского конституционализма сущностная характеристика Конституции 1993 г.- как юридического выражения противоречий современной демократии - получила также институционально-правовое наполнение.

Отражаемые в Конституции социальные ценности представляют собой качественные характеристики государственно-правовых явлений высшего порядка, связанные с осознанием обществом - через призму общедемократического опыта и национально-исторической практики - идей человеческого достоинства, добра и справедливости, фундаментальных целей и норм развития, наиболее целесообразных форм общественного и государственного устройства. Посредством конституционного закрепления они трансформируются в конституционные идеи-принципы и обретают формально-юридическую нормативность, а в результате их восприятия отдельными индивидами, социальными группами, обществом в целом становятся элементом их конституционного правосознания, демократической культуры.

Конституционализируясь, соответствующие социальные ценности упорядочиваются, встраиваются в определенную иерархическую систему многоуровневых связей и корреляций, основанную на объективно существующем в государственно-организованном обществе социальном порядке в его социокультурном контексте, поскольку правовой социальный порядок, будучи системой связей прав и обязанностей, свободы и ответственности, выступает одновременно и действительным масштабом социальных ценностей.

Следовательно, конституционные ценности находятся в тесной (имплицитной и эксплицитной) связи с нормативной энергией Основного Закона. С одной стороны, они выступают социально-правовым генератором этой энергии, обеспечивая перевод фактически (консенсуально) признаваемых обществом в качестве общезначимых и общепользных правил жизнедеятельности в нормативное содержание общеобязательных конституционных положений. Тем самым сложившиеся в общест-

венной практике конституционные ценности посредством адекватной конституционализации (возведения в ранг норм Основного Закона) не только упрочивают легитимность Конституции, но и обретают формально-юридическую нормативность и обязывают всех субъектов права, включая государство в целом.

С другой стороны, с момента конституционной формализации определенной системы социально-правовых ценностей фактические аксиологические конституционные отношения оказываются под воздействием принудительной силы норм Основного Закона и уже не могут развиваться иначе, как посредством коррелирующего взаимодействия с формально закрепленными правилами и нормами. Стало быть, соответствие фактических социально-правовых ценностей формальным удваивает их нормативный потенциал, а противоречие - не только снижает доверие к Конституции и затрудняет реализацию ее положений, но и снижает эффективность всего правового регулирования, поскольку оно проистекает из норм Основного Закона. Гармонизация же фактических и формальных социально-правовых ценностей в нормативном содержании положений действующей Конституции - пожалуй, генеральная задача Конституционного Суда РФ в рамках возложенных на него функций и полномочий.

Определяя стратегию конституционного регулирования новых явлений общественной жизни, порожденных как демократическими преобразованиями, так и глобальными противоречиями современности, следует исходить из того, что социальные противоречия, конфликты и различия во взглядах на их разрешение - дело нормальное. Конституция, текущее национальное законодательство и нормы международного права должны не нивелировать, а официально, на нормативно-правовом уровне, признав сам факт существования несовпадающих интересов, конфликтов и социальных противоречий, предлагать эффективные правовые средства их разрешения.

В этом плане особая роль принадлежит национальным конституциям как нормативно-правовой основе разрешения противоречий современного общества. Данное назначение Конституции определяется уже тем, что она призвана раскрывать содержание важнейших принципов и закономерностей социально-экономического, политического развития общества, действие которых проявляется через развёртывание социальных противоречий в соответствующих сферах общественной и государственной жизни. Включением в сферу конституционного воздействия противоречивых явлений социальной действительности повышается не только реальность, но и эффективность всей системы конституционного регулирования.

При этом Конституция призвана определять и *институционные сред-*

ства разрешения социальных противоречий, среди которых можно выделить две основные разновидности: а) *всеобщие, универсальные институты*, которые в каждом государстве могут быть использованы для разрешения любых социальных противоречий и конфликтов; б) *специальные институты*, имеющие конкретно-целевое назначение с точки зрения разрешения социальных противоречий и конфликтов в конкретных национальных государственных и правовых системах. К специальным, предусмотренным Конституцией РФ, относятся, например, институты роспуска Государственной Думы (ст. 109), президентского вето (ст. 107), недоверия Правительству (ст. 117), петиций (ст. 33), индивидуальных и коллективных трудовых споров, включая право на забастовку (ч. 4 ст. 37), судебного обжалования решений и действий органов государственной и муниципальной власти, общественных объединений и должностных лиц (ч. 2 ст. 46) и т.д.

К универсальным институтам разрешения социальных противоречий относятся конституционные институты: разделения властей - по горизонтали (ст. 10) и вертикали (ст.ст. 11,12), федерализма (ст. 5), политического и идеологического многообразия, многопартийности (ст. 13), экономического плюрализма, множественности форм собственности (ст. 8), равно как и комплексные по своему характеру институты социального государства (ст. 7), с одной стороны, и правового государства (ст. 1), с другой (с их несовпадающими конкурирующими конституционными ценностями), и т.д.

Особым универсальным институтом разрешения социальных противоречий и конфликтов является *судебно-конституционный контроль*, представленный в России деятельностью Конституционного Суда РФ, а также конституционных (уставных) судов субъектов РФ.

5. Конституционный Суд - универсальный институт разрешения социальных противоречий и конфликтов.

По самой природе, сущностным характеристикам и своим результатам деятельность органов конституционного правосудия как универсального института разрешения социальных противоречий не исчерпывается правоприменением. Она имеет значительно более сложный характер: получая институционное оформление, прежде всего, как правоприменительный юрисдикционный процесс, конституционное правосудие - и это становится все более очевидным для современной юриспруденции - в своих итогово-правовых характеристиках сближается с нормативно-установительной юридической практикой, с правотворчеством.

В контексте общемировой конституционной практики должен оцениваться и характер воздействия конституционного правосудия на

правотворческий процесс. Конечно, роль Конституционного Суда в правотворчестве довольно специфична, что объясняется его юрисдикционной природой, предполагающей, прежде всего, применение конституционных норм, их истолкование, в том числе в системных взаимосвязях с проверяемыми и иными нормами отраслевого законодательства.

Специфическими характеристиками конституционных полномочий по конституционно-судебному контролю, а не наличием или отсутствием у Конституционного Суда правотворческих функций в их классическом проявлении определяется его роль в нормативном правовом пространстве государства и, в конечном счете, в правотворческом процессе как средства разрешения социальных противоречий. Все это позволяет определить Конституционный Суд в качестве квазиправотворческого органа, имея в виду, что "квази"-характеристикой подчеркивается не мнимый, а специфический, не классически-правотворческий статус данного органа.

Но он таков, что решения Конституционного Суда РФ, выраженные по итогам рассмотрения дела в постановлении или определении, обладают вполне конкретными свойствами нормативности, многие из которых, кстати, получили юридическое признание и в Федеральном конституционном законе "О Конституционном Суде РФ". Однако это лишь одна сторона юридической природы решений Конституционного Суда как источников права. Вторая заключена в том, что нормативность данных актов проявляется в единстве с их доктринальным значением, что значительно усиливает их потенциал как актов по выявлению, конституционной оценке и разрешению социальных противоречий.

Нормативность и доктринальность - это не две самостоятельные характеристики решений Суда. Они существуют в единстве, что дает некое новое, интегральное качество данного вида актов - их нормативно-доктринальную природу⁹. Это означает, что, с одной стороны, *нормативные начала решений Конституционного Суда*, обладая высокой степенью информационно-правовой насыщенности и обобщенности, способностью отражать посредством своих конституционно-интерпретационных характеристик высшие конституционные ценности на основе выявленного в решении Суда баланса государственных (публичных) и частных интересов, воплощая в себе сплав концептуальных научно-теоретических подходов с реальной практикой современного конституционализма и международно-правовой регламентацией, во многом приобретают признаки *конституционной доктрины*. Поэтому

⁹ См. подробнее: Бондарь Н.С. Нормативно-доктринальная природа решений Конституционного Суда РФ как источников права // Журнал российского права. 2007. №4. - С. 75-85.

не случайно, что в одном из своих решений Конституционный Суд РФ охарактеризовал значение выражаемых им правовых позиций как имеющих, в том числе, доктринальное значение¹⁰.

С другой стороны, заложенные в решениях Конституционного Суда аксиологические оценки, идеи и принципы, сформулированные на основе Конституции РФ и опосредующие отношение органа конституционного контроля к социально-экономическому, политическому, социокультурному содержанию и юридическому оформлению реальных общественных отношений, придают доктринальным началам решений Конституционного Суда качества их *общеобязательности, нормативной доктринальности*.

Анализ практики деятельности не только Конституционного Суда РФ, но и органов конституционного контроля других стран свидетельствует о весьма активном влиянии конституционных судов на разрешение социальных противоречий, в особенности - в переходные периоды политических и экономических реформ, выработки новой социальной политики.

При этом *конституционно-правовой механизм движения социальных противоречий* (их формирования, развития и разрешения) определяется соотношением - от взаимодействия до противостояния - таких коренных социально-правовых ценностей, как *власть, свобода и собственность*.

6. Гармонизация политической и экономической власти в соотношении со свободой - первостепенная задача по разрешению социальных противоречий.

Сегодня перед Россией, как и перед многими другими государствами мира, остро стоят задачи преодоления кризисных явлений в экономике и перехода к устойчивому государственному развитию. Их решение предполагает существенное наращивание государственно-правовой деятельности, что, в свою очередь, значительно обостряет противоречия между политической и экономической властью, властью и свободой. Действительно, государственно организованная модернизация требует повышенной активности государственного аппарата, в том числе в области экономических отношений, и стало быть, может иметь своим следствием не только сужение объема самостоятельности хозяйствующих субъектов, но и определенное "сращивание" (слияние) политических и экономических субъектов на базе общности финансово-политических интересов: капитал обеспечивает вхождение во власть и удержание власти, что, в свою очередь, способствует получе-

¹⁰ См.: Постановление КС РФ от 28 февраля 2006 года №2-П // СЗ РФ. 2006. №11. - Ст.1230.

нию определенного рода внеэкономических (внеконкурентных) преференций и преимуществ и, соответственно, максимализацию прибыли. Вместе с тем общеизвестно, что ограничение экономической свободы, творческой активности предпринимателей оказывает негативное воздействие на экономические показатели страны.

Многовековой исторический опыт свидетельствует, что условием и предпосылкой успешного развития эффективной и социально ответственной экономики является *"отпочкование" власти экономической от политической власти*. Цивилизованный рынок, основанный на принципах конституционной экономики, предполагает отношения самостоятельного функционирования государственной (политической) власти и власти собственности (экономической). Дистанцирование экономической власти от политической стало в свое время величайшим достижением нового буржуазного строя, основанного на принципах конституционализма. В этой связи чрезвычайно актуальной является *конституционная по своей природе проблема равноудаленности собственности и власти*. Только в условиях, когда политическая власть отделяется от экономической власти, появляется возможность для обособления политических и экономических отношений, что, в свою очередь, является основой для развития отраслей частного и публичного права, и, в конечном счете, для правового прогресса.

Нельзя, однако, не учитывать, что в современных условиях перехода к постиндустриальному обществу возникает *новое глобальное конституционное противоречие в отношениях собственности*, проявляющееся в очередном витке *сближения и порой слияния политической и экономической власти*, как бы возврате политической власти в свое исходное состояние. Интересны в этом плане исследования проблем корпоративной демократии, которая является *"результатом слияния политической, экономической и административной сил"*, *"своим характером искажена, игнорирует принцип верховенства права, основана на теневой экономике и реалиях абсолютизации власти"* и по своей сути, будучи основана на искаженных конституционных ценностях, *"более опасна для общественной системы, чем тоталитарная система"*¹¹.

Вместе с тем проблемы, связанные с политизацией (бюрократизацией) экономики, очевидно, располагаются не только в социально-экономической плоскости, но имеют и юридическое, прежде всего конституционно-правовое измерение. При этом речь идет не только о том, что та или иная негативная социальная практика может порождать отклоняющиеся от конституционно заданных типы, методы и конкретные способы нормативного регулирования социально-экономических отношений, *"узаконивающие"* сближение политической и экономической

¹¹ См.: Арутюнян Г. Угрозы корпоративной демократии // Конституционное правосудие. - Ереван. 3 (33). 2006. - С.41, 42.

власти. Существует и обратная связь, заключающаяся в том, что текущее законодательство может оказывать (прямо или косвенно) фактическое стимулирующее воздействие на формирование "теневых" связей между политической властью и хозяйствующими субъектами. В настоящее время факторами такой негативной коммуникации являются, в частности, неопределенность статуса субъектов конституционного права с точки зрения отнесения их к юридическим лицам и взаимосвязанная с этим проблема фрагментарного (пробельного) определения параметров участия субъектов публичного права в гражданских правоотношениях.

В этой ситуации существенно возрастает потребность в государственном влиянии на соответствующие процессы с целью поддержания автономии и цивилизованного обособления названных властей, которое - подчеркнем особо - должно проявляться не в наращивании нормативного массива, регулирующего экономические отношения и взаимоотношения бизнеса и власти, а через планомерное внедрение конституционных принципов публичной власти в ее организационном, функциональном и целевом воплощениях, с одной стороны, и основ экономической системы, с другой.

В этом плане нельзя не отметить, что соответствующая проблематика - главным образом, в опосредованной форме, в виду специфических характеристик и предназначения конституционного правосудия - получает свое отражение и в деятельности Конституционного Суда РФ. Так, еще в Постановлении от 28 апреля 1992 года №4-П¹² Конституционный Суд РФ указал на то, что совмещение одной и той же организацией выполнения властных управленческих и коммерческих функций отстает от конституционного принципа экономической системы Российской Федерации, согласно которому государство обеспечивает развитие рыночного механизма, не допускает монополизма; в этом же решении, однако, Суд не исключил возможности наделения тех или иных общественных объединений полномочиями государственных органов, если это обусловлено необходимостью обеспечения прав и свобод человека и гражданина, выполнением международных обязательств Российской Федерации.

Данный подход получил свое развитие в практике Конституционного Суда РФ, основанной на положениях новой российской Конституции. В Определении от 1 октября 1998 г. №168-О¹³ ясно и недвусмысленно констатировал, что, по смыслу Конституции РФ (ст. 34, ч. 1), одно и то же лицо не может совмещать властную деятельность в сфере государственного и муниципального управления и предпринимательскую деятельность, направленную на систематическое получение прибыли;

¹² См.: СЗ РФ. 1992. №21. Ст.1141.

¹³ См.: Вестник КС РФ. 1999. №1.

государство не наделяется полномочиями по управлению объектами частной собственности, - согласно Конституции РФ в ведении Российской Федерации находятся лишь федеральная государственная собственность и управление ею (пункт "д" статьи 71). Исходя из этого, Суд заключил, что запрет осуществлять права и обязанности доверительных управляющих, установленный оспариваемыми нормами для публично-правовых образований, государственных органов и органов местного самоуправления, не является нарушением или ограничением конституционного права частной собственности. Этим, однако, не исключается возможность публично-правовых образований участвовать в гражданских правоотношениях, но лишь в качестве субъектов со специальной правоспособностью, которая в силу их публично-правовой природы не совпадает с правоспособностью других субъектов гражданского права - граждан и юридических лиц, преследующих частные интересы; при этом, по смыслу п. 2 ст. 124 ГК РФ, к властвующим субъектам, участвующим в гражданских отношениях, применяются нормы о юридических лицах, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов¹⁴.

При этом согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 19 декабря 2005 г. №12-П¹⁵ законодатель вправе наделить рядом публичных нормотворческих, исполнительно-распорядительных, контрольных полномочий автономные публично-правовые субъекты, реализующих в том числе экономическую деятельность. Соответствующее полномочие федерального законодателя опирается на взаимосвязанные положения статей 32 (ч. 1), 34 (ч. 1) и 37 (ч. 1) Конституции РФ, по смыслу которых граждане, чей труд свободен, вправе принимать непосредственное участие в управлении делами государства, в том числе в экономической сфере, на началах самоорганизации, самоуправления и саморегулирования. Такая деятельность, во всяком случае, подконтрольна государству, определяющему, исходя из баланса конституционно защищаемых ценностей, правовые основы и процедуры ее осуществления, с тем, чтобы исключить возможность нарушений прав как членов саморегулируемых организаций, так и других лиц.

Правовые позиции Конституционного Суда РФ, базируясь на конституционно значимых принципах разделения политической и экономической власти, недопустимости их слияния, сращивания, и в то же время их гармонического баланса, ориентированы, главным образом, на недопущение подчинения политической властью власти экономической. Выделение данного аспекта, думается, не случайно, имея в виду генезис современной национальной экономики, ее историческую ретроспективу.

¹⁴ См.: Определение КС РФ от 4 декабря 1997 года №139-О // ВКС РФ. 2007. №2.

¹⁵ См.: Постановление КС РФ от 19 декабря 2005 года №12-П // СЗ РФ. 2006. №3. Ст.335.

В то же время, в практике федерального конституционного правосудия, хотя и менее заметно (в количественном плане), отражен и другой аспект названных конституционных принципов, исключаящий внеправовое влияние экономической власти на принятие политических решений. Наиболее ярким примером здесь может служить сформулированная в одном из недавно принятых решений Конституционного Суда РФ правовая позиция, согласно которой недопустимо распространение договорных отношений (и очевидно, в более широком плане, рыночных отношений - Н.Б.) и лежащих в их основе принципов на те области социальной жизнедеятельности, которые связаны с реализацией государственной власти; поскольку органы государственной власти и их должностные лица обеспечивают осуществление народом своей власти, их деятельность (как сама по себе, так и ее результаты) не может быть предметом частно-правового регулирования, так же как и реализация гражданских прав и обязанностей не может предопределять конкретные решения и действия органов государственной власти и должностных лиц¹⁶.

Анализ закономерностей и тенденций развития современного общества свидетельствует, что экономические отношения все в большей степени вовлекаются в сферу юридического воздействия. При этом уровень юридизации социально-экономической практики таков, что позволяет некоторым исследователям описывать складывающуюся ситуацию в негативно-превосходной степени.

Так, в частности, по мнению американского ученого Р. Саскинда, нами управляет такой большой объем правовых норм, что это может быть определено как "гиперрегулирование": "в общественной и трудовой деятельности все мы управляемся массой правовых норм и принципов, которые столь обширны, разнообразны и сложны, что уже никто не может полностью осмысливать их влияние и применимость"¹⁷. Одним словом, за внешней ширмой политико-идеологических лозунгов об ослаблении вмешательства государства в социально-экономическую сферу право как институт государственно-властного влияния все в большей степени утверждается в качестве некой вездусущей реальности (*ubi societas, ibi ius*). Более того, некоторые пытаются представить само право не как систему правил, нормативов, а как некий элемент экономической системы. И это в наибольшей степени характерно не для марксистской правовой теории (применительно к которой именно экономический детерминизм всегда рассматривался в качестве одного из главных недостатков), а для сторонников возникшей на Западе концепции экономического анализа права, главным посту-

¹⁶ См.: Постановление КС РФ от 23 января 2007 года №1-П // СЗ РФ. 2007. №6. Ст.828.

¹⁷ Цит. по: Голоскоков Л.В. О переходе к сетевой парадигме права // Государство и право. 2005. №10. - С. 113.

латом которой является утверждение, что логика права всецело находится в экономике¹⁸.

Но какими бы ни были концептуальные подходы к пониманию природы права, его соотношению с экономикой, очевидно, что и современные тенденции массивного нормативно-правового наступления на социально-экономическую сферу, "гиперрегулирование" соответствующих отношений нуждается - не в меньшей, если не в большей степени, чем прежде - в конституционных ориентирах. Будучи встроенным в систему конституционных координат, правовое регулирование экономических отношений должно подчиняться аксиологическим критериям современного конституционализма, базирующегося на всеобщем признании универсальных конституционных ценностей - таких как свобода, права человека, социальная справедливость, равенство всех перед законом, правовое социальное государство, разделение властей, идеологический и экономический плюрализм - как общего достояния человеческой цивилизации.

Таким образом, именно конституционное право с присущей ему аксиологической системой призвано дать ответ на вопрос о надлежащем соотношении власти и свободы посредством урегулирования основ экономических отношений, отношений собственности, социальной политики и установления такого порядка взаимоотношений политической и экономической власти, при котором публичная власть действовала бы в правовых рамках всеобщих интересов, а собственность, будучи обособленной от власти, обеспечивала бы эффективный рост экономического потенциала государства.

7. Равенство и справедливость как ценностные критерии конституционно-судебного разрешения социальных противоречий.

Закрепляя инструментальный набор средств разрешения социальных противоречий, Конституция одновременно выступает и аксиологической основой снятия социальных противоречий, что в практико-прикладной деятельности органов публичной власти отражается посредством действия вытекающих из Основного Закона критериев конституционности принимаемых ими решений. Особое место в системе конституционных критериев разрешения социальных противоречий принадлежит требованиям *равенства и справедливости*.

По смыслу Конституции РФ, требование равенства имеет многоплановое, универсальное содержание, которое имеет различные нормативно-право-

¹⁸ Пожалуй, наиболее известным является в этом плане двухтомный труд Ричарда А. Познера: Познер Ричард А. Экономический анализ права. В двух томах. Перевод с английского под ред. В.Л.Тамбовцева. - СПб., 2004.

вые формы своего проявления: оно выступает и как институт правового положения человека и гражданина, и как принцип правового государства, и одна из основ федерализма, и, более того, как некая политико-правовая основа гражданского общества, особая форма (режим) достижения юридического равновесия на основе достижения баланса интересов людей и групп населения, политической элиты и бизнеса и т.д.

Как свидетельствует исторический опыт, вопросы равенства и справедливости всегда актуализируются в переломные периоды развития общества и государства, как это имеет место и в современной России: переход к рыночной экономике и плюралистической демократии сопровождался серьезными изменениями наших представлений об этих вечных ценностях современной цивилизации. В концентрированном виде это получило отражение в Конституции РФ 1993 г. и, в свою очередь, активно реализуется в деятельности Конституционного Суда РФ.

Практически в каждом рассматриваемом Конституционным Судом деле приходится в той или иной мере сталкиваться с проблемами справедливости и равенства. Анализ соответствующих решений Конституционного Суда позволяет не только оценить состояние гарантирования равенства прав и свобод граждан России, но и предложить с учетом сформированных Конституционным Судом правовых позиций некоторые новые концептуальные подходы к проблемам социальной справедливости и равенства, к пониманию природы конституционного института равенства в посттоталитарном обществе.

Конституцией РФ провозглашено построение правового, демократического (ст. 1) и социального государства (ст. 7). Российским государством взят курс на реальное воплощение в общественных отношениях свободы, равенства и справедливости, хотя оптимальный баланс между этими конституционными ценностями пока не найден.

Это объясняется не только несовершенством законодательства и правоприменительной практики, но и объективными, внутренними противоречиями между принципами правового государства (равноправие граждан), с одной стороны, и социального государства (справедливость и социальное равенство), с другой. В теории и практике современного российского конституционализма пока лишь формируются концептуальные подходы к решению соответствующих проблем (которые в советский период развития в такой плоскости не стояли, и уже поэтому они являются для нас относительно новыми). Новая конституционная концепция социальной справедливости и равенства должна воплощать в себе сплав теории и практики, отражать единство нормативной модели регулирования соответствующих отношений и практики - в том числе судебной - их защиты. И на этом уровне пока отсутствует единый концептуальный подход.

В конечном счете речь идет о выборе между двумя концепциями: а) *классическая либеральная концепция свободы*, основанная на противопоставлении равенства и свободы и предполагающая минимальное участие государства в социальном вспомоществовании, исключая юридически зафиксированные в Конституции социальные обязанности государства перед гражданином; б) *концепция "социально-ориентированной" свободы* в социальном правовом государстве.

Конституция России, весьма либеральная с точки зрения общеправовых, мировоззренческих подходов к решению фундаментальных проблем политической власти, рыночной экономики, положения личности в обществе и государстве, в то же время безоговорочно закрепляет *нормативно-правовую модель "социально-ориентированной" свободы*. Достаточно отметить тот факт, что уже в ст. 7 (ч. 1) Конституции РФ, содержащей формулу социального государства, присутствует указание на "свободное развитие человека" как сущностную характеристику, важнейшую цель социального государства. Между тем свобода - главная доминанта правового, но не социального государства. Для социального государства такой доминантой являются идеи справедливости и равенства. Не случайно для большинства современных конституций традиционным является подход, в рамках которого природа социального государства определяется посредством категорий справедливости, равенства (ст. 1 Конституции Испании), национальной солидарности (ст. 2 Конституции Турецкой Республики), гуманизма и т.п. Есть основание полагать, что конституционная модель социального государства, закрепленная в Конституции РФ, содержит некий внутренний резерв для преодоления противоречий между принципами социального государства, с одной стороны, и правового государства, с другой, на основе баланса соответствующих конституционных ценностей.

В поиске такого баланса незаменима роль Конституционного Суда. Показательно, что в Постановлении Конституционного Суда РФ от 19 июня 2002 года о проверке конституционности положений Закона РФ "О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС" конституционная обязанность государства по возмещению вреда здоровью выводится из природы Российской Федерации и как *социального*, и как *правового* государства со ссылкой на ст.ст. 1, 2 и 7 Конституции РФ (п. 2 мотивировочной части Постановления)¹⁹. Более того, в этом же Постановлении принцип справедливости выводится из норм ст.ст. 1 и 7 Конституции наряду с принципом равенства (ст. 19)²⁰. В этой связи обращает на себя внимание также сформулированная и неоднократно подт-

¹⁹ См.: ВКС РФ. 2002. №5. - С. 68.

²⁰ См.: Там же. - С. 69.

вержденная Конституционным Судом РФ правовая позиция о недопустимости произвольного отказа государства от ранее принятых на себя публично-правовых обязательств перед населением, что - как это вытекает из соответствующих решений Конституционного Суда РФ - является кумулятивным эффектом действия принципов правового и социального государства²¹.

Конституционный Суд РФ, активно занимаясь соответствующими вопросами, оказывает своими решениями весьма положительное влияние на законотворческую и правоприменительную практику, способствует разрешению противоречий между требованиями социальной справедливости и экономической свободы личности. Активная роль Конституционного Суда РФ в данной сфере проявляется, прежде всего, в конституционализации на основе требований равенства и справедливости как социального, так и рыночного законодательства, институтов защиты прав и свобод граждан.

Примечательным в этой связи является Определение Конституционного Суда РФ по жалобе гражданки Енборисовой П.Ф. на нарушение ее конституционных прав п. 8 ст. 14 Федерального закона "О трудовых пенсиях в Российской Федерации"²². Заявительница - пенсионерка оспаривала названное положение Федерального закона, предусматривающее, что сумма базовой и страховой части трудовой пенсии по старости не может быть менее величины прожиточного минимума пенсионера в субъекте Российской Федерации, полагая, что установленный размер пенсионного обеспечения не покрывает минимальных расходов и не обеспечивает достойную жизнь, а потому умаляет достоинство личности, фактически лишает ее права на жизнь и тем самым нарушает ст.ст. 15 (ч. 4), 18, 20 (ч. 1), 21 (ч. 2) Конституции РФ, а также ст. 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, являющегося в соответствии с положениями ст.ст. 15 (ч. 4) и 17 (ч. 1) Конституции РФ составной частью правовой системы России. Разрешая данное дело по существу, Конституционный Суд сформулировал ряд принципиально важных правовых позиций.

Во-первых, Конституционный Суд указал, что государство обязано, исходя из имеющихся экономических ресурсов, установить такой порядок пенсионных отношений, который создавал бы реальные условия для эффективной компенсации лицам, не могущим в силу объективных обстоятельств обеспечить достаточный жизненный уровень, потерь от естественной (возрастной) утраты способности к труду и само-

²¹ См., например: Определения КС РФ: от 30 сентября 2004 года №308-О // ВКС РФ. 2005. №2; от 22 апреля 2005 года №206-О // Архив КС РФ. 2005; от 5 июля 2005 года №246-О // СЗ РФ. 2005. №33. Ст.3493; от 1 декабря 2005 года №462-О // СЗ РФ. 2006. №6. Ст.733.

²² См.: Определение КС РФ от 15 февраля 2005 года №17-О // СЗ РФ. 2005. №16. Ст.1479.

обеспечению в объеме, гарантирующем их общую материальную обеспеченность на уровне, необходимом для удовлетворения их основных жизненных потребностей.

Во-вторых, устанавливаемый законодателем размер гарантированной государством минимальной трудовой пенсии по старости должен обеспечивать, по крайней мере, такой жизненный уровень, при котором не ставилась бы под сомнение сама возможность достойной жизни гражданина как пенсионера, осуществления им иных провозглашенных Конституцией РФ прав и свобод личности, и тем самым не умалялось бы его человеческое достоинство. Иными словами именно *достоинство личности* - как одно из фундаментальных начал и одновременно проявление принципов равенства и справедливости (в данном случае в ее распределительном аспекте) - по существу, впервые в национальной правовой системе определено в качестве *критерия оценки конституционности законодательных решений в сфере социальной защиты*, включая пенсионные отношения.

В-третьих, проведя конституционный анализ категории прожиточного минимума, Суд пришел к выводу, что в рамках действующего правового регулирования показатели прожиточного минимума определяют объем экономических обязательств государства перед гражданином при установлении государственных пенсий и социальных пособий и должны рассматриваться как элемент нормативного содержания конституционного права на социальное обеспечение по возрасту, основу которого составляет пенсионное обеспечение (ч. 1 и 2 ст. 39 Конституции РФ); во всяком случае, они выступают конституционным ориентиром пенсионной политики при недостаточности на данный момент финансовых гарантий пенсионного обеспечения соответствующей категории граждан.

Применительно к принципам равенства и справедливости в решениях Конституционного Суда РФ имеются положения и выводы, имеющие значение принципиальной юридической аргументации с точки зрения придания конституционного смысла или приведения в соответствие с требованиями Конституции РФ норм отраслевого социального законодательства. На уровне требований равенства и справедливости особенно важным является поиск баланса интересов и несовпадающих - а порой и противостоящих - ценностей. Решение этих проблем - важная задача конституционного правосудия.

SUMMARY

Problem of the constitutional values in the practice of the constitutional jurisdiction, particularly, in the solution of social contradictions and conflicts, can be considered in various aspects: on general theoretical positions of the constitutional axiology and in pragmatic-applicative aspect.

In the frames of these relations the value of the Constitution itself behaves as an act which establishes code of main value imperatives of state organized society, as well as concrete constitutional norms confirming the value basis of public order in separate spheres of public life and composing concrete values of the Constitution.

Value meaning of the Constitution is positively established in the main capacities, rule of law, superior judicial power, direct action, special order of its adoption and changes.

The practice of the Constitutional Court shows that the RF Constitution is a constituting act in relation to all legal systems of the state, including the constitution (positions) of subjects of Russian Federation; their fundamental essence is conditioned by the fundamental essence of the RF Constitution; rule, superior legal power and direct action have every position of the RF Constitution, although its priority in the judicial system of Russian Federation concerns all existing normative legal acts, including also the ones that the Constitution itself states as in the ones used in the number of its regulators of public relations (Federal Agreement). The value essence is reflected in the material content stipulated in the Fundamental Law.

A set of constitutional vales in the practice of Constitutional Court of RF cause organizational influence over corresponding public relations, including such constitutional values as justice and judicial definition, stability and concreteness of public legal relations, ensuring the stability of conditions of administration, ensuring the balance of public interests of the state and private interests of subjects of civil-judicial relations, etc. Thus, in the contemporary constitutionalism the phenomena of values appear in three fundamental measures: a. the Constitution as a value itself, b. it gets direct confirmation in the norms and institutions of the values of the Constitution; c. implementation expression of the constitutional values as a result of practical constitutional judicial axiology.



ФУНДАМЕНТАЛЬНЫЕ КОНСТИТУЦИОННЫЕ ЦЕННОСТИ КАК ОСНОВА ГОСУДАРСТВЕННОСТИ СУВЕРЕННОГО КАЗАХСТАНА

ИГОРЬ РОГОВ

*Председатель Конституционного Совета
Республики Казахстан*

Сегодняшний форум посвящен актуальной теме. В демократическом и правовом государстве фундаментальные конституционные ценности выступают основой государственности, уважение, сохранение и развитие которых являются ключевым фактором стабильного и поступательного развития страны.

Затрагивая вопросы базовых конституционных ценностей, свое выступление я хотел бы начать с особого их блока - прав и свобод человека. Такой подход оправдан тем, что согласно статье 1 Конституции Республики Казахстан, как и во многих других странах, высшими ценностями государства являются человек, его жизнь, права и свободы, то есть Основной Закон определил высшими ценностями государства не иллюзорные идеологические догмы, а интересы личности, благодаря чему кардинальным образом пересмотрены подходы в государственной политике суверенного Казахстана и постепенно обеспечивается приоритет человека во всех сферах жизни общества.

За годы независимости Казахстана для реализации этих фундаментальных ценностей сделано немало. Развита и постоянно совершенствуется стоящая на страже прав и свобод человека независимая судебная система. Учрежден институт уполномоченного по правам человека, деятельность которого дополняет существующие государственные правозащитные механизмы. Казахстаном ратифицирован ряд международных универсальных актов в области защиты прав человека, среди которых Международные пакты о гражданских и политических правах, об экономических, социальных и культурных правах, Конвенции о предупреждении преступлений геноцида и наказании за него, о ликвидации всех форм расовой дискриминации, о правах ребенка, о борьбе с захватом заложников, против пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания, против коррупции и транснациональной организованной преступности, о борьбе с актами терроризма, о рабстве и др.

С учетом требований Конституции и международных обязательств постоянно совершенствуется действующее законодательство.

Признавая ценность человеческой личности, право каждого на жизнь, с введением в 2003 году моратория на исполнение смертной казни еще жестче закреплены неотъемлемость данного права и недопустимость произвольного его лишения. А благодаря поправке, внесенной в статью 15 Конституции в мае прошлого года, фактически отменяется данный вид наказания, так как, согласно ей, смертная казнь может предусматриваться законом как исключительная мера наказания лишь за особо тяжкие преступления, совершаемые в военное время и террористические преступления, сопряженные с гибелью людей. Тем самым, в условиях глобального распространения актов международного терроризма и отсутствия в мировом сообществе общепризнанных эффективных средств борьбы с этим чрезвычайно опасным явлением, Казахстан рассматривает сохранение смертной казни как важное средство противодействия терроризму, угрозе национальной безопасности страны.

Конституционный Совет Республики Казахстан следит за соответствием действующего права Основному Закону страны путем осуществления предварительного и последующего конституционного контроля. Практически каждое нормативное постановление Конституционного Совета Республики направлено на охрану конкретных прав и свобод человека и гражданина. Тем не менее среди них можно особо выделить такие, в которых права человека связаны с вопросами верховенства права, причем в силу суверенитета государства, верховенства казахстанского права по отношению к законодательству других государств. Речь идет о Постановлении Конституционного Совета 2001 года, касающегося вопросов распространения юрисдикции иностранного государства на территорию Республики Казахстан в случае совершения правонарушений. В данном Постановлении Конституционный Совет, рассматривая обращение областного суда о проверке конституционности отдельных международных договоров, выработал ряд важных правовых позиций: гражданин на территории своей Республики является субъектом ее действующего права. В случае нарушения его прав, свобод и законных интересов или совершения им противоправных действий на него распространяется юрисдикция государственной власти Казахстана, осуществление которой возложено на соответствующие государственные органы Республики; распространение юрисдикции иностранного государства на территорию Казахстана и ее граждан нарушает положения Конституции Республики, поскольку ущемляет суверенитет Казахстана; рассмотрение материалов о правонарушениях, осуществление уголовного преследования и правосудия в отношении граждан Республики Казахстан за неисполнение или нарушение иностранными государствами международных обязательств, в том числе по

ранного законодательства на территории Казахстана зарубежными правоохранительными и судебными органами умаляет конституционные полномочия судов, а также специальных органов дознания и следствия и прокуратуры Казахстана; применение иностранного законодательства на территории Казахстана в отношении граждан Республики противоречит Конституции Республики Казахстан.

В начале этого года по обращению одного из судов первой инстанции Конституционный Совет признал неконституционной статью Уголовного кодекса, предусматривавшую уголовную ответственность за совершение акта группового членовредительства осужденными, содержащимися в учреждениях, обеспечивающих изоляцию от общества, в целях дестабилизации нормальной деятельности учреждений либо воспрепятствования законной деятельности сотрудников учреждений.

По мнению Конституционного Совета, 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 может расцениваться как ограничение права на свободу выражения мнения, которое является составляющей свободы слова, гарантированной статьей 20 Основного Закона.

Относительно принципов конструирования и принятия нормативных правовых актов, предусматривающих меры юридической ответственности, Конституционный Совет указал, что закон, ограничивающий конституционные права и свободы человека и гражданина, должен соответствовать требованиям юридической точности и предсказуемости последствий, то есть его нормы должны быть сформулированы с достаточной степенью четкости и основаны на понятных критериях, позволяющих со всей определенностью отличать правомерное поведение от противоправного, исключая возможность произвольной интерпретации положений закона.

С учетом данной правовой позиции Конституционный Совет в своем послании о состоянии конституционной законности в стране, оглашенном на совместном заседании Палат Парламента в июне этого года, обратил внимание соответствующих государственных органов на необходимость проведения тщательной ревизии законодательных актов, устанавливающих меры юридической ответственности, поскольку в них нередко встречаются нормы, не корреспондирующие с указанным конституционным требованием.

Следующей не менее важной подсистемой фундаментальных конституционных ценностей являются основы конституционного строя, которые закрепляют ключевые институты государственной власти, форму правления и государственного устройства, политического режима и т.д.

В практике Конституционного Совета немало случаев, когда предметом его рассмотрения являлись основополагающие вопросы государственности Республики. Так, в 1998 году Конституционный Совет по обращению Председателя Мажилиса Парламента Республики Казахстан интерпретировал пределы внесения поправок в Конституцию страны. При этом было дано толкование, что Парламент правомочен вносить изменения и дополнения в Основной Закон, но данное его полномочие ограничено пунктом 2 статьи 91 Конституции, который закрепляет, что "установленные Конституцией унитарность и территориальная целостность государства, форма правления республики не могут быть изменены". Как показывает международная практика, такое уточнение является нелишним.

Официальное толкование конституционных норм, регулирующих основы государственного устройства страны, было дано в 2003 году. Конституционный Совет разъяснил, что территориальная целостность - это определяющее условие национальной безопасности Казахстана. Обеспечение государством целостности, неприкосновенности и неотчуждаемости своей территории предполагает недопустимость расчленения его территории, использования природных ресурсов без согласия государства и произвольного изменения статуса регионов Казахстана, нерушимость государственной границы и запрет на территориальные уступки в ущерб национальным интересам и суверенному равенству государства.

Что касается устойчивости формы правления, то действующая ее модель, которая была принята народом Казахстана в 1995 году на республиканском референдуме, показала свою эффективность и позволила избежать кризисов между ветвями власти, которые наблюдались в некоторых постсоветских государствах, обеспечить поступательное и системное развитие страны на путях рыночной экономики и сконцентрировать усилия всех ветвей власти на основных направлениях развития. Подобная концентрация стала возможной благодаря арбитражным функциям и координирующим возможностям высшего должностного лица государства.

Завершая выступление, хотел бы отметить, что реализация фундаментальных конституционных принципов напрямую связана с национальными интересами Республики. В этом процессе Конституционный Совет посредством интерпретации и толкования положений Конституции выступает своеобразным "хранителем" конституционных ценностей.

Думаю, что настоящая Конференция поможет всем нам глубже осмыслить имеющиеся проблемы, обменяться положительным опытом и наметить пути дальнейшей работы по обеспечению незыблемости фундаментальных конституционных ценностей наших стран.

Спасибо за внимание.

SUMMARY

In democratic and judicial state the fundamental constitutional values occur as the main statehood, respect, preservation and development which appear as the key factor of stability and successive development of the country.

During the period of independence of Kazakhstan for the realization these fundamental values a lot has been done. Independent judicial system has been developed and has been permanently improved. The institute of human rights has been established. Ombudsman whose activity complements the existing state human rights mechanisms has started his functioning. Kazakhstan ratified a number of international universal acts in the sphere of human rights among which are International Acts on civil and political rights, economic, social and cultural rights, Convention on prevention of the crimes of genocide and their punishment, abolition of all forms of racial discrimination, child's rights, fight against capture of hostages, against torture and other harsh, non-humane treatment and disparagement of the merit of kinds of treatment and punishment, against corruption and transnational organized criminality, fight against the acts of terrorism, servitude, etc.

The next important subsystem of fundamental constitutional values have become the grounds of the constitutional structure, which strengthen key institutes of the state power, form of administration and state structure, political regime, etc.

The acting model of the administration which was accepted by the Kazakh nation in 1995 at the republic referendum, shows its effectiveness and allows to escape the crisis between the branches of the power, which happened in some post-soviet countries, to ensure the progressive and systematic development of the country on the path of development of market economy and concentrate all efforts on all branches of power on the main directions of development. Such a concentration has become possible only by the arbitrage functions and coordinating possibilities of the supreme power of the state.



PROTECTION OF CONSTITUTIONAL RIGHTS AND FREEDOMS IN LIGHT OF CHANGES IN THE LEGAL ORDER

(The significance of time factor for the principle of legality)

BOHDAN ZDZIENNICKI

President of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland

I. Introduction

When dealing with the notion of legality, one usually refers solely to the formal and substantive aspects thereof. From the formal perspective, legality guarantees that activities of state organs comply with the law in force, while from the substantive perspective, legality points to the importance of the content of law, which should be subject to appropriate evaluation.

There is also, however, a dynamic aspect of legality. The law in force undergoes systemic as well as ordinary legislative changes. A problem arises whether and to what extent the constitutional rights and freedoms are still safeguarded in light of these changes.

On the one hand, there are changes which in their extreme form may be summarized by way of a dramatic sentence by Julius Herman von Kirchman (printed in a leaflet from 1984): "...three words of the legislator and whole libraries become waste paper". On the other hand, there is a continuity of the European legal culture, whose principles have been laid down in the Polish Constitution, creating the foundations of a democratic state ruled by law (Article 2). No legislative amendments may lead to the erosion of these foundations.

Emphasizing the continuity of the existing principles and institutions strengthens the respect for tradition and serves to raise the authority of the state and the law.

Time is something that exists incessantly. Time also serves as a point of reference. For utilitarian reasons, it is divided and measured by days, months and years. In case of law, at issue is a period of time determined by the entry of a given solution (legal regulation) into force, and by its subsequent repeal.

It does not stem from a mere fact that given provisions cease to have effect that a right based thereupon is deprived of any protection. This may be illustrated by a beautiful sentence by an eminent Polish lawyer, Professor Franciszek Longchamps: "...there are a few milestones, but not one discon-

tinuity between the codes of the Enlightenment, and the Civil Code of 1964".

II. Issues in inter-temporal law

Law serves to respond to current needs, that is, both to influence people's behavior in the future and to avoid too hasty changes in the rights stemming from former solutions.

Article 42 paragraph 1 of the Constitution comprises the following principle: *nullum crimen, nulla poena sine lege anteriori* (there is no crime without a statute in force at the time of the commitment thereof, there is no punishment without a statute specifying it, and law does not operate retroactively).

Also in civil law, according to the general principle of Article 3 of the Civil Code, legal norms shall not have retroactive force (*lex retro non agit*). Alongside this general intertemporal rule, there are sets of transitional provisions adopted in connection with individual acts of private law. The most important amongst these are, obviously, Provisions Introducing the Civil Code (Article XXVI, and the following).

Appropriate inter-temporal provisions have also been contained in individual statutes from a broadly understood administrative law (public law). It is difficult to encapsulate all principles of inter-temporal law both for specific branches and for the entire system of law, since relevant provisions are simply issued for specific acts, adapting the latter to the content of legal relationships, irrespective of factual circumstances connected therewith, connecting the content of the relationships with factual circumstances inseparably associated therewith or creating solutions stemming from special goals of a new statute.

Inter-temporal norms, just as all norms, may be reviewed by the Constitutional Tribunal as regards their conformity to the Constitution. The ex officio review encompasses various formal aspects connected with the manner of adoption of acts. The constitutional review also aims to investigate whether the constitutional rights and freedoms have been properly safeguarded in the process of introducing legislative amendments. Attention should be drawn to the latter issue, given its direct connection with the substantive concept of legality.

III.

Constitutional review of a repealed provision where individual acts applying the law are or may be issued on the basis thereof The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997 (in force as of 17th October 1997)¹

is of prospective nature. A well-known expression from the Preamble reads: "We [...] hereby establish the Constitution of the Republic of Poland as the basic law for the State...". Meanwhile, the function of the Constitution as regards the assessment of the constitutionality in case of provisions that had already been repealed is specified in more detail in Article 39 paragraph 1 Point 3¹, read in conjunction with Article 39 paragraph 3 of the Act of 1st August 1997 on the Constitutional Tribunal².

According to Article 39 paragraph 1 point 3 of the CT Act, the Tribunal shall, at a sitting in camera, discontinue proceedings if the normative act has ceased to have effect to the extent challenged prior to the delivery of a judicial decision by the Tribunal. However, the regulation is not applied if issuing a judgment on a normative act which lost its validity before issuing the judgment is necessary for protecting constitutional freedoms and rights (Article 39 paragraph 3 of the CT Act).

Article 39 paragraph 3 was introduced by way of the Act of 9th June 2000 amending the Act on the Constitutional Tribunal. The previous legal state gave rise to reservations and doubts as regards the discontinuation of proceedings on the basis of Article 39 paragraph 1 point 3 of the CT Act, since it undermined the essence of the constitutional complaint by making it impossible to remove unfavorable legal effects arising from the application of an unconstitutional normative act against the complainant. In its Judgment of 31st January 2001 the Tribunal, while upholding its stance expressed in numerous previous decisions, stated that a given provision "remains in force" in the legal system as long as individual acts applying the law are or may be issued on the basis thereof, and that the loss of binding force, being a prerequisite for the discontinuation of proceedings before the Constitutional Tribunal, occurs only when the provision may not be applied to any factual circumstances. The prerequisite justifying a constitutional review of a provision consists in a finding that there is a connection between a given regulation and the protection of constitutional rights and freedoms. The permanence of the jurisprudential line regarding this matter has been confirmed in numerous, consecutive decisions of the Tribunal.

An interesting case concerning the constitutional protection of rights in successively subsequent changes of the legal state was a subject of the Constitutional Tribunal's Decision of 7th May 2008. Admittedly, the Tribunal took the view that the constitutional complaint lodged in the case had been "a complaint against the law applied" by the Supreme Court, as opposed to - as is required by Article 79 of the Constitution - "a complaint against a provision constituting the legal basis of a final decision", and discontinued proceedings pursuant to Article 39 paragraph 1 point 1 of the Act of 1st

¹ See the text of the Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997, available on the website of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland (herein also referred to as the CT): www.trybunal.gov.pl

² See the text of the Constitutional Tribunal Act (herein also referred to as the CT Act), available on the aforementioned website: www.trybunal.gov.pl

August 1997 on the Constitutional Tribunal. Yet, a different view was presented in a dissenting opinion to the decision. The stance held that the proceedings in the case in question should indeed be discontinued, however, on a different basis, namely Article 39 paragraph 1 point 3, read in conjunction with Article 39 paragraph 3 of the Constitutional Tribunal Act, given that the provisions on the basis of which the complainants derived their rights had been repealed, and subsequently - prior to the delivery of the decision by the Constitutional Tribunal - their rights had been nationalized (taken over *ex lege*, in an original manner, without any compensation).

The case concerned a post-manumission right to fishing in another person's waters (the so-called peasants' servitude (juxtaposed with other types of servitude), or easement, established by operation of the Napoleonic Code, which has to be distinguished from the easement being a contemporary civil law solution). It was indeed a model case for the investigation regarding the protection of the constitutional rights in view of changes in legal solutions connected therewith. The peasants' right to fish from shore, in spite of being feudal in nature and despite being connected with the legal construction associated therewith (the right had not been granted to individuals, but rather to a local authority called a "gathering of villagers"), was confirmed in the second half of the 19th century by the authorities of the Tsarist Russia (The Ukase of the Tsar of 2nd March 1864 on granting property rights to peasants). In subsequent years, following Poland's regaining of independence in 1918, numerous legislative acts of the Second Republic of Poland referred to the right, forfeiting it. After the Second World War, the right was encompassed within the legislation of the Polish People's Republic, only to become, at the beginning of the 21st century, i.e. already in the Third Republic of Poland (which dates from 1989), a subject of a constitutional complaint lodged to the Constitutional Tribunal. A historical-legal analysis that proved necessary in that case required knowledge of different systems of sources of law, different terminology and different construction solutions, encompassing a period of over 200 years! The analysis also turned out laborious (search for old documents, analysis of jurisprudence and old doctrine studies). Yet, it was inadmissible to abandon the task in light of the wording of both Article 39 paragraph 1 point 3 and Article 39 paragraph 3 of the Constitutional Tribunal Act. General principles developed in the case discussed may be of significance for future assessment of a wide variety of re-privatization or re-vindication claims.

IV. Legitimately acquired rights and their protection in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal

The principle of a democratic state ruled by law was formulated in Article 1 of constitutional provisions introduced to the Polish constitutional order by way of the Amendment of 29th December 1989, that is, already in the

new political order. In the following years, the principle of a democratic state ruled by law found its expression in the new Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997, yet its wording, laid down in Article 2, is a literal repetition of the former Article 1 of constitutional provisions. Hence, it is widely assumed that the fundamental content of the principle of a democratic state ruled by law, as expressed in Article 2 of the Constitution, may and should be understood in the same manner as it was understood in the former constitutional order (and in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal connected therewith).

The protection of acquired rights is regarded in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal as an element of the principle of trust in the State and the principle of trust in its laws, the two principles belonging to special principles stemming from the constitutional notion of a state ruled by law.

A discussion on the decisions of the Constitutional Tribunal relating to the issues of protecting legitimately acquired rights, along with appropriate outline of jurisprudential lines and their development (though with numerous dissenting opinions), would require a special study. Thus, it is worth pointing out that the most important issues raised in the jurisprudence have included the determination of: the objective scope of the protected rights; the subjective scope of the protection of legitimately acquired rights; the scope of protection and possibilities of its limitation (particularly in view of the political transformation and the state of public finances) as well as the infringement of the principle of protecting legitimately acquired rights.

Already in its Judgment of 4th October 1989 the Tribunal emphasized that both private and public rights (effective vis-a-vis the state) shall be safeguarded. At issue are only those rights (encompassing all branches of citizens' legal relationships) that possess statutory bases and, simultaneously, constitute the realization of fundamental rights of citizens, since the rights are functionally tied with the fundamental rights guaranteed by the Constitution.

The principle of protecting legitimately acquired rights covers solely justified and rational expectations. There are spheres of life and circumstances in which the individual has to take into account that a change in social or economic conditions may require changes in legal regulations, including those changes that forfeit or limit the hitherto guaranteed rights.

Of prime importance from the perspective of the constitutional principle of protecting acquired rights are the limitations or forfeitures stemming from substantive law. However, the principle of protecting acquired rights does not preclude the possibility of adopting new legal regulations concerning the procedure, unless the procedural guarantees in question are directly

related to the rights and freedoms that are constitutionally safeguarded, e.g. are connected with the exercise of the right to court (Article 45 of the Constitution) or with the principle of the presumption of innocence (Article 42 paragraph 3 of the Constitution).

While specifying the subjective scope of the principle of protecting legitimately acquired rights, the Tribunal in its Judgment of 24th May 1994 pointed out that such protection primarily applies to natural persons as well as other entities of private law. It does not, however, apply within the same scope to the State Treasury (i.e. the state as a party in private legal relationships), since, for conceptual reasons, it is not possible for the State Treasury to submit claims regarding the protection of acquired rights or other constitutional rights against the state itself. This is because the State Treasury is, in fact, the state itself, the only difference being that it is named in a specific manner, resulting from tradition, in private legal relationships.

It was pointed out in numerous decisions concerning the scope of protection of acquired rights and possibilities of the limitation thereof that an absolute protection of acquired rights would result in an ossification of the legal system, hindering the introduction of necessary amendments to the existing legal regulations. The Constitution allows for the adoption of regulations that limit or forfeit acquired rights, where it is justified by a constitutionally legitimate (determined) goal. Yet, while interfering with the acquired rights, the legislator should introduce legal solutions that limit, to the indispensable minimum, the negative effects arising for the interested parties and that enable them to adapt to the new situation, in particular, by way of introducing an appropriate *vacatio legis* or by way of adopting transitory provisions, which would make it easier for the addressees of legal norms to adapt themselves to new regulations. The assessment of the admissibility of exceptions to the principle of protection of acquired rights necessitates, in particular, a consideration of whether the expectations of an individual that the rights recognized by the State will be realized are justified. Accordingly, the principle of the protection of legitimately acquired rights should be regarded as an example of the legislator's behavior in the process of lawmaking. Simultaneously, it constitutes one of the requirements of the morality of law, a basis for a reliable prediction for life as well as a guideline for the development of law focusing on the claim, as opposed to the narrowing of citizens' rights. The principle of legitimately acquired rights leaves outside the guarantee of inviolability those rights that have been acquired illegitimately or in a vile manner or those rights that do not have any basis in the guidelines of the constitutional order in force on the date of adjudication. Furthermore, it solely safeguards justified expectations and does not encompass such spheres of life and such circumstances in which the individual has to take into account that a

change in social or economic conditions may require a change in legal regulations, including those changes that forfeit or limit the hitherto guaranteed rights.

The principle discussed above - as has already been emphasized - is not absolute in its nature. Accordingly, it does not prohibit legislative amendments regarding the situation of natural and legal persons.

V.

The notion of a legitimate expectation and a "maximally-shaped legitimate expectation" in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal It is widely known that the coming into existence of some elements indispensable for the acquisition of a right creates a state of anticipation (legal anticipation) called a legitimate expectation.

Already in its Decision of 30th November 1988 the Constitutional Tribunal pointed to the possibility of a constitutional protection of legitimate expectations, alongside legitimately acquired rights. Then, in its Decision of 11th February 1992 the Tribunal used the expression "maximally-shaped legitimate expectation" (MSLE) for the first time, emphasizing that only this kind of expectations should be encompassed by constitutional protection. The protection is realized in accordance with the same principles that are applied in the protection of acquired rights.

The protected legitimate expectations should fulfill all the fundamental statutory prerequisites necessary to acquire rights under the rule of a given statute, irrespective of the attitude thereto of a subsequent statute.

In a state ruled by law, the protection of legitimate expectations has the same grounds as the protection of acquired rights, the difference being of construction (not an already acquired right, but a lawful anticipation for the acquisition thereof upon fulfilling the requirements specified by statute), rather than of axiological nature.

However, in a dissenting opinion to the Judgment of the Tribunal of 24th October 2000, Judge Professor B. Lewaszkiewicz-Petrykowska pointed out that an MSLE must be characterized by a certain degree of stability (force), must create certain property situation (the case at issue concerned private law), and must be capable of being independent in transactions. Compared to a right, whose acquisition is preceded and secured by an MSLE, the latter is a self-contained entitlement autonomous in its nature. Therefore, it has to create a sufficient degree of certainty as regards the acquisition of a given full right. It is possible to talk about a maximally-shaped legitimate expectation where it satisfies all the necessary conditions, and the only thing absent is the final phase that decides upon the definitive transfer of the right onto the expecter.

In a number of decisions the Tribunal refused to recognize certain states as MSLEs. For example, in its Judgment of 10th July 2000 the Tribunal refused to recognize the right to conditional release from serving custodial sentence as a legitimate expectation under protection. At issue was the institution of the penitentiary law and a means of penal policy, and these may not become the object of automatic acquisition.

In its Judgment of 27th February 2002 the Tribunal refused to grant constitutional protection for the legitimate expectation regarding tax exemptions on the grounds of the universal nature of tax obligations. Taxpayers may not be granted the indefinite "right to tax exemptions" of a given type, to be introduced solely by reason of the fact that such type of statutory release had been granted in the past or within a significant period of a given tax year. In the opinion of the Tribunal, the legislator has the discretion in shaping tax liabilities (of course alongside retaining an appropriate *vacatio legis*, ensuring the protection of pending business).

In turn, in its Judgment of 28th October 2003 the Tribunal refused to grant the protection of possession the status of a legitimate expectation regarding the acquisition of the right to ownership.

A discussion relating to the entire, rich jurisprudence of the Constitutional Tribunal concerning the notion of a "legitimate expectation" and a "maximally shaped legitimate expectation" would require a special study.

VI.

Settling accounts with history (the reversal of relations: instead of the past in law, there are attempts to overcome the past by means of law) Law serves to respond to current needs. As has been presented above, it is necessary to refer to history and to documents connected therewith in order to emphasize both the continuity of the functioning principles and legal institutions and the need to protect rights associated therewith. Law, however, is sometimes used in a totally opposite direction, namely to overcome the past. This primarily concerns the issue of lustration. Between the years 1992 and 2007 the Constitutional Tribunal voiced its opinion in this respect on numerous occasions, in relation to subsequent legal regulations, including, in particular, those that are of statutory nature. Of greatest significance was the Judgment of the Constitutional Tribunal of 11th May 2007. The Tribunal decided on 77 constitutional legal issues associated with coming to terms with the communist past in Poland (the period of the Polish People's Republic). There were 9 dissenting opinions to the judgment, which points to an immense complexity and a considerably controversial nature of various legal aspects of lustration and the manner of regulating it.

Settling accounts with the past must not threaten the identity of a democratic state ruled by law. In other words, the dismantling of the heritage of the past must not be transformed into the dismantling of constitutional principles and values or into the return to the past times in the name of dealing with them.

Settling accounts with the past should, first of all, take place by means of legal agreements. They result in various attempts of reconciliations along with promises of a proper conduct in the future. By way of example it is possible to enumerate the Polish Round Table Agreement, the South African "Truth and Reconciliation Commission", the Swiss Independent Committee of Experts for "Nazi gold", the seeking of agreement between German industry and the former surviving forced labourers or the recent Northern Ireland settlement in the name of mutual future above petty divisions, when, in May 2007³ (following a 30-year-long fighting, which claimed 3,700 lives), certain prejudices grounded in the centuries-old past and a deeply rooted sense of hostility had been overcome, resulting in the establishment of a government led by two hitherto fierce opponents.

Any attempts aiming at overcoming the past by means of specific statutory solutions in a European Union state have to remain in accordance with the principles stemming from constitutional traditions common to all Member States (cf. also the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as Resolution No. 1096 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 1996) and have to be based on our Christian heritage, as expressed in the Preamble to the Constitution of the Republic of Poland of 1997). Hence, constitutional civil rights, respect for freedom, social dialogue and particular regard to the inherent dignity of any person must be guaranteed.

Most reservations arise in relation to the application of penal or quasi-penal measures to settle accounts with the past. Of course, at issue is not the prosecution of individuals for criminal acts, penalized under a universally binding penal code (the need for such activity is not disputed by anyone), but rather introducing various repressive measures against the defeated as a more or less disguised form of revenge or historical retaliation. It should be inadmissible to penalize, for example, by means of infamy, discretionarily chosen persons for acts or negligence which at the time of the commitment thereof were allowed and may not be recognized as an offence in light of general legal principles adopted by civilized nations.

The Constitution of the Republic of Poland does not envisage any specific solutions for dealing with the past. Article 241 paragraph 1 of the Constitution emphasizes the continuity of the Polish State. International

³ Case numbered K 2/07; The text of the judgement as well as its summary in English are available from the website of the Constitutional Tribunal: www.trybunal.gov.pl.

agreements, previously ratified upon the basis of constitutional provisions valid at the time of their ratification and promulgated in the Journal of Laws (*Dziennik Ustaw*), shall be considered as agreements ratified with prior consent granted by statute, and shall be subject to the provisions of Article 91 of the Constitution (with the provisos enumerated thereafter). This provision stresses the rank of treaties ratified when the Constitution of the Polish People's Republic of 1952 and the Constitutional Act of 1992 (the so-called Small Constitution) had been in force.

The Senate of the Republic of Poland, in the well-known Resolution of 16th April 1998 on the legal continuity between the Second (between the years 1918 and 1944) and Third Republic (since 1989), stated that the invalidity of "acts of statutory rank", infringing fundamental rights and freedoms of the citizen, "requires a statutory confirmation, whereas in case of other normative acts - a decision of competent organs of state authority". Accordingly, the invalidity may not be assumed implicit, for example, by adopting only one, specific version of history, in which the Polish People's Republic (between the years 1944 and 1989) would, in fact, be regarded as a criminal entity, excluded from the thousand-yearlong history of the Polish statehood. All settlements with the history have to be undertaken with due regard to the provisions of the Constitution, agreements and international treaties binding upon us, regulations within particular branches of law and statutes in force. The principle of the continuity of law excludes revolutionary methods, which had been practiced against, for example Charles I of England, Louis XVI of France or against the Tsar rule during the Bolshevik Revolution.

VII. Repeal of legal solutions by the Tribunal following the finding of unconstitutionality thereof

The primary task of the Constitutional Tribunal - as is well known - is the control of the hierarchical consistency of legal norms that is, deciding on whether lower ranking norms conform to higher ranking ones, in particular, to the Constitution.

The finding of unconstitutionality of a given legal regulation by way of a judgment of the CT results in the loss of binding force of the regulation.

The provisions of the Constitution of the Republic of Poland envisage universally binding application of judgments of the Tribunal (Article 190 paragraph 1), which stems from the principle of a state ruled by law (Article 2), the principle of legality (Article 7) as well as the principle of superiority of the Constitution.

Activities of the Tribunal are of different nature than activities of the legislative power; the former are instituted against the background of a dispute concerning the hierarchical conformity of the law in force and are undertaken in a procedure that is judicial in nature. The exclusive point of reference for the decisions of the CT is the law (legislation in force, with the Constitution in the first place). Therefore, the activity of the CT is described as that of a "negative legislator", which is contrasted with the activity of the "positive legislator", the latter possessing full legislative powers. The Tribunal does not have the lawmaking competence.

The weaknesses of the "negative legislator" mean that its decisions concerning the repeal of legal solutions (following the finding of unconstitutionality thereof) require further activity on the part of the "positive legislator". The realization of the CT judgments manifests itself in two aspects: positive, which encompasses the introduction of necessary amendments to the system of law, the aim being to maintain its coherence and completeness, and negative, consisting in a prohibition on passing regulations containing flaws that had been the cause for finding them unconstitutional.

The necessity or at least expediency to undertake appropriate activities by the legislator in order to restore a state of conformity to the Constitution most frequently is required in circumstances where: a) owing to the finding of unconstitutionality, a given regulation loses its binding force as of the date of the promulgation of the judgment, which results in a legal lacuna in a regulation in force; b) the finding of unconstitutionality of a legislative omission requires an introduction of an appropriate supplementing regulation; c) the finding of unconstitutionality of a given regulation is connected with a postponement of the loss of binding force thereof in order to allow for the adoption of appropriate legislative amendments; d) the finding of unconstitutionality or constitutionality of a given regulation, alongside the adoption of a specific understanding thereof or within a given scope, necessitates a precise specification of the legal provisions in view of the principles of clarity and legal certainty.

A special instance of expediency of undertaking changes in the legal system is connected with a situation, in which the loss of binding force of an unconstitutional regulation causes serious interpretational problems. Also in this respect, repeal by the constitutional court requires taking appropriate measures by the legislative power.

The above issues emphasize the need to create legal solutions that would ensure full realization of CT judgments, especially in light of the growing number of failures to abide by the judgments. Serious flaws and lacunae remain within the legal system for years, which may give rise to the danger of growth of anarchy therein. What is worth noting, not without a great satisfaction, is the activity of the Senate of the Republic of Poland in this

respect. Namely, on 9th November 2007 the Senate of the 7th term adopted an amendment to the Rules and Regulations of the Senate that introduced provisions regarding the realization of the Constitutional Tribunal's judgments. The new provisions of the Rules and Regulations of the Senate specify the procedure for undertaking by the organs of the Senate of activities whose aim is to fulfill the CT judgments. The goal of the procedure in question is the initiation of proceedings in order to restore the state of conformity to the Constitution. The proceedings consist in a legislative initiative and the submission to the Sejm of a bill that would take into account the effects resulting for the legal system following the judgment of the CT. While appreciating the significance of the activities of the Senate in this respect, one has to acknowledge that it is still too early to assess the introduced procedure and its influence on the observance of the CT judgments. The extent, to which the new regulation will contribute to the initiation of legislative work and, accordingly, will prevent the dangerous practice of not observing the CT judgments, is dependent upon the application thereof. It is also important to remember that, pursuant to the Constitution, the legislative initiative has been vested not only in the Senate, but also in the Sejm Deputies, the President of the Republic and the Council of Ministers, while undertaking activities aiming at the application of the CT judgments is a constitutional obligation of all organs of public authority.

Repeal by the constitutional court requires appropriate activity on the part of organs applying the law, since - as has already been pointed out - judgments by the Constitutional Tribunal are universally binding (article 190 paragraph 1 of the Constitution). Each judgment, irrespective of the type of proceedings and the initiating subject, produces certain effects for the pending and future court and administrative proceedings.

Courts and organs of administration must not refrain from applying the law as long as it is encompassed by the presumption of the constitutionality. The situation is much easier when this is the "positive legislator", and not the CT, which amends the hitherto binding solutions, because then both transitional and inter-temporal provisions find their application. The situation becomes complicated in case of the "Tribunal's repeal". This is because the law whose unconstitutionality was revealed only as the result of, and as of the moment of, a judgment by the Constitutional Tribunal remained for a certain period of time in force. After all, based on the law, invalidated by the CT, various legal activities had been undertaken both prior to the judgment and following its delivery, yet prior to the promulgation thereof. Meanwhile, the "negative legislator" (the CT) does not have the right to create appropriate transitional and inter-temporal regulations defining the effects of the judgment for the entire legal system. It may, at the most, rely on the ex post activities, that is, a delayed activities on the part of the "positive legislator". Neither the provision of Article 190 of

Constitution (nor any other provision) separately regulates the inter-temporal effects of a repealing judgment of the CT. This needs to be considered as a serious legislative omission.

Since its the decision acquired the feature of being universally binding (Article 190 paragraph 1 and Article 239 paragraph 1 of the Constitution), the Tribunal has been seeking surrogates (substitute means) to deal with certain inter-temporal issues following a repeal. Novel concepts have been promoted in the jurisprudence, such as so-called scope judgments, interpretative judgments or application judgments. A presentation of this complicated and very controversial subject matter would necessitate a separate study.

The aim of these efforts undertaken by the CT seems clear: at issue is the prevention of a situation in which the finding of unconstitutionality of a given solution results in an even greater state of unconstitutionality than the one which had been the subject of a successful application or complaint lodged to the Tribunal.

It is not always possible to solve a problem by way of specifying a new, different (from the date of the publication of a judgment) date for the end of the binding fore of the challenged legal act (Article 190 paragraph 3). Very often in such situations courts and organs of administration remain disorientated, since they do not know whether they may or even should apply provisions that had already been found defective during the period of a delay of entry into force of a CT judgment or whether, in cases suspended (in anticipation of a CT judgment), they should continue the suspension or, in cases still pending, stay the proceedings and wait for the end of the delay period.

In some cases the Tribunal *expressis verbis* excludes the retroactive effect of its judgment (which gives rise to sometimes strong criticism from juridical circles in light of the wording of Article 190 paragraph 4 of the Constitution) and, exercising its authority stemming from Article 190 paragraph 3 of the Constitution, imposes a statutory obligation to adapt the unconstitutional provisions to the binding norms within a strictly prescribed term.

The situation remains in conformity with classical rules of inter-temporal provisions, where the Tribunal's finding of unconstitutionality of a provision precedes a delivery of a judgment by a common court (obviously, the legal state on the date of pronouncement of the judgment is decisive in this case).

A much more complicated situation arises in the same circumstances before administrative courts, which are bound by a legal state on the date of issuing of a decision under review. Hence, a judgment of the CT regarding unconstitutionality should not, in principle, have any impact on the

content of a judgment by an administrative court that has reviewed a given decision. Therefore, it would be pointless for administrative courts to submit questions of law to the Tribunal (Article 193 of the Constitution), since they are bound by the date of issuing of the decision under review. Polish legal literature has recently presented a very interesting and important stance, aiming at finding a solution to the problem in question. The stance maintains that a repeal of a norm on the grounds of unconstitutionality renders any application thereof inadmissible, thus excluding the application of "normal" inter-temporal norms. Such so-called "super inter-temporal norm" may be reconstructed from the wording of Article 190 paragraph 4, Article 193, read in conjunction with Article 79 of the Constitution.

In my opinion, all the issues and dilemmas mentioned so far stem from the fact that solutions adopted in Article 190 paragraph 3 and 4 of the Constitution are not only incomplete, but simply defective. Definitely, legal effects arising from judgments of the Constitutional Tribunal require new regulation.

Pursuant to Article 190 paragraph 3 sentence 1 of the Constitution, a judgment of the Constitutional Tribunal shall take effect from the day of its publication; however, the Constitutional Tribunal may specify another date for the end of the binding force of a normative act. This suggests that a judgment declaring unconstitutionality acts prospectively, *ex nunc*, as opposed to retroactively. However, the wording of Article 190 paragraph 4 of the Constitution contradicts this finding. The indicated provision states that a judgment of the Constitutional Tribunal on the non-conformity to the Constitution, an international agreement or statute, of a normative act on the basis of which a legally effective judgment of a court, a final administrative decision or settlement of other matters was issued, shall be a basis for re-opening proceedings or for quashing decision or other settlement in a manner and on principles specified in provisions applicable to the given proceedings. The wording of Article 190 paragraph 4 of the Constitution indicates that a norm that does not conform to the Constitution is deemed invalid *ex tunc*. Accordingly, one deals with a retroactive effect of a CT judgment. Such internal contradiction between solutions contained within the same article of the Constitution not only gives rise to interpretational doubts, but also contributes to legal uncertainty and undermines the principle of substantive legality.

In my opinion, the above considerations point to the significance of the dynamic aspect of legality within the scope of protection of constitutional rights and freedoms. These issues, which are by their very nature difficult and complex, are strictly connected with legality both from the formal and from substantive perspective.

РЕЗЮМЕ

Когда имеешь дело с законодательством, основной акцент ставится на формальный и независимый аспект. С формальной точки зрения, законность гарантирует деятельность государственных органов на основании действующих законов, а с точки зрения независимого аспекта, законность подчеркивает важность содержания закона.

Защита прав Конституционным Трибуналом является элементом принципа доверия к государству и принципа доверия к закону. Эти два принципа относятся к особым принципам, вытекающим из конституционного понятия государства, в котором правит закон. Есть ситуации, когда индивид должен понимать, что изменения в социальных и экономических сферах могут внести изменения и в правовое регулирование, включая такие изменения, когда права, гарантируемые свыше, могут быть ограничены или полностью отменены.

Принцип защиты прав не препятствует возможности нового правового регулирования, касающегося процессуальных гарантий, которые связаны с защищенными Конституцией правами и свободами, например, право деятельности Суда (ст. 45 Конституции) или принцип презумпции невиновности (ст. 42, § 3 Конституции).

Многочисленные решения, относительно защиты и возможностей ограничения признанных прав могут привести к тому, что абсолютная защита приобретенных прав может препятствовать внесению необходимых дополнений в уже действующее правовое регулирование. Конституция разрешает такое регулирование, которое ограничивает уже признанные права в том случае, когда они одобрены конституционным законодательством.



ЧЕЛОВЕЧЕСКОЕ ДОСТОИНСТВО КАК ОСНОВНАЯ ЦЕННОСТЬ КОНСТИТУЦИИ ГЕРМАНИИ И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ КОНСТИТУЦИОННОЙ ПРАКТИКИ

ОТТО ЛЮХТЕРХАНДТ

профессор Гамбургского университета

I. Историческая записка: конституционализация нормы о достоинстве человека

Значение темы данной Конференции для конституционной практики Германии вряд ли можно переоценить! Именно вопрос о морально-политических ценностях и правовых принципах, вопрос о том, на какие фундаментальные ценности и принципы люди должны ориентироваться, стоял у колыбели конституционного развития Федеративной Республики Германия после второй мировой войны.

Тогда, когда народные представители - члены специально избранного для осуществления функции конституционного совещания "Парламентского совета"- приступили к государственной реорганизации Германии в рамках ее западных оккупационных зон, т. е. с осени 1948 г. по май 1949 г., проблема основных моральных и правовых ценностей была исключительно актуальной по двум причинам:

- 1) полный, сокрушительный крах антигуманной, человеконенавистнической идеологии национал-социализма, т. е. культа силы на основе мировоззрения социального дарвинизма, воинствующего расизма и антисемитизма, а также крах прусско-германского милитаризма и империализма - мифа о "Рейхе", не в последнюю очередь, также осознание потрясающих масштабов преступности и преступлений режима Гитлера, т.е. геноцид евреев, цыган, частично и поляков;
- 2) решительное отрицание советской системы, идеологии и практики сталинизма, которые именно тогда были навязаны жителям советской оккупационной зоны Германии немецкими коммунистами при активной поддержке и покровительстве Советского Союза.

Тогда идеологическая и политическая системы советского тоталитаризма были восприняты на западе Германии как не менее опасные, чем тоталитарная система нацизма! Более того, советскую систему считали еще более опасной, поскольку советская власть громко и лицемерно пропагандировала ценности гуманизма и представляла свою идеологию

и систему как образцовое осуществление наилучших ценностей просвещения, как апофеоз гуманизма. На самом деле политическая система сталинизма реально функционировала на основании противоположных принципов, механизмов и ориентиров: вождизма, обожествление власти, осуществления власти партверхушкой, партийным аппаратом по принципу недоверия к народу, без учета его интересов, а также легитимных интересов индивида, угнетения народа громоздким репрессивным аппаратом, тайной полицией в лице госбезопасности, "Штази". Одним словом, глубокий разрыв между провозглашенными ценностями идеологии и реалиями политической системы.

Отрицая как "правый", так и "левый" тоталитаризм, основоположники Конституции ("Основного Закона") Германии хотели провозгласить подлинные, как бы вечные ценности и принципы гуманизма согласно традициям иудаизма и христианства, а также философского идеализма классической эпохи просвещения. После долгого обсуждения этого поистине фундаментального вопроса они решили сформулировать статью 1 нашего Основного Закона таким образом:

- "(1) Достоинство человека неприкосновенно. Уважать и защищать его - обязанность всей государственной власти.
- (2) Посему немецкий народ признает неприкосновенные права человека в качестве основы всякого человеческого сообщества, мира и справедливости на земле.
- (3) Нижеследующие основные права обязательны для законодательной, исполнительной и судебной власти как непосредственно действующее право".

Человеческое достоинство или достоинство человека („Menschenwürde“) - ключевое понятие в данной статье. Основоположники сделали его буквально фундаментом нашей Конституции, всего государственно-политического строя Германии. Решение заложить положение именно о достоинстве человека в основу Конституции коренилось в двух очень важных, принципиальных и в то же время актуальных политических моментах:

во-первых, достоинство человека как категория играет существенную роль в философии Иммануила Канта, а до него у Пуфендорфа, Вольфа, Томасия - как всеохватывающее понятие того, чем человек как таковой отличается свободой, равенством, способностью к самостоятельности, к автономии, т. е. способностью по мере совести и разума "для себя самого" устанавливать "закон", управлять своим поведением;

во-вторых, другой причиной для решения включить норму о достоинстве человека в текст нашей Конституции была актуальная ситуация, сложившаяся в то время, когда конституционное совещание представи-

телей западной части Германии приступило к своей работе: тогда, осенью 1948 г., в ООН завершилась работа над Всеобщей декларацией прав человека от 10.12.1948. В её преамбуле, в первом абзаце записано:

“Принимая во внимание, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира”. Далее следует: “принимая во внимание, что пренебрежение и презрение к правам человека привели к варварским актам, которые возмущают совесть человечества...”.

Эти акты возмутили и совесть основоположников Конституции ФРГ, поскольку они были людьми, вернувшимися из концлагерей, а также из внутренней или внешней эмиграции. А до “Третьего Рейха” они были представителями демократического спектра Веймарской Республики. Потому они вполне разделяли идеи, заложенные во Всеобщую декларацию прав человека.

Статья 1 Основного Закона Германии представляла собой “премьеру” даже во всемирной конституционной истории, ибо впервые в текст Конституции была вписана норма о достоинстве человека, и закреплена она в самом её начале как самостоятельная норма, являющаяся фундаментом прав человека и гражданина.

На этом фоне не случаен тот факт, что в новых, постсоциалистических, посттоталитарных конституциях стран Восточной Европы, а также СНГ признание достоинства человека встречается довольно часто, преимущественно в главах о правах человека и гражданина, а также в главах об основах Конституции. Прекрасный тому пример Конституция Республики Армения - часть 1 статьи 3 провозглашает:

„Человек, его достоинство, основные права и свободы являются высшей ценностью”. А статья 14 гласит. “Достоинство человека уважается и охраняется государством как неотъемлемая основа его прав и свобод”.

На фоне этого развития небезынтересен тот факт, что глава 1 Хартии Европейского союза об основных правах, состоящая из пяти статей, имеет заглавие “Достоинство человека”, а её статья 1 является дословной цитатой вышеупомянутой первой части ст. 1 Основного Закона Германии. Это, кстати, не случайность, ибо “Конвент”, у которого было полномочие разработать данную Хартию (в 1999 г.), возглавлял немецкий государствовед проф. Роман Герцог, будучи Председателем Федерального Конституционного Суда, а потом Федеральным Президентом Германии. При открытии Конвента он попросил его членов положительно относиться к своему предложению поместить в начале Хартии норму о неприкосновенности достоинства человека. Так и случилось!

II. Правовое значение нормы о достоинстве человека в Основном Законе ФРГ и для её правопорядка

1) Принципиальные и фундаментальные аспекты

Правовое, юридическое значение нормы о неприкосновенности достоинства человека многогранно. Федеральный Конституционный Суд Германии раскрыл его уже вскоре после своего учреждения (в 1951 г.) и продолжает работать в этом направлении до сих пор. Я выделяю самые важные аспекты:

1) провозглашение достоинства человека в самом начале Конституции означает признание его высшей ценностью и в то же время (и потому!) её нормативно-правовым фундаментом;

2) норма о достоинстве человека в конечном счете является целью всей деятельности государства, всех его институтов и органов всех ветвей власти, а потому высшим и окончательным масштабom для оценки легитимности государственной деятельности;

3) признание достоинства человека высшей правовой ценностью Конституции означало существенное изменение в концепции и догматике правового государства в Германии, т. е. переход от его узкого, "формального" понимания к материальному пониманию: в отличие от общей теории о государстве вплоть до конца Веймарской Республики правовое государство в ФРГ понимается не только как совокупность институциональных норм, формальных процедур и организационных механизмов, а как государство, в котором все ветви власти, включая и законодательную власть, связаны нормой о достоинстве человека, а также вытекающими из неё правами человека и гражданина. Наша Конституция венчает эту концепцию прямым запретом изменения статьи 1 Основного Закона, пытаясь таким образом увековечить действие нормы о достоинстве человека. На страже соблюдения государственными органами данной обязанности стоит конституционное правосудие - Федеральный Конституционный Суд и конституционные суды (16-ти) земель. А высшей гарантией эффективности и действенности правового государства является несомненный, неоспоримый авторитет этих судов в обществе, в государстве и у граждан.

2) Конкретные юридические последствия гарантии достоинства человека для правового положения индивида

В течение своей деятельности Федеральный Конституционный Суд раскрыл конкретное содержание базовой нормы о неприкосновенности достоинства человека. Он пришел к выводу, что данная норма имеет два правовых измерения — объективное и субъективное.

1. Как **норма объективного права** конституционная гарантия человеческого достоинства обязывает государство в целом и все его органы в отдельности не только уважать, но и охранять и защищать достоинство людей, их права и свободы. Вот конечная основа государственной деятельности по обеспечению, помимо прочего, безопасности, спокойствия граждан в обществе посредством административных, правоохранительных и судебных органов. Объективно-правовая сторона нормы о достоинстве человека реализуется преимущественно принятием законов, то есть законодательной властью, Парламентом, а именно - законами в сфере гражданского, экономического, трудового, уголовного и процессуального права.

2. Постольку, поскольку человек - гражданин, иностранец или лицо без гражданства - вправе требовать от государственных органов, принадлежащих к разным ветвям власти, чтобы они не нарушали достоинство человека, не посягали на него, оно является **нормой** и **субъективного права**. Это значит, что гарантия человеческого достоинства сама является правом человека. Каково его содержание? Исходя из практики Федерального Конституционного Суда, достоинство человека как субъективное право конкретизируется в двух измерениях: в *негативном (отрицательном)* и в *позитивном (положительном)*.

Подход к определению содержания права человека на достоинство в **негативном** плане Суд искал у Им. Канта, который писал, что из-за своей ценности каждый человек сам по себе является самоцелью. Поэтому государству при преследовании своих целей запрещено превращать человека в средство или инструмент или - как сказал Кант - только в **объект** государственной деятельности. Это недопустимо!

Из этой "объектной формулы", как она называется в Германии, вытекают некоторые чрезвычайно важные правовые запреты, а именно:

- 1) запрет на применение пыток;
- 2) запрет рабства;
- 3) запрет на принудительное приведение в состояние невольного поведения, например, путем гипноза;
- 4) запрет на манипуляцию генофондом определенного человека, например, клонирование с терапевтической или репродуктивной целью.

Специально в сфере государственной службы действует норма, которая запрещает выполнять даже по приказу вышестоящих должностных лиц любые действия, нарушающие достоинство человека. Такой приказ не освобождает его исполнителя от уголовной ответственности!

Что касается **положительного** подхода к определению содержания достоинства человека, здесь центральную роль играют концепция "самоопределения человека", а также его право на саморазвитие. Из этого вытекает право самому решать вопрос о разглашении своих личных данных или вопрос о распространении фотографий данного лица в общественной среде и т. д.

Федеральный Конституционный Суд также постановил, что признание достоинства человека обосновывает право каждого человека на то, чтобы государство обеспечивало его средствами к существованию, достаточными для жизни на минимальном уровне, т. е. жильём, едой, одеждой и т. д., одним словом, оказывало нуждающимся социальную помощь.

В юридической литературе, а также в общественных кругах Германии уже довольно долго обсуждается вопрос о том, насколько гарантия неприкосновенности достоинства человека предоставляет ему право на гуманное прекращение жизни, и если такое право признается в принципе, то каково его содержание? Не менее активно обсуждается вопрос о том, с какого момента субъект существует в качестве "человека", имеющего достоинство: с момента рождения или если еще раньше, то с какого месяца конкретно, а может быть, даже с зачатия. Поскольку в сфере генетики и медицины, в частности, в методах лечения наблюдается прогресс, то вместе с шансом действовать во благо человека возникают и определенные опасности посягательств на достоинство человека. Вследствие этого развитие достоинство человека как базовая конституционная ценность за последние годы в Германии все больше и больше оказывалось в центре общественного внимания и споров.

SUMMARY

Judicial and legal meanings of the norms of inviolability of human dignity are diverse. The Federal Constitutional Court of Germany revealed them after its foundation in 1951.

1. Proclamation of the human dignity just at the beginning Constitution means recognition of it as the supreme value and as well its normative-legal basis,
2. Norm of the dignity of a person eventually becomes the goal of the activity of the state, of all its institutions and organs of all branches of power,

3. Recognition of the dignity of a person as a legal supreme value of Constitution means essential amendments in the conception and dogma of the judicial state in Germany.

As norm of objective law the constitutional guarantee of human dignity binds the state and its organs not only respect, but also secure the dignity of people, their rights and freedoms. As a person, a citizen, foreigner and entity without citizenship demands from the state organs, which belong to different branches off power, so that they do not violate the human dignity and this becomes the norm and subjective law.



THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE PROTECTION AND DEVELOPMENT OF CONSTITUTIONAL VALUES IN ITALY

TANIA GROPPI

*Professor of the Department of Economical Law,
University of Sienna, Italy*

I. BASIC FEATURES OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN ITALY

1. Composition and competences of the Constitutional Court

The Constitutional Court was introduced for the first time in Italy in the 1948 Constitution, enacted by the Constituent Assembly after the fall of the Fascist regime and the end of the World War II. The Constitution establishes a 'constitutional democracy'¹: it means, a form of government in which the sovereignty belongs to the people, but it has to respect a 'rigid' constitution, entrenched by a difficult amendment process. The previous Italian Constitution, the '*Statuto Albertino*' 1848 was a flexible Constitution, such as most of the European Constitutions of 19th century, thus the problem of judicial review of legislation was never raised in the Kingdom of Italy, in which the doctrine of supremacy of Parliament was largely accepted both by public institution (including the judiciary) and by the scholarship².

The framers of the Italian Constitution, having opted for a 'rigid' constitution, decided to introduce a system of constitutional review that was ranked among the various "guarantees of the Constitution" (Articles 134-139)³. They rejected the few proposals oriented at the introduction of a decentralized system, American-style, and, in accordance with the dominant constitutional trends in postwar Europe (particularly as expressed by Hans Kelsen), they designed a system of centralized review, with the creation of an 'ad hoc' organ of constitutional justice separate from the judiciary⁴.

The Constitutional Court's composition reflects the effort to balance the need for legal expertise, characteristic of a judicial body, against the

¹ Among Italian scholars, the concept of 'Constitutional Democracy' has been developed mainly by Zagrebelsky G (1992), *Il diritto mite* Einaudi.

² Luther J *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento* (1990) Giappichelli.

³ We pointed out the important link between a democratic state governed by law, a rigid constitution, and constitutional review, in the Italian experience, in Rolla G; Groppi T 'Between Politics and the Law: The Development of Constitutional Review in Italy' in Sadurski W (ed) (2002) *Constitutional Justice, East and West* Kluwer Law International.

⁴ The debates in the Italian Constituent Assembly are summarized in Pizzorusso A; Volpe G; Sorrentino F; Moretti R; 'Garanzie costituzionali. Artt. 134-139' in Branca G (ed), *Commentario della Costituzione* (1981) Zanichelli.

acknowledgment of the inescapably political nature of constitutional review⁵: fifteen judges, chosen from among legal experts (magistrates from the higher courts, law professors, and lawyers with more than twenty years of experience), one-third of whom are named by the President of the Republic, one-third by Parliament in joint session, and one-third by the upper echelons of the judiciary.

Many scholars link to the necessity to find a balance between politics and the law also one of the main features of the proceeding of the Italian Court, that is a rarity in the comparative perspective: the prohibition of the expression of dissenting (or concurring) opinion by the judges, the secret of deliberation and the related principle of collegiality. According to them, the collegiality principle is a way to protect the Court from the pressures and interferences of politics, giving to the judge the opportunity to express freely their opinion, without having to justify their position outside of the Court⁶.

The powers of the Constitutional Court, defined in Article 134 of the Constitution, are typical of constitutional tribunals.

The Court has the power:

- a) to adjudicate the constitutionality of laws and acts having force of law, issued by the national and regional governments;
- b) to resolve separation-of-power conflicts between organs of the national government, between the national and regional governments, and between regions;
- c) to adjudicate crimes committed by the President of the Republic (high treason and attack on the Constitution).

Article 2 of Constitutional Law n. 1 of 1953 added a further power beyond those listed in the Constitution:

- d) to adjudicate the admissibility of requests for referenda to repeal laws, which may be sponsored by 500,000 voters or 5 regional councils pursuant to Article 75 of the Constitution.

1.2. Limitations on the competences of the Constitutional Court and the importance of the indirect review

Compared to other models of constitutional adjudication, especially the most recent ones, these competences seem notable for being so apparently limited and minimalist⁷.

⁵ This balance has been pointed out by Zagrebelsky G *Giustizia costituzionale* (1988) Il Mulino, 1988, that remains the most complete study on the Italian Constitutional Court.

⁶ This is the point of view of Zagrebelsky G *Principi e voti* (2005) Einaudi.

⁷ For a general overview of the competences of the Constitutional Court see Cerri A *Corso di giustizia costituzionale* (2001) Giuffrè 1997; Ruggeri A; Spadaro A *Lineamenti di giustizia costituzionale* (2004) Giappichelli; Malfatti E; Panizza S; Romboli R *Giustizia costituzionale* (2003) Giappichelli.

On the one hand, the Italian Constitutional Court has no powers beyond constitutional adjudication (aside from adjudicating crimes committed by the President of the Republic) which are present in other systems of constitutional law, and which could almost be labeled political: for example, many systems involve powers relating to electoral issues, supervision of political parties, and ascertaining the incapacity of the President of the Republic.

On the other hand, with regard to the Court's main power of reviewing the constitutionality of laws, several limitations arise from Articles 134-137 of the Constitution, Constitutional Law n. 1 of 1948, and Law n. 87 of 1953. These limitations concern the means of triggering constitutional review, the object that it reviews, and the types and effects of its decisions.

First of all, access to constitutional review is rather circumscribed: the Italian system offers only *a posteriori* review, which arises out mainly of a separate judicial proceeding (indirect review). There is also an avenue of direct review, according to the Article 127 of the Constitution, but it is rather circumscribed. The national government and the regional government may challenge, respectively, a regional or a national statute within sixty days from its publication. In this way, the direct review is only a tool for the guarantee of the constitutional separation of powers between national and regional governments. Neither private citizens nor parliamentary groups nor local (sub regional) governments can directly invoke the Court's jurisdiction.

The indirect review is the only general avenue for submitting a question to the Constitutional Court that is not related with the division of competences. The keys that open the door to constitutional review are primarily in the hands of ordinary judges, who therefore perform the important function of screening the questions that the Court will be called upon to answer.

In order to submit a question to the Constitutional Court, a judge must explain why it is relevant and not patently groundless. As for the first requirement, the judge must establish that judgment in the pending case 'could not be reached independently of the resolution of the constitutional question.' In other words, the challenged law must be necessary and unavoidable for resolution of the lawsuit. With regard to the second requirement, the judge must entertain a plausible doubt about the constitutionality of the legal rule that must be applied to resolve the case at bar. The judge must not express an opinion about the constitutionality of the rule (that job belongs to the Constitutional Court) but must determine whether the challenge has any colorable legal basis.

The constitutional proceeding begins with a certification order, whereby the judge suspends all proceedings and submits the question to the

Constitutional Court. In that order, the judge must indicate not only the relevance and plausibility of the question, but also the 'object' and 'parameter' of review: that is, he must identify the challenged law and the constitutional provision that it violates. The Constitutional Court's first task is to verify the existence of these elements, before turning to the merits.

Secondly, the 'object' of constitutional review is represented exclusively by laws and by acts having force of law. On the other hand, constitutional review encompasses neither sources of law inferior to statutes, unlike many other constitutional systems, nor court judgments.

Furthermore, the Court may not wander from the '*thema decidendum*' (that is, the object and parameter of review) identified in the certification to the Court. As stated in article 27 of Law n. 87 of 1953, 'The Constitutional Court, when it accepts an application or petition involving a question of constitutionality of a law or act having force of law, shall declare, within the limit of the challenge, which of the legislative provisions are illegitimate.' In other words, constitutional review is limited to the question presented, and occurs 'within the limit of the challenge.' Article 27 itself carves out an exception to this general principle: The Court may also declare 'which are the other legislative provisions whose illegitimacy arises as a consequence of the decision adopted.' At issue here is 'consequential unconstitutionality.'

Thirdly, there is a limited range of decisions that resolve the process of constitutional review. Aside from decisions that are interlocutory or reject a question on procedural grounds, decisions either *accept* or *reject* constitutional challenges, known respectively as *sentenze di accoglimento* and *sentenze di rigetto*. The consequences of these two sorts of decisions, including their temporal effects, are rather straightforwardly defined by law.

Decisions that *reject* a constitutional challenge do not declare a law unconstitutional. They merely reject the question as it was raised. These judgments are not universally binding, that is, they are not effective *erga omnes*. Thus, the same question can be raised again, on the same or different grounds; only the judge who has certified the question cannot raise it again in the same lawsuit. For this reason, such judgments are said to be effective only as between the parties, that is, *inter partes*. On the other hand, judgments that *accept* a constitutional challenge are universally binding (or, put another way, are effective *erga omnes*) and are retroactive, in the sense that the constitutional rule cannot be applied beginning on the day after the judgment is published. This retroactivity is limited by what are called '*rapporti esauriti*,' which might be translated as 'concluded relationships.' For reasons of convenience and legal certainty, judgments do not affect situations that were already resolved by

final judgments or claims that are barred by statutes of limitations or the like. Yet there is an exception to this rule where a final criminal conviction has been entered pursuant to the law now declared unconstitutional: the law provides that such a conviction and any related punishment should cease.

Moving from a simple list of the Court's powers to statistics about its activities, the limited nature of its powers becomes even clearer. The vast majority of the Court's activity is dedicated to the constitutional review of laws, overshadowing its other powers, in particular with regard to national-regional conflicts.

Within this category of constitutional review, particular importance is assumed by 'incidental' review or certified questions, which has absorbed most of the Court's energy during its more than fifty years, and which therefore deserves the bulk of our attention⁸.

II. EVOLUTION OF THE ITALIAN MODEL OF JUDICIAL REVIEW

2.1. A centralized and concrete model of constitutional review

An analysis of the powers granted by the Constitution and a glance at the procedures used are indispensable for understanding the mechanics of the Italian Constitutional Court, yet they are not sufficient for comprehending the role it plays in the legal system. To this end, one must consider other aspects, taking account of history and considering the provisions governing constitutional review in the light of the dynamism of its jurisprudence.

It is hard to understand the current system simply by looking at the statute books. Theory traditionally distinguishes between the North American model ('judicial review of legislation') which is diffuse, concrete, and binding as between the parties, and the Austrian model (*Verfassungsgerichtbarkeit*) which is centralized, abstract, and binding universally. Judged against this backdrop, the Austrian model clearly had the greatest influence on the framers of the Italian Constitution.

Undoubtedly, the implementation of Italian system has not maintained the purity of Kelsen's Austrian model, having introduced some features that approach the American model of judicial review.

As an initial matter, the centralization of review has been mitigated by endowing ordinary judges with two important powers: first, as we already said, the decision whether or not to raise a constitutional question; second,

⁸ Data about the work of the Court may be found in Celotto A *La Corte costituzionale* (2004) Il Mulino; Romboli R (ed) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1990, 1993, 1996, 1999, 2002, 2005) Giappichelli; and on the annual report of the President of the Court, published on the website of the Court: <www.cortecostituzionale.it>.

the constitutional review of rules that are subordinate to statutes (a power of review that belongs exclusively to ordinary courts). This peculiarity has a significant impact on how we classify the Italian system, since it indicates that it is not an absolutely centralized model of constitutional review, but rather a model with some features of diffuse review.

Furthermore, the requirements that the question be relevant and explained by the certifying judge have introduced into the process features similar to those contained in systems of concrete review, although the Court will review the constitutionality of the statute, but it will not decide the case: the decision is up to the ordinary judge, that has to wait (as the ordinary trial is suspended) the decision on the constitutionality of the statute, before reassuming the proceeding.

The hybrid nature of the Italian system is highlighted by the Court's practice which, in some phases, has helped to increase the degree of concreteness of its judgments. In this regard, one can emphasize the following developments:

- a) The drastic reduction of time taken to decide a case and the consequent elimination of pending questions, that happened in the early 1990s, means that a constitutional decision increasingly has concrete effects for the parties in the case at bar⁹;
- b) The Constitutional Court has increasingly employed its evidence-gathering powers before deciding questions¹⁰. As a result, the Court can better understand the practical aspects of the question that gave rise to the constitutional challenge, the effects that would flow from the Court's judgment, and the impact of a judgment on the legal system;
- c) An interpretative continuum has arisen, in two respects, between the Constitutional Court and ordinary courts (in particular, the Court of Cassation and the Council of State). On the one hand, the legal principles and interpretations of the Constitution provided by the Constitutional Court acquire force for all legal actors, especially courts that must directly apply the Constitution or review rules that are subordinate to statutes. On the other hand, when resolving constitutional questions, the Constitutional Court tends to address the legal provision in question not in the abstract, but as it has been concretely applied. The Court tends to rule on the "living law," or the rule as it has been interpreted in case law. In this way, there seems to have been a tacit division of labor between the Constitutional Court and ordinary courts, so that each endorses and approves the other's interpretation within its own sphere. This tendency may be broken by the excessive speed of the Court in deciding cases: the

⁹ On this new phase of constitutional justice in Italy see the essays published in Romboli R (ed) *La giustizia costituzionale a una svolta* (1990) Giappichelli.

¹⁰ As I tried to show in my book: Groppi T *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi* (1997) Giuffrè.

object of the proceeding may very well be a statute for which the 'living law' has yet to be consolidated¹¹.

One can undoubtedly affirm that the Italian system has evolved in a direction that blurs the distinction between the two traditional theoretical models, giving rise to a 'third way' or, perhaps more accurately, to a hybrid system that is open to the influences of both great models. As shown above, the Italian system contains elements from various systems of constitutional review: the system is centralized for laws and acts having force of law, but diffuse when reviewing a subordinate rule; the decisions of the Court are universally binding when they strike down a law, but are binding only between the parties when they turn away a constitutional challenge.

2.2. 'Interpretative' and 'manipulative' judgments and relations with courts and the legislature

The powers of the Italian Constitutional Court and the process of constitutional review were regulated in the years immediately after the entry in force of the Constitution and have not changed much since, although it has to be pointed out that the constitutional review, unlike other judicial proceedings, is marked by a greater degree of procedural flexibility. This flexibility arises not from the lack of a dedicated set of rules, but from the Constitutional Court's freedom to interpret and apply its procedural rules. The Constitutional Court, unlike other Italian courts, possesses normative powers with respect to its own proceedings that find expression either in the adoption of formal procedural rules (that is, 'rules for proceedings before the Constitutional Court') or in simple procedural decisions. This room for maneuver allows the Court to modify its prior practice, or procedural rules themselves, in order to achieve a desired goal, or to more fully effectuate constitutional values.

This 'discretion' enjoyed by the Constitutional Court has divided scholars: some authors claim that the Constitutional Court's activity should be subjected to established procedural rules that are spelled out with precision, while others believe that a certain measure of discretion is unavoidable, given the nature of judicial review. This disagreement mirrors the larger debate between those who emphasize the judicial nature of constitutional review and those who instead focus on its necessarily political nature¹².

In this way, the Constitutional Court has revamped its own procedural tools, primarily through interpretation rather than rulemaking. The Italian Constitutional Court has shown most creativity in the effects of its own decisions, especially in their effects on the legal system.

¹¹ See Pugiotto A *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"* (1994) Cedam.

¹² This debate has been summarized in the essays published in Romboli R (ed) *La giustizia costituzionale a una svolta* (1990) Giappichelli.

The Constitution and statutes govern only the structure and effects of judgments that accept or reject a constitutional challenge. The rich variety of judgments that characterize the Italian constitutional system arise from the creativity of the Court, which has found ways to solve problems not so much by drawing on abstract theory, but on the necessity to respond to specific practical needs.

In particular, the various types of judgments arise from the necessity, recognized by the Constitutional Court, to consider the effects of its decisions and to calibrate their impact on the legal system and on other branches of government, in particular on Parliament and the judiciary¹³.

This result was made technically possible by the theoretical distinction between '*disposizione*' and '*norma*,' or legal 'texts' and 'norms'¹⁴. A 'text' represents a linguistic expression that manifests the will of the body that creates a particular legal act. A 'norm,' on the other hand, is the result of a process of interpreting a text. By use of hermeneutic techniques, one can derive multiple norms from a single text or a single norm from multiple texts. This distinction between text and norm is particularly important in that it permits the separation of the norm from the literal meaning of the text, in a way cutting the umbilical cord that link them at the moment the text is approved. This distinction allows the system to evolve, facilitating the interpreter's creative activity and helping to reduce the 'destructive' activity of the Court, with its consequent gaps in the legal system, giving it the ability to operate with more surgical precision.

A. *Relationship with the courts*

The need to establish a relationship with the courts, which are charged with interpreting statutory law, has led the Constitutional Court to issue two kinds of decisions, 'corrective' decisions and 'interpretative' decisions (which can come when the Court either strikes down or upholds a law). These two kinds of decisions have allowed a division of labor between the ordinary courts and the Constitutional Court and have mitigated conflicts that arose during the Court's early years.

a) With its so-called '*corrective*' decisions, the Constitutional Court avoids the merits of the constitutional question. It limits itself to stating that the statutory interpretation of the certifying judge is incorrect, in that he failed to consider either the teaching of other courts, a consolidated interpreta-

¹³ On this judicial creativity see Pinardi R *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità* (1993) Giuffrè; Pinardi R *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore* (2007) Giuffrè.

¹⁴ On this distinction see Crisafulli V *Lezioni di diritto costituzionale*, vol.2, *La giustizia costituzionale* (1984) Cedam.

tion of the law in question, of the plain meaning of the text or, increasingly, of a possible interpretation that would conform to the Constitution.

b) With '*interpretative*' decisions, the Constitutional Court adopts one of the possible interpretations of the challenged text, choosing one that is either consistent with the Constitution (i.e., *a sentenza interpretativa di rigetto*) or one that is contrary to the Constitution (i.e., *a sentenza interpretativa di accoglimento*).

In particular, in the absence of 'living law,' the Court proposes to the courts an interpretation that would render the statute consistent with the Constitution, thereby saving it from unconstitutionality. With such an interpretative judgment that 'rejects' a challenge, the Court reaches the merits and declares the challenge 'unfounded' insofar as the law can be attributed a meaning consistent with the Constitution, which is different from the one given it by the certifying judge or the petitioner. Among the possible meanings of the text, the Court chooses the one that is compatible with the Constitution, putting aside those which could conflict with the Constitution.

Such an interpretation offered by the Court is not, however, universally binding. It is effective only insofar as its opinion is persuasive or its authority as constitutional arbiter is convincing. A legal duty is created only in relation to the judge who raised the question. In the case at bar, the norm cannot be applied according to the interpretation initially proffered by the judge in the certified question.

c) Faced with this tendency of judges to ignore legal interpretations offered by the Court, the Court has discerned a need to overcome the structural limits of interpretative judgments that *reject* a challenge. It has therefore issued interpretative judgments that *accept* a challenge. In such judgments, the Court chooses among the possible meanings of a norm and declares unconstitutional the one that is incompatible with the Constitution. All other possible meanings of the text remain available; the interpretative approach is similar to that of the kind of judgment discussed just above, but the practical effects are different. With interpretative judgments that *accept* a challenge, the Court does not eliminate the text from the legal system, but only one of the norms to which the text could give rise. The text, in other words, continues to be applied and is therefore effective, except for the norm deemed unconstitutional.

B. Relationship with the legislature

While '*interpretative*' judgments seem designed to address the relationship between the Court and ordinary courts, other sorts of decisions have instead affected the relationship between the Court and the legislature.

a) An especially delicate issue has been the use of *'additive'* judgments, whereby the Court declares a statute unconstitutional not for what it provides, but for what it fails to provide. In this way, the Court manages to insert new rules into the legal system, which cannot be found in the statutory text. This kind of decision runs contrary to Kelsen's model of constitutional review, according to which a constitutional court ought to be a *'negative legislator.'* With these judgments, the Constitutional Court transforms itself into a creator of legal rules, thereby playing a role that in our system belongs principally to Parliament. Yet in many cases, the mere nullification of an unconstitutional law would not solve the problem posed by the constitutional question, and the addition of a missing rule is the only way to remedy the violated constitutional value and, therefore, offers the only way for constitutional law to perform its task.

A first effort to limit the creative impact of such judgments is the rule that they are appropriate only where it is said, to use a poetical metaphor, that the judgment inserts only *'rime obbligate,'* or *'obligatory verses,'* into a statute. That is, the norm proposed by the Court is logically necessary and implicit in the normative context, thereby eliminating any discretionary choice.

b) A second effort to eliminate the interference with the parliamentary realm implied by these judgments has led, in recent years, to the development of slightly different judgments, which are described as adding only *'principles'* rather than norms. These are known as *'additive di principio.'* In these decisions, the Court does not insert new rules into the legal system, but only principles that the legislature must implement with statutes that are universally effective. In its opinions in such decisions, the Court indicates a deadline within which the legislature must act and sets forth the principles it must follow. In this way, a single decisional tool manages to combine the contents of an *'additive'* judgment with a sort of *'delegation'* order, in order to reconcile the immediacy of the Court's *'acceptance'* of the constitutional challenge with the preservation of the legislature's discretion. These judgments pose greater problems with regard to their effectiveness vis-a-vis ordinary judges. Although in most cases it is considered that legislative action is needed to apply the principle, in some cases judges have considered themselves capable of applying the Court's decision to arrive at a rule governing the case at bar.

c) Another type of decision born of the necessity of caution in relation to the legislature is the so-called *'admonitory'* decisions or *'doppie pronunce'* - what one might call *'repeat or follow-up judgments.'* The Court has resorted to these tools when it has faced highly politicized questions. In these cases, it has preferred to bide its time and hint at its decision that the challenged norm is unconstitutional, without explicitly declaring it so.

The Constitutional Court has introduced a logical split between its judgment and its opinion: The former announces that the constitutional question is 'inadmissible'; the latter, however, clearly indicates that the constitutional doubts are well-founded. Structurally, '*doppie pronunce*' imply that in the first instance the Court will reject the certified challenge, asking the legislature to act. If Parliament does not act and the question is raised again, the Court will respond with a judgment that accepts the constitutional challenge, declaring the law unconstitutional.

d) Finally, the highly political nature of some issues, combined with the need to balance the defense of social rights against the state's financial crisis, have obliged the Constitutional Court to modulate the temporal effects of its decisions that strike down laws as unconstitutional. In this way, the Court tries both to assure that the Government and Parliament have the time needed to fill the gap created by its nullification of a law, and to strike a balance between the constitutional rights central to the social welfare state and the scarcity of economic resources.

This problem is not unique to the Italian legal system. Comparative law offers several solutions. The Austrian Constitutional Court can postpone the effects of a judgment nullifying a law for up to one year, thereby letting parliament regulate the area and avoid legal gaps. The German federal court can also declare laws simply 'incompatible' (*Unvereinbarkeit*), without declaring them nullified, or can declare that a law is 'still' constitutional. In that case, the law is declared only temporarily constitutional. The court retains its power to declare the law unconstitutional if the legislature does not modify the law to conform to the court's judgment.

In Italy, by contrast, the temporal effects of judgments that accept a constitutional challenge are rigidly established. The Constitutional Court has tried, through its case law, to spread over time the effects of its decisions in two ways. First of all, it has imposed limits on the retroactive effects of its decisions accepting constitutional challenges (in order, for example, to protect certain trial proceedings) through what have been labeled judgments of 'supervening unconstitutionality.' In these cases, the norm is not nullified *ab initio*, but only from the moment at which it becomes defective. The simplest example is when a new constitutional norm takes effect, but one could also imagine a change in the economic or financial environment, in social attitudes, or in a more general change in conditions that leaves a norm incompatible with the Constitution.

Finally, the Court can postpone the effects of a declaration of unconstitutionality (for example, where judgments lead to expenses for the public treasury), leaving the legislature a fixed amount of time to act before the statute is nullified. These are decisions of 'deferred unconstitutionality,' where the Court itself, based on the balancing of various constitutional val-

ues, pinpoints the date on which the law is nullified. Such decisions pose serious problems of compatibility with the Italian system of constitutional review, in that they do not affect the case at bar, thereby detracting from the concrete nature of review that characterizes the system.

III. The main stages of development of Italian constitutional review in the last fifty years

To evaluate the role played by the Constitutional Court in the Italian constitutional system, its relationship with other branches of government and with parliamentary democracy, one can delineate (at the risk of oversimplification) several stages in its development¹⁵.

3.1 Promotion of reforms

The first period (from the 1950s, when the Court was established, to the early 1970s)¹⁶ could be described as 'implementation of the Constitution' or 'promotion of reforms.' This period was characterized by the central role played by the Constitutional Court in the modernization and democratization of the Italian legal system, as well as in the affirmation of the values contained in the new republican Constitution. In this process of systemic reform, the Court acted as a stand-in for Parliament, which was slow and timid in modifying statutes inherited from earlier times. In this phase, the Constitutional Court took on what might be described as a 'didactic' function, in that it breathed life into the Constitution's principles and brought them to the attention of society, as well as a catalyzing function, as it renewed the legal system by eliminating norms contrary to the Constitution.

The Constitutional Court found itself constantly filling in for Parliament, which pursued statutory reform slowly and hesitatingly, and found itself in conflict with the highest levels of the judiciary, in particular with the Court of Cassation and the Council of State, according to whom programmatic constitutional norms did not provide grounds for judicially reviewing legislation. Beginning with its first judgment (n. 1 of 1956), which constitutes a landmark in Italian constitutional law, the Court affirmed the binding nature of all constitutional norms (thereby overriding the classic distinction between perceptive and programmatic norms), specifying their binding character not only in relation to the government, but also private parties,

¹⁵ We will follow the periods proposed by Cheli E *Il giudice delle leggi* (1996) Il mulino 1996. The decisions of the Court are available on its website, already quoted supra at note 8, and on the website <www.giurcost.org>, where it is possible to search for subject or words.

¹⁶ The Constitutional Court was established only in 1956, with a delay of eight years. The difficulty of establishing the Court was due to the resistances of the government that tried to avoid the counter majoritarian limitation always determined by the constitutional justice. During this period of time, according to the VII transitional rule of the Constitution, the judicial review was up to the ordinary courts, following the decentralized system. The lack of the 'constitutional sensibility' of the ordinary judges explains the little amount of cases in which a statute was set aside because unconstitutional.

and reiterated its power to review laws that predated the Constitution. In this way, thanks also to the stimulus provided by progressive elements of the judiciary, which raised numerous constitutional challenges to laws enacted before the Constitution concerning liberty as well as social and economic rights, the Constitutional Court was able to purge the legal system of numerous unconstitutional norms dating to the nineteenth century as well as to the fascist era. Worthy of note are the Court's actions to protect personal liberty (such as its judgments in connection with the public security law of 1931 and the old system of unlimited pretrial detention), freedom of expression (which was purged of the worst lingering traces of fascism, the multiple permits to be obtained from the police), freedom of assembly (the Court declared unconstitutional a law that required prior notice for assemblies in public places, judgment n. 27 of 1958), and gender equality (the Court declared unconstitutional, in judgment n. 33 of 1960, a 1919 law that excluded women from a vast array of public positions).

In this initial phase, the Constitutional Court was considered, both by legal scholars and public opinion, the principal (if not the only) interpreter and defender of the Constitution and of the values it embodied. It is this stage that explains how the Constitutional Court garnered its authority and prestige within the Italian government, even though it was a body created out of nothing by the Constituent Assembly, and laid the foundations of its legitimacy.

3.2 Mediation of social and political conflicts

The second stage ran from the mid-1970s to the mid-1980s and has been described as that of 'mediation of social and political conflicts.' This was a period in which, after the 'cleansing' of preconstitutional legislation, the object of constitutional review was no longer preconstitutional legislation, but recent laws that had been drafted and approved by the republican Parliament. For this reason, the Court took on a more politicized role characterized by balancing techniques, essentially in the search for equilibrium and mediation among the various interests and values involved in constitutional questions. The Court slowly changed the nature of its judgments. No longer was it simply a question of applying the traditional syllogism that compared an inferior norm to a superior one. Instead, it became a matter of considering all the constitutional values at stake; of weighing them and establishing not which would prevail, but what was the best balance possible among them. In sum, one can say that at this stage the Constitutional Court evaluated the choices of the legislature; its exercise of discretion, to determine whether it had adequately taken into account all the values and constitutional principles that might affect a certain issue. This operation was made technically possible by an evolving interpretation of the equality prin-

ciple. From article 3 of the Constitution, according to which all are equal before the law, can be drawn a duty of reasonableness for the legislature, so that it not only must regulate different situations differently, but also must not use arbitrary criteria. In order for a norm not to be unconstitutional, one must avoid contradictions between the goals of a law and the concrete normative rules, between the objective pursued and the legal tools used to achieve it. In sum, one must avoid irrational contradictions between the goals of the law and the content of its text. In these years, the Court acted in numerous areas that characterize a secularizing society. It is enough to mention its judgments regarding divorce, abortion (see judgment n. 27 of 1975, which sought to strike the difficult balance between protecting the fetus and safeguarding the mother's health), church-state relations, family rights, the right to strike (the Court declared political strikes unconstitutional), and numerous issues connected with the right to work and social welfare. In this way, the Court struck down what it termed 'unjustified discrimination' in the salaries of public employees (judgment n. 10 of 1973), upheld the 'Workers' Statute' (judgment n. 54 of 1974), and issued innumerable additive judgments that increased state spending that aimed at equalizing (upward) the system of state welfare and wage payments. Emblematic of this stage are also the many decisions concerning radio and television, decisions in which the Court found itself hounding and scolding the legislature in the name of freedom of expression, yet without ever succeeding in completely guiding its choices into conformity with the Constitution (see, among the many decisions, judgment n. 202 of 1976, which definitively opened the doors to local radio and television broadcasting).

3.3. The elimination of the case backlog

Paradoxically, the Constitutional Court's tremendous success during the first stages of its activity turned out to be one of the principal factors that rendered the system of constitutional review ineffective. The massive quantity of questions raised has made it rather difficult to issue decisions at an acceptable pace. The increase in the number of questions gave rise to a significant backlog and a prolongation of the process. This spiral threatened not only to swamp the Constitutional Court, but also to impair its institutional function. The time factor, the length of the proceeding, is crucial for the impact of constitutional decisions on the legal system. Fortunately, the members of the Court, aware of these risks, dealt with this problem in the late 1980s through a series of reforms of the Court's procedural rules. These reforms gave rise to a third stage known as "operational efficiency" that ran from the mid-1980s to the mid-1990s. The main goal of this new phase was to reduce the time taken for a constitutional decision and the number of pending questions, through declarations of inadmissibility in summary orders (*ordinanze*) of a large number of questions that

were obviously inadmissible or frivolous, as well as through the selection of cases on which to focus the Court's attention. To this end, the Constitutional Court adopted numerous procedural innovations (organization of work, streamlining of debate, deciding cases by summary order, etc.) that helped to reach these goals. At the beginning of the 1990s, the number of pending questions was significantly lower and the length of constitutional review had become nine months.

In order to reach this result some sacrifices had to be made, as pointed out by scholars who during these years focused their attention on constitutional procedure. For example, the number of decisions increased, but often at the expense of more summary opinions. The method for organizing work reduced the collegiality of decision-making and the importance of the parties' contributions, simultaneously increasing the procedural discretion of the Constitutional Court. In sum, operational efficiency does not always equate to effective decision-making. Insufficiently explained opinions are less persuasive and carry the risk of reducing consensus, both among scholars and the public, about the decisions of the constitutional tribunal and, as a consequence, of reducing its legitimacy. Various procedural ideas have been advanced to promote more carefully reasoned opinions, in particular the introduction of dissenting opinions. Likewise, some have proposed allowing interested parties to participate in constitutional proceedings even though they are not involved in the lawsuit giving rise to the constitutional question, in order to offer the Court more viewpoints in evaluating constitutional claims. Yet none of these attempts has produced any change in constitutional procedure.

3.4. The Court during the "transition years"

Once that the case backlog has been eliminated, the Italian system of constitutional review has entered a new stage, whose features are still unclear.

First, the brief time that passes between when a question is raised and decided means that the object of the Court's review is ever more frequently a law that has just been adopted: that is, laws that are supported by a current political majority. This rapidity has important consequences for the relationship between the Constitutional Court and Parliament as well as the judiciary. As for the former, the Court is inevitably drawn into current political conflicts. When politically and socially important issues are at stake, connected with recently approved laws that are often the result of delicate compromises and grand debates, it is unavoidable that the Court's decisions are politically influenced and that its legal judgments are viewed both by the public and scholars as decisions of mere political convenience. The difficulties in these cases are obvious. In order to preserve the decisions' authority, the Court's opinions take on special importance, particu-

larly in their ability to persuade on the rhetorical rather than the logical level. As for the latter aspect, that of relations with the courts, the Court's rapid turnaround and the fact that it confronts 'new' laws means that the Court is forced to rule on the constitutionality of laws that have not yet received a consolidated judicial interpretation, the so-called 'living law.' The Court is therefore called upon to perform the task of interpreting the law subject to review, a task that belongs to the judiciary rather than the Constitutional Court. This raises afresh the problem of relations with the judiciary that the use of the 'living law' was thought to have overcome.

Second, the constitutional tribunal finds itself interpreting constitutional texts that embody principles of the welfare state, that is, that recognize social rights, in an environment marked by the financial crisis of the state and by economic austerity policies. The Court is trapped between Scylla and Charybdis: between the danger of abdicating its role of supreme guarantor of the Constitution and the rights it protects, and the danger of provoking serious economic repercussions with its decision. The Court's concern for the financial consequences of its decisions is readily perceptible from a survey of its activity. Indeed, it frequently issues evidence-gathering orders to acquire information about the costs of possible judgments striking down laws. Furthermore, a look at the Court's case law shows its tendency to significantly reduce, compared to the earlier stages, the number of decisions based on the principle of equality and designed to equalize unequal situations upward. On the contrary, on some occasions the Court has chosen the opposite path; faced with challenges raised in the name of equality, it has decided to equalize the situations downward, raising before itself *sua sponte* the question of the constitutionality of the baseline offered by the certifying judge (the *tertium comparationis*). This was the situation with regard to the personal income tax on pensions of parliamentary deputies. The favorable treatment only they received was invoked as the baseline due to all citizens in a case involving the income of employees. The Court did not hesitate to question *sua sponte* the favorable treatment accorded to pensions, and declared them unconstitutional. (n. 289 of 1994).

In hopes of balancing these two goals - on the one hand to fulfill its role of constitutional guardian, in particular of social rights, and on the other not to directly create state budgetary burdens without adequate financial support - the Constitutional Court has from the mid-1990s developed the innovative decisional techniques mentioned earlier, in particular judgments that 'add principles' rather than norms. These decisions are aimed at recognizing rights, but leaving it to the legislature to choose the means for implementing them and the funds to meet their costs. Illustrative of this tendency is judgment n. 243 of 1993. In that decision, the Court declared unconstitutional norms that excluded cost-of-living adjustment from the calculation of severance pay benefits, but held that its decision could not

take the form of the mere nullification of a law, or of an additive judgment. Rather, it fell to the legislature to choose the appropriate means, 'in view of the selection of economic political choices needed to provide the necessary financial resources.'

Third, the constitutional reform of the State-regions relationship in 2001 determined an unexpected increase in the number of direct complaints. The consequence was an increase in the number of decisions enacted in this kind of review, that grew from 2% in 2002 till 24, 41% in 2006. For some years (between 2003 and 2006), most of the activity of the Court was devoted to the solution of problems of division of competences between different levels of governments, more than to the guarantee of fundamental rights.

Finally, the current stage of constitutional jurisprudence is occurring in an unstable political and institutional context characterized, since 1992, by the weakening of the established balance of political power, with the collapse of the old party system, the change in the electoral system, the birth of alliances and alignments that have not yet sufficiently consolidated their positions, and the emerging, after forty years of a consecutive political system, of a majority system based on the alternation in government of two main coalitions.

These elements determined an increase in the political role played by the Court. There has been an increase, both quantitative and qualitative, in the powers of the Constitutional Court with strong political ramifications, such as those related to conflicts over the attribution of powers among the branches of government and the admissibility of referenda to repeal laws. As a result, there has been a tendency to emphasize the Constitutional Court's role as an arbiter in political and constitutional conflict, a role from which the Court has not sought to extract itself. In this vein, it is worth noting its judgment concerning votes of no-confidence in individual ministers (which the Court found constitutional, even in the absence of express constitutional provisions, on the ground that they are inherent in the form of parliamentary government: judgment n. 7 of 1996); the cases regarding decree-laws (the Court went so far as to declare the unconstitutionality of reissuing them, in judgment n. 360 of 1996, because they violate legal certainty and would change the structure of government; see also n. 171 of 2007); the case law governing the immunity of parliamentary deputies for statements made in the performance of their official functions (in this regard, after many years of uncertainty, the Court annulled a parliamentary vote of immunity deemed to have been adopted in the absence of any functional nexus between the declaration of the deputy and his parliamentary activity: judgment n. 289 of 1998); the case related to the power of mercy of the President of Republic and his relationship with the Minister of Justice (judgement 200 of 2006, in which the Court ruled that this is a

typical presidential power and that the Minister cannot influence the decision); the case regarding the immunity of the higher power of the state (judgment n. 24 of 2004, in which the Court ruled the unconstitutionality of the statute that determined a complete immunity).

In this difficult stage, marked also by the need, more and more widely acknowledged, to amend the Constitution, the traditional sources of legitimacy of the Court seem weaker than in the past. In order to preserve its legitimacy and to defend itself from an increasing aggressive political power, the response of the Court follows main paths.

First of all, the Court tries to decentralize at maximum its work, involving more deeply than the European model of judicial review provides ordinary judges in constitutional review, in order to share with them the task of safeguarding the constitution. Before referring a question to the constitutional court, an ordinary judge is expected to look for an interpretation of the statute that will preserve its constitutional validity. By now, although ordinary judges do not have the power to disregard statutes on constitutional grounds, they have the power to interpret them so as to make them cohere with the constitution. But everyone knows how difficult it is to identify the conditions that a reading of a statute must satisfy to be qualified as "interpretation", and the relationship with the text of the statutes does not help. The European model is thus based on an instable distinction between the power to interpret (for ordinary judges) and the power to set aside (for the constitutional court): in Italy the border is changing, in favor of judiciary, by request of the Constitutional Court itself.

Secondly, the Court looks every day more at the supranational jurisdictions. The shift of the Italian case-law at this regard in 2007 and 2008 was amazing. In the judgments n. 347 and 348 of 2007 the Court established that the ECHR and its interpretation given by the European Court of Human Rights are 'intermediate law' (*norme interposte*) which falls in-between the mere Statute and the Constitution and can be used as parameters in reviewing the constitutionality of a national statute. In the judgments n. 102 and 103 of 2008 the Court defined itself for the first time as a 'court or tribunal of a Member State' for the purposes of art. 234 (former Art. 177) of the EC Treaty, in order to apply to the European Court of Justice and ask for a preliminary ruling on the interpretation of Community law. It should be remembered that in its previous case law, particularly in the ordinance n. 536/1995, the Italian Constitutional Court had always excluded in broad terms that possibility.

Both tendencies imply a transfer of power from Constitutional Court to other bodies: ordinary judges from one hand, supranational judges from the other hand. The Court chooses to dismiss many of its powers, to become 'the last resort' of the Constitution face to extraordinary attacks.

Thus, as a consequence of this evolution, the very question today in Italy concerns the future of the centralized national constitutional justice. The search for legitimacy, in the end, may determine its impoverishment and even its disappearance.

The price to be paid in the name of legitimacy seems to be too high. What's more, there are no guarantees that the legitimacy of judiciary or of the supranational courts is better established. Thus, it does not seem to be a fair solution to discharge the weight and the responsibility of judicial review of legislation over them. The Constitutional Court, with its visibility, its history, its roots and its powerful resources is still more suitable in order to face the "democratic objection".

РЕЗЮМЕ

Конституционный Суд Италии был основан в 1948 году. Он считается основным толкователем и защитником Конституции и отраженных в ней ценностей. Многие исследователи считают, что одной из основных обязанностей Суда является установление баланса между политической и правом. Полномочия Конституционного Суда за последнее время заметно изменились как количественно, так и качественно.

Роль Конституционного Суда заключается также в том, что Суд выступает в качестве арбитра в политических и конституционных конфликтах. Суд старается децентрализовать свою деятельность и расширить ее по сравнению с моделью европейского правового контроля, привлекая судей судов общей юрисдикции в конституционные обсуждения, чтобы решить с ними задачу гарантирования Конституции.

Итальянская система содержит элементы различных систем конституционного контроля. Существует централизованная система законов и актов, имеющих силу закона. По сравнению с другими моделями конституционной юстиции, полномочия Конституционного Суда явно ограничены.

Необходимость установления отношений между судами, которые ответственны за толкование статутного закона, стала причиной того, что Конституционный Суд принимает два вида решений: "корректирующие решения и интерпретирующие решения. Есть ряд решений, которые определяют процедуру конституционного контроля.



ФУНДАМЕНТАЛЬНЫЕ КОНСТИТУЦИОННЫЕ ЦЕННОСТИ КАК ФАКТОР СТАБИЛЬНОСТИ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ

ВЛАДИМИР МОКРЯК

*член Научно-консультативного совета
Конституционного Суда Республики Молдова*

Каждая современная Конституция в той или иной форме содержит фундаментальные ценности, отражающиеся в основах конституционного строя. Такая ориентация на формирование конституционной государственности, правового государства обусловлена объективными потребностями общественного и политического развития современного государства, целями и задачами утверждения принципов свободы и права в жизни общества и государства, построения целостной системы социально-правовых отношений и институтов, подчиненной нравственным и конституционным велениям. В основу этой системы закладываются основополагающие регуляторы, которые содействуют закреплению в общественной практике и правосознании стабильных, справедливых, гуманных и правовых связей между человеком, гражданским обществом и государством.

Основы конституционного строя - это ключевые конституционно-правовые принципы, определяющие и закрепляющие общедемократические, общецивилизованные ценности.

К непреложным общедемократическим ценностям относятся такие приоритеты, как:

- человек, его права и свободы и обязанность государства реально обеспечить их реализацию, гуманный статус человека, при котором он сам, его права и свободы являются высшей социальной ценностью, равенство всех перед законом и право на равную защиту законом;
- верховенство права в смысле всеобщей подчиненности ему и основанной на нем Конституции, определение ее как высшего закона и подчиненности ей всех иных нормативно-правовых актов;
- политический плюрализм, включая гарантии многообразия политической жизни и свободного участия граждан в политическом процессе;

- общие принципы действия механизма государственной власти, самостоятельного функционирования органов государства и их взаимодействия, основанных на принципе разделения властей, исходным пунктом которого является принцип народовластия, суверенитета народа, который делегирует властные полномочия органам государства;
- создание условий и гарантий для саморазвития гражданского общества, обеспечивающих свободы и самоуправление;
- многообразие и свобода экономической деятельности, гарантии права собственности и равенство юридической защиты всех форм собственности;
- целостность и устойчивость конституционного строя, незыблемость его основ и их верховенство.

Четкая конституционно-правовая регламентация основ конституционного строя и содержащихся в нем конституционных ценностей имеет огромное значение для оптимального функционирования всех государственных институтов. Конституция с закрепленными в ней фундаментальными ценностями может выполнять свою функциональную предназначенность при условии стабильности ее положений, наличия правовых процедур, не допускающих частого внесения изменений в ее текст. Особо важное значение имеет обеспечение стабильности основ конституционного строя, поскольку от этого в значительной мере зависит стабильность самой Конституции.

Любая Конституция, помимо ее юридической сущности как Основного Закона государства, имеет также социально-политическую сущность. Это заключается в том, что Конституция представляет собой как бы отражение соотношения политических сил, сложившееся на момент принятия Конституции. Конституция представляет собой определенный общественный договор, в котором согласованы политические интересы различных слоев общества.

Каждая часть общества, социальный слой, территориальная, национальная, этническая, религиозная или иная часть отстаивает в политической борьбе свои социальные интересы, и степень, в которой их удастся согласовать, получает отражение в Конституции. Без такого согласования в обществе невозможно существование социальной и политической стабильности, легитимности власти, правопорядка и, естественно, стабильности самой Конституции. Такое согласование в обществе складывается уже в ходе разработки проекта новой Конституции и процессе ее принятия.

Стабильность Конституции проявляется прежде всего в сохранении высокой степени ее устойчивости, длительности ее действия без вне-

сения в нее существенных изменений. Стабильность Конституции зависит от многих факторов: от того, насколько адекватно она отражает итоги развития и обоснованность своих программных устремлений, как долго эти условия остаются неизменными, насколько устойчиво само общество. Устойчива формация - стабильна и Конституция. Если формация находится в стадии становления, переживает переходный период, то для нее характерен процесс социального расслоения общества, поляризация богатства и нищеты и как следствие - рост социальных, национальных, этнических, политических конфликтов и различного рода иной напряженности в обществе.

Через это прошли многие государства на переходном этапе. Как правило, многие конституции после 1990 г. принимались в сложной социально-политической обстановке, при которой достижения консенсуса было невероятно трудно, и дело не в том, что борьба происходила между политическими силами старой коммунистической формации и "новыми" демократами.

Первые были практически исключены из политического спектра. Основная борьба развернулась между сторонниками либеральных направлений, предлагающих заимствования из демократических европейских конституций основополагающих конституционных ценностей, и представителями радикального крыла с ярко выраженными националистическими тенденциями. Это не могло не сказаться на включение в текст Конституции основополагающих ценностей. Поэтому мы находим в некоторых конституциях, наряду с общедемократическими ценностями, и такие, как, например, "национальное государство" или абсолютный приоритет языка титульной нации как "государственного языка".

В Молдавии при принятии Конституции удалось добиться определенного консенсуса, установив в статье 1 Конституции, что "Республика Молдова - суверенное и независимое, единое и неделимое государство".

"Республика Молдова - демократическое правовое государство, в котором достоинство человека, его права и свободы, свободное развитие человеческой личности, справедливость и политический плюрализм являются высшими ценностями и гарантируются государством".

Удалось соблюсти толерантность и по языковой проблеме. Само название статьи 13 Конституции "Государственный язык, функционирование других языков" говорит об этом.

- (1) "Государственным языком Республики Молдова является молдавский язык, функционирующий на основе латинской графики".
- (2) "Государство признает и охраняет право на сохранение, развитие

и функционирование русского и других языков, используемых на территории страны" (п. 1,2 ст. 13 Конституции).

Приведенные основополагающие ценности в Конституции направлены прежде всего на сохранение стабильности общества и стабильности конституционного строя. На это же нацелена и статья 10 Конституции "Единство народа и право на самобытность", в которой подчеркивается, что "основу государства составляет единство народа Республики Молдова. Республика является общей и неделимой родиной всех ее граждан".

(2) "Государство признает и гарантирует право всех граждан на сохранение, развитие и выражение этнической, культурной, языковой и религиозной самобытности".

В качестве примера реализации этих конституционных ценностей может служить факт наличия в Республике общеобразовательных школ, где обучение ведется на русском, украинском, болгарском и гагаузском языках, а так же университетских групп с преподаванием на русском языке, Славянского университета в Кишиневе и Болгарского университета в Тараклийском районе с преимущественно болгарским населением.

Вступление любого государства в новый этап развития неизбежно ведет к попыткам пересмотра или изменения Конституции. Поэтому, дабы избежать возможных попыток конъюнктурного вторжения в конституционное поле, попыток нарушения конституционной стабильности необходим определенный компромисс между различными политическими силами в государстве, как это имело место, например, в Испании в период демократических преобразований и разработки новой Конституции. В ходе демократических преобразований политические партии руководствовались принципом - во имя единства нации "быть не борцами за демократию, а стражами демократического развития".

Искусство компромисса при согласовании политических интересов, поддержании в определенных границах внутреннего равновесия и стабильности состоит в закреплении в Конституции тех незыблемых принципов и норм, которые отвечали бы общечеловеческим ценностям и общепризнанным демократическим стандартам, присущим демократическому правовому государству, в обеспечении соответствия Конституции и других конституционно-правовых норм потребностям общественной жизни.

Вместе с тем стабильное общество не может развиваться без борьбы идей, которая при определенных условиях приводит к качественно новой конституционной доктрине. Каждая Конституция, в связи с изменениями в общественной жизни, потребностями общества, вызванными внутренними и внешними факторами, может, а порой и должна

быть изменена. Как уже отмечалось, стабильность в обществе и государстве во многом зависит от стабильности законов, и, прежде всего, от стабильности Основного Закона - Конституции. Вот почему, в отличие от обычных законов, для внесения изменений в Конституцию устанавливается более сложный порядок, направленный против узкогруппового конъюнктурного вторжения в конституционное поле. Каждая Конституция независимо от способа принятия должна обладать двумя наиболее важными качествами: она должна быть адаптивной, приспособляться к меняющимся ситуациям в обществе, реагировать на потребности общественного развития. Вместе с тем Конституция должна быть достаточно жесткой и ограничивать возможность ее изменения, иметь сдерживающие рычаги.

В практике конституционного строительства сложилось несколько способов обеспечения стабильности Конституции и конституционного строя, сдерживающих от соблазна конъюнктурного изменения Конституции в угоду сиюминутности.

Наиболее существенным фактором стабильности Конституции является наличие ограничений возможности внесения поправок, дополнений и изменений в Конституцию. Прежде всего, следует отметить, что в теории конституционного права существует определенная градация в понимании "изменение Конституции". Не случайно в конституциях некоторых стран разделы или главы, посвященные проблемам изменения Конституции, имеют различные названия. Например, раздел II Конституции Португалии называется "Пересмотр Конституции"; в Конституции Франции раздел XVI озаглавлен "О пересмотре Конституции"; в Конституции Болгарии глава IX - "Изменения и дополнения Конституции. Принятие новой Конституции"; в Конституции Кыргызской Республики глава 8 - "Порядок изменения и дополнения Конституции"; в Конституции Российской Федерации - "Конституционные поправки и пересмотр Конституции". Такой подход не случаен, поскольку от этого зависит степень ограничения вторжения в текст Конституции.

Мировая практика конституционного строительства идет сегодня по пути установления целого ряда жестких условий возможного изменения Конституции. Прежде всего, следует отметить временные ограничения. Так, Конституция Греции в статье IIО пункт 6 устанавливает, что "допускается пересмотр Конституции не ранее чем по прошествии пяти лет с момента завершения предыдущего пересмотра"; Конституция Португалии в статье 284 подчеркивает, что "Ассамблея Республики может пересмотреть Конституцию по истечении пяти лет после даты опубликования закона о пересмотре". Практически все конституции не допускают пересмотра, изменения или внесения дополнений в Конституцию в период чрезвычайных положений, состояния войны или осадного положения.

Второе ограничение касается субъектов, наделенных правом инициировать изменения Конституции. Правом инициативы пересмотра или изменения Конституции, как правило, наделены Президенты. Например, статья 154 Конституции Франции предусматривает, что Президент вправе инициировать пересмотр Конституции по предложению Правительства; аналогичным образом решается вопрос в Румынии (статья 146 Конституции); правом самостоятельной инициативы обладают Президенты Азербайджана, Армении, Белоруссии, Российской Федерации, Туркмении, Украины, Эстонии, Хорватии и др.

Другим субъектом, наделенным правом инициативы пересмотра Конституции, является Правительство (либо самостоятельно, либо посредством обращения к Президенту).

Практически все конституции мира наделяют правом инициировать пересмотр Конституции депутатов Парламента и сенаторов, однако при этом, как правило, устанавливается конкретное число инициаторов - одна треть, не менее половины, либо как в Грузии и Армении - более половины депутатов, либо как в Российской Федерации - не менее одной пятой депутатов Государственной Думы или Совета Федерации. В Конституции Бразилии говорится об одной четверти депутатов или сенаторов.

Конституции ряда государств, например, Румынии, Италии, Словении, Латвии, Литвы и др. предусматривают народную инициативу пересмотра Конституции, устанавливая определенное число избирателей - от 200 до 500 тыс., либо как в Латвии - не менее одной десятой части избирателей страны, которые могут предложить проекты пересмотра некоторых положений Конституции.

Наиболее жесткие ограничения по пересмотру Конституции относятся к объекту пересмотра. Так, практически все конституции не допускают пересмотра или изменения положений Конституции, касающихся прав, свобод человека и гражданина и их гарантий. Большинство конституций не допускает изменения республиканской формы правления, основ конституционного строя, территориальной целостности страны, унитарной формы государственного устройства либо федеративного устройства (Германия, Австрия).

Подробный перечень не подлежащих изменению конституционных положений содержит Конституция Португалии. Материальные пределы пересмотра (ст. 288) содержат более десяти положений, не подверженных изменению, среди которых отделение церкви от государства; права профсоюзных объединений; плюрализм мнений и политических организаций, включая политические партии и право на демократическую оппозицию; принцип разделения властей; контроль за конституционностью юридических норм при их применении или в случае про-

белов в законодательстве, независимость судов; автономию местных самоуправляющихся единиц, а также политико-административную автономию Азорских островов и Мадейры.

Достаточно жестко регламентирована в современных конституциях и процедура пересмотра конституций. Прежде всего, устанавливается орган, исключительной прерогативой которого является внесение изменений в Конституцию. Как правило, это Парламент. При этом устанавливаются пропорции голосов по предложению о пересмотре. Например, Конституция Республики Молдова говорит о двух третях голосов, поданных за пересмотр. Однако большинство конституций предусматривают и другие пропорции: Греция (ст. 110 п. 2) - три пятые от общего числа депутатов; в статье 284 Конституции Португалии предусматривается, что Парламент может внести изменения в Конституцию не ранее пятилетнего срока с момента предыдущего изменения, но при этом необходимо согласие четырех пятых от общего числа депутатов. Конституция Азербайджана в статье 187 устанавливает точное число депутатов - 95 для принятия изменений. При этом обсуждение должно быть в двух чтениях. После каждого обсуждения и одобрения Парламентом проект направляется Президенту на согласование и подпись. Большинство современных конституций устанавливают режим обсуждения изменений Парламентом в двух-трех чтениях с интервалом от двух до шести месяцев.

Достаточно сложна процедура внесения изменений в Конституцию Болгарии. Во-первых, Конституция подразделяет какие положения могут быть изменены только Великим народным собранием, а какие - парламентом (Народным собранием) (ст.153). Если инициатива исходит от народных представителей численностью не менее одной четверти, предложение рассматривается Народным собранием не ранее чем через месяц и не позднее чем через три месяца после его внесения (ст. 154 Конституции). Закон об изменении или дополнении Конституции принимается большинством не менее трех четвертей от общего числа представителей тремя голосованиями в различные дни. Если предложение не набрало необходимого большинства, но не менее двух третей голосов от общего числа народных представителей, оно выносится на новое рассмотрение не ранее двух, но не позднее пяти месяцев. При новом рассмотрении предложение может быть принято, если за него проголосовало не менее двух третей от общего числа депутатов (ст. 155).

Особая процедура предусмотрена в Конституции Российской Федерации, в которой также содержатся положения (1.1, 2, 9), не подлежащие пересмотру. Однако если эти положения станут предметом пересмотра по инициативе трех пятых членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы, то для окончательного решения созывается

Конституционное Собрание. Оно либо подтверждает неизменность конституционных положений, предложенных для изменения, либо разрабатывает проект новой Конституции, который принимается Конституционным Собранием двумя третями голосов его членов и выносит его на референдум.

Интересными представляются положения о пересмотре Конституции в Конституции Королевства Нидерландов и Конституции Бельгии. Согласно части VIII Конституции Бельгии законодательная власть имеет право инициировать пересмотр Конституции, однако после заявления о необходимости пересмотра Конституции обе палаты Парламента распускаются в полном составе и назначаются новые выборы. Вновь избранный Парламент на заседании обеих палат принимает решение о положениях, подлежащих пересмотру, но при этом говорится о согласии с Королем. Само решение о внесении изменений, о пересмотре Конституции принимается в присутствии не менее 2/3 членов каждой из палат большинством 2/3 поданных голосов. Таким образом, можно сделать вывод, что изменение может быть внесено при единогласном голосовании присутствующих членов обеих палат Парламента. Аналогично некоторым особенностям решается вопрос о пересмотре Конституции в Королевстве Нидерландов. Для пересмотра Конституции Парламент должен принять первоначально Акт о необходимости пересмотра Конституции. После опубликования Акта обе палаты распускаются. Вновь избранные палаты Генеральных штатов рассматривают законопроект о внесении поправок в Конституцию и могут его принять большинством голосов - не менее чем двумя третями голосов депутатов.

Наиболее краткие, но достаточно емкие положения о пересмотре Конституции содержатся в Разделе II Конституции Итальянской Республики. Законы, изменяющие Конституцию, принимаются каждой из палат после двух последовательных чтений с промежутком не менее трех месяцев и одобряются абсолютным большинством голосов членов каждой из палат при втором голосовании. Однако вопрос о пересмотре Конституции может быть вынесен на референдум, если этого потребует 1/5 часть членов одной из палат либо 500 тысяч избирателей, либо пять областных советов.

Конституции некоторых стран вообще не допускают пересмотра конституций, кроме как посредством референдума.

В Республике Молдова достаточно упрощенный способ внесения изменений в Конституцию. Раздел 6 Конституции "Пересмотр Конституции" содержит положения, устанавливающие перечень субъектов, наделенных правом предлагать пересмотр Конституции - это народная инициатива (не менее 200 тысяч избирателей); не менее 1/3 депутатов Парламента; Правительство (ст. 142 Конституции).

Положения о суверенитете, независимом и унитарном характере государства, а также его постоянном нейтралитете могут быть пересмотрены только при их одобрении путем референдума большинством граждан, включенных в избирательные списки (ст. 142 Конституции).

Что касается временных рамок, то Основной Закон предусматривает, что проект закона о пересмотре Конституции представляется инициаторами только вместе с заключением Конституционного Суда (ст. 141 п. 2). Парламент вправе принять закон о внесении изменений в Конституцию не ранее 6 месяцев после представления соответствующего предложения. Закон принимается 2/3 голосов депутатов (ст. 143).

За период существования Конституции Республики Молдова (с 27 августа 1994 года) в нее было внесено более 40 поправок и изменений. Наиболее существенные изменения были внесены в 2000 году (21 изменение).

В основном они касались пересмотра положений о статусе главы государства - Президента Республики. Предыстория этого изменения заключается в том, что Президент Республики в 1999 году инициировал пересмотр Конституции в плане усиления его полномочий и полномочий исполнительной власти по типу президентской республики, что естественно не устраивало Парламент, депутаты которого в свою очередь инициировали изменение Конституции с установлением парламентарной республики. Основным пунктом депутатских инициатив было лишение Президента права инициировать пересмотр Конституции и лишение народа права непосредственно избирать Президента.

Законом о внесении изменений в Конституцию от 5 июля 2000 года Парламент принял депутатскую инициативу за основу, за которую проголосовали почти единогласно (около 90 депутатов), включая мажоритарную и все оппозиционные фракции.

Статус главы государства - Президента - это предмет отдельной дискуссии. Мы же затронули эту проблему, связывая ее с проблемой стабильности конституционного строя, в сохранении которого Президент играет существенную роль. Стабильность конституционного строя зависит не только от соотношения политических сил в обществе, но и во многом от взаимоотношений между ветвями власти - законодательной и исполнительной, а также взаимоотношений между главой государства и законодательной и исполнительной властями.

Сам по себе переход к парламентарной республике не является чем-то радикальным. Вопрос в том, как новации регулируют отношения между ветвями власти, определяют статус главы государства и способ его избрания. По нашим подсчетам, из 27 стран бывшей социалистической ориентации только в шести Президент избирается Парламен-

том, а из ведущих европейских государств только в Германии, Греции и Италии. Остальные государства выбрали модель, по которой Президент избирается народом.

В этом случае глава государства по своему статусу представляет народ, символизирует единство нации, является гарантом стабильности конституционного строя и преемственности власти. В случае возникновения парламентского или правительственного кризиса он выступает в роли арбитра в конфликте между законодательной и исполнительной властями, используя свои так называемые "дремлющие полномочия", распускает Парламент либо отправляет в отставку Правительство.

Кроме того, Президент выполняет и определенную посредническую роль. Консультируясь с парламентскими фракциями, он предлагает кандидатуру главы Правительства. В этом случае, если Парламент не принимает его кандидатуру на пост главы Правительства в силу разногласий между парламентскими фракциями, Президент после повторного представления другой кандидатуры и ее непринятия имеет право распустить Парламент и назначить новые выборы.

Переход Республики Молдова к парламентской модели не был вызван насущной необходимостью, а явился отражением конъюнктурных узкопартийных интересов. Такой поворот чреват непредсказуемыми последствиями и может возникнуть путаница.

Если после очередных выборов вновь избранный Парламент в силу политических разногласий не изберет нового Президента, то по измененной Конституции действующий Президент распускает Парламент и назначает новые выборы, сохраняя свои полномочия до избрания нового Президента вновь избранным Парламентом. Но гарантий в том, что новый Парламент по своей политической структуре придет к согласию о кандидатуре нового Президента нет, поскольку кандидатуру Президента предлагает каждая парламентская фракция или группа депутатов в количестве не менее 15. При повторном неизбрании Президента действующий Президент вновь распускает Парламент. Однако по Конституции в течение одного года Парламент может быть распущен только один раз (ст. 85).

Столь подробно мы остановились на подобной гипотетической ситуации только для того, чтобы еще раз подчеркнуть, насколько важным для стабильности конституционного строя является взвешенный подход к проблеме пересмотра Конституции.

SUMMARY

The presentation covers the correlation and interaction between the fundamental constitutional values and the stability of the constitutional regime. The basis of the constitutional regime includes the key constitutional and legal principles which determine and ensure the common democratic and civilized values. The Constitution with its incorporated values can only fulfil its functional predestination upon condition of stability of its provisions and existence of lawful procedures that do not often admit amendments made in its text. An analysis of the experience of several European Constitutions leads to the conclusion on the need of harsher constitutional provisions with regard to the possibility of introducing changes and additions in the Constitution. It mainly concerns the states of „young democracy“ which are undergoing the period of transition.



ЗАЩИТА КОНСТИТУЦИОННЫХ ЦЕННОСТЕЙ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РЕСПУБЛИКИ ЛАТВИЯ

ВИКТОР СКУДРА

судья Конституционного Суда Республики Латвия

В судьбах народов Латвии и Армении, Конституционный Суд которой нас радушно принял, много похожего. Наши народы в сложных геополитических обстоятельствах через века пронесли свою богатую и многообразную культуру, мудрость народа и мечту быть хозяевами на своей земле. Эту мечту наши народы сохранили сквозь геноцид и долгие времена неволи.

В конце 80-ых годов, когда и в Прибалтике, и на Кавказе народы встали на путь освобождения, мне выпала нелёгкая судьба быть министром юстиции Латвийской ССР. Последним министром... Министром и депутатом СССР, который выступал на митингах, имевших цель разрушить советскую власть.

В то время некоторые представители власти мне откровенно советовали этого не делать. Поэтому в моем распоряжении было достаточно информации об огромном риске, которому подвергался каждый из участников многочисленных народных движений, вставших на этот путь, как в Прибалтике, так и на Кавказе.

Опять же в начале 90-х годов мне досталась замечательная, но трудная судьба быть первым министром юстиции Латвийской Республики. Я был членом правительства Латвии в то время, когда в Вильнюсе под советскими танками погибали десятки невооруженных людей, а в Риге строились баррикады, ожидая такой же участи.

Поэтому мне хорошо известно, какую цену народ был готов платить за основные конституционные ценности - осуществлять на своей земле суверенную власть согласно со своими конституционными документами.

В странах, где народы долгое время стабильно владеют этим правом, такие конституционные ценности, как суверенитет государства, его территория являются само собой понятными, и дискуссия в основном ведётся об организации власти, взаимоотношений власти и индивидуума.

События последнего времени, однако, вновь ставят на повестку дня дискуссию об охране этих ценностей.

★

Статьи 1, 2, и 3 Конституции Латвийской Республики (Сатверсме) гласят:

- 1. Латвия является независимой демократической республикой.*
- 2. Суверенная власть Латвийского государства принадлежит народу Латвии.*
- 3. Территорию Латвийского государства в границах, установленных международными договорами, составляют Вигземе, Латгале, Курземе и Земгале".*

Эти три статьи, а так же статья шестая являются ядром Конституции - конституционной основой государства. Эти статьи подлежат особой процедуре изменения, ибо статья 77 Конституции гласит:

"Если Сейм изменил первую, вторую, третью, шестую или семьдесят седьмую статьи Конституции, то такие изменения, чтобы получить силу закона, должны быть утверждены на всенародном голосовании".

Процедура, установленная статьёй 77, уже сама по себе указывает, что конституционный законодатель закреплённые именно в этих статьях положения считает особо важными конституционными ценностями.

В своем выступлении я остановлюсь на юрисдикции Конституционного Суда Латвийской Республики в отношении некоторых из этих основополагающих ценностей, а именно - суверенная власть народа Латвии и территория Латвии.

★

Как раз к этой теме относится одно из наиболее сложных, на мой взгляд, дел Конституционного Суда Латвии. А именно так называемое дело о подписанном 27 марта 2007 года Латвийской Республикой и Российской Федерацией договоре о государственной границе между Латвией и Россией¹. По этому делу Конституционный Суд провозгласил наиболее объемное решение за 12 лет своей работы. В решении даётся конституционно-правовая оценка основополагающим историческим событиям, подчеркивается значение доктрины непрерывности

¹ "О соответствии закона "О полномочиях Кабинета министров на подписание парафированного 7 августа 1997 года Латвийской Республикой и Российской Федерацией проекта договора о государственной границе между Латвией и Россией" и слов "соблюдая принцип незыблемости границ, принятых Организацией по безопасности и сотрудничеству в Европе" преамбуле и пункту 9 Декларации Верховного Совета Латвийской ССР "О восстановлении независимости Латвийской Республики" от 4 мая 1990 года и подписанного 27 марта 2007 года Латвийской Республикой и Российской Федерацией Договора о государственной границе между Латвией и Россией и Закона "О договоре Латвийской Республики и Российской Федерации о государственной границе между Латвией и Россией" и слов статьи 1 Закона "О договоре Латвийской Республики и Российской Федерации о государственной границе между Латвией и Россией" статье 3 Конституции Латвийской Республики".

Латвийской государственности и интерпретируются некоторые статьи Конституции, входящие в конституционные правовые основы Латвийского государства.

★

18 ноября 1918 года Народный Совет Латвии прокламировал Латвийскую Республику как независимое и самостоятельное государство. Народный Совет Латвии актом прокламирования завершил этап подготовки государственности Латвии, начатый еще в XIX веке, когда латыши осознали себя полноправной нацией Европы. Латвия была последним участником в длинной цепи новых государств, возникших в то время. Эстония, Литва, Финляндия, Польша, Белоруссия, Украина и Кавказские государства прокламировали свою независимость ранее. Становление государства Латвия основывалось на принципах о праве народов на самоопределение.

★

Но в то время Латвия находилась в военном положении, в том числе с Россией.

Избрать Конституционное Собрание Латвии представлялось возможным только после одержания победы в военных сражениях за освобождение Латвии. 1 мая 1920 года Конституционное Собрание Латвии приступило к своей работе. Мирный договор между Латвией и Советской Россией был заключен лишь несколькими месяцами позже - в августе 1920 года.

На основании права о самоопределении народов в статье 2 Мирного договора Советская Россия признавала независимость Латвии: „Исходя из провозглашенного Российской Социалистической Федеративной Советской Республикой права всех народов на свободное самоопределение, не исключая даже полного отделения от государства, в состав которого они входят, и учитывая определенно высказанное волеизъявление Латвийского государства на самостоятельную государственную жизнь, Россия без оговорок признает независимость, самостоятельность и суверенитет Латвийского государства и добровольно и на вечные времена отказывается от всех суверенных прав, которые принадлежали России в отношении народа и земли Латвии как на основе бывшего государственно-правового устройства, так и на основе международного договора, которые в указанном здесь значении утратили свою силу на будущие времена”².

² Miera logums starp Latviju un Krieviju // Likumu un valdības rokojumu krājums, 1920.gada 18.septembris, № 73

★

Избранное народом Латвии Конституционное Собрание Латвии приняло Конституцию Латвийской Республики 15 февраля 1922 года.

Как уже было упомянуто, вторая статья Конституции гласит:

“Суверенная власть Латвийского государства принадлежит народу Латвии”.

Уже в двадцатых годах профессор права Карлис Дишлерс отметил: “В статье 2 Конституции при наделинии народа Латвии суверенной властью приняты во внимание обстоятельства, а также возможные случаи, когда суверенное право народа Латвии принимать решения об основных принципах конституционного устройства и существования государства может быть узурпировано отдельными лицами в результате государственного переворота или другим государством в результате вторжения”³.

Конституционный Суд подчеркнул: “По статье 77 Конституции, закрепляющей право изменять конституционные правовые основы Латвийского государства только за совокупностью граждан Латвии, запрещается вносить в них изменения иначе, как только путем свободного народного голосования. В случае, когда указанные принципы изменены в результате государственного переворота или вторжения другого государства, народ Латвии не теряет права принимать решение о конституционном устройстве и существовании своего государства”.

По Конституции запрещается в антиконституционной форме ликвидировать независимость Латвийского государства или существующее демократическое правовое государство. Если конституционное устройство изменяется без соблюдения порядка, установленного Конституцией, то статья 2 Конституции является одной из тех статей Конституции, которые *de iure* остаются в силе на все время существования антиконституционного режима, обеспечивая совокупности граждан Латвии право свободно принимать решения, касающиеся их будущего.

У народа Латвии есть право и обязанность восстановить Латвийское государство в той форме, которую требуют конституционные правовые основы Латвийского государства. Указанная обязанность возлагается и на каждого члена народа Латвии - гражданина Латвии, независимо от того, родился ли он до или после установления антиконституционного режима.

Право на восстановление своей противоправно прерванной государственности, предоставленное народу Латвии по статье 2 Конституции, тесно связано с международно-правовым регулированием в данной области.

³ См.: Дишлерс К. Временная Конституция Латвии. Общие заметки // Вестник Министерства юстиции, 1920. № 2/3. - С. 52.

*

Как вы знаете, 23 августа 1939 года председатель Совета народных комиссаров СССР и комиссар по иностранным делам Вячеслав Молотов и министр иностранных дел Германии Иоахим фон Риббентроп подписали пакт о ненападении между Германией и СССР. К пакту о ненападении был приложен дополнительный секретный протокол. Текст секретного протокола свидетельствует, что полномочные представители двух государств обсуждали вопрос "об ограничении сферы влияния обеих сторон" и "геополитическом переделе" в Восточной Европе. Согласно протоколу территория Латвийского государства вошла в сферу интересов СССР.

Существование Латвийского государства *de facto* СССР прекратил летом 1940 года. Одновременно *de facto* была приостановлена государственность Эстонии и Литвы. Балтийские государства по очень похожей процедуре были противоправно преобразованы в советские социалистические республики и включены в состав СССР как союзные республики.

В рамках упомянутого дела Конституционный Суд дал оценку указанным событиям с точки зрения международного права.

Конституционный Суд пришел к выводу, что СССР противоправно применил силу против Латвии, т.е. совершил агрессию, нарушив нормы международных договоров, и осуществил противоправную оккупацию Латвийского государства, вытекающую из противоправной агрессии.

*

Доктрина государственной непрерывности является результатом развития международного права после первой мировой войны.

Конституционный Суд пришел к выводу, что доктрина непрерывности государства оказывает прямое влияние на действия государства не только в сфере международного права, когда государство продолжает выполнять принятые до прерывания независимости *de facto* международные обязательства и не перенимает международные обязательства того государства, в составе которого ранее противоправно находилось, но и во внутренних делах.

Юридическая основа преемственности Латвии закреплена в Декларации Верховного Совета от 4 мая 1990 года "О восстановлении независимости Латвийской Республики". В ней регулируются как правовой статус Латвии в международно-правовом понимании, так и основные государственно-правовые вопросы.

“Непрерывность Латвийского государства [...] является хребтом всего организма конституционного права Латвии”⁴. Именно поэтому на непрерывность Латвийского государства опирается вся современная конструкция Латвийского государства⁵.

Доктрина непрерывности государства оказывает прямое влияние на многие правовые институты, например, гражданство, территория, земельная реформа и реформа имущества. Конституционный Суд неоднократно решал дела под углом зрения этой доктрины.

★

Суть упомянутого так называемого “дела об Абрене” в следующем: 18 ноября 1918 года, когда Народный Совет Латвии прокламировал Латвийскую Республику как независимое и самостоятельное государство, преследовалась цель создать государство в этнографических границах. В основе желаемых границ нового государства были внешние границы населенных латышами этнографических областей, которые были известны.

Для получения преимуществ на мирных переговорах с Советской Россией Латвия перед началом указанных переговоров осуществила широкую военную операцию, в результате которой была освобождена Латгале и достигнуты этнографические границы Латвии. Латвийская армия в ходе операции по освобождению Латгале заняла и станцию Пыталово и другие части Псковской губернии. В основе требований Латвии о государственной границе были как этнографические, так и экономические и военно-стратегические соображения.

Латвия на переговорах с Советской Россией смогла добиться выгодной демаркации государственных границ, приобретя вдобавок к Лудзенскому, Резекненскому и Даугавпилскому уездам Витебской губернии еще часть Островского уезда Псковской губернии и часть Дрисского уезда Витебской губернии.

★

В двадцатые и тридцатые года эти территории были интегрированы в Латвийское государство и стали его неотъемлемой частью. Пыталово было переименовано в Абрене.

После противоправной аннексии и оккупации Латвийского государства сначала вся территория Латвии стала Латвийской ССР. А несколько лет спустя, в 1944 году, советский режим изменил границу. Аб-

⁴ Эндзинш А. Обзор Конституции Латвии, сомнения и вопросы // Jurista Vārds, 1 марта 2005 года. № 8.

⁵ См.: Зиемеле И. Заметки к проекту постановления // Jurista Vārds, 30 января 2007 года. № 5.

рене и несколько волостей были присоединены к Российской СФСР. Абрене было переименовано в Пыталово.

В 1990 году была восстановлена независимость Латвийского государства в рубежах Латвийской ССР, но независимость Латвийского государства **не была восстановлена полностью на всей территории**, которую Латвия имела в 1940 году, а именно, оккупированными оставались Абрене и упомянутые волости.

*

Договор, который оспаривался по упомянутому делу в Конституционном Суде, не содержал ссылку на мирный договор 1920 года, и территория Абрене и упомянутых волостей в нём передавалась России.

Перед Конституционным Судом в основном стояли два главных вопроса. Первый вопрос состоял в том, были ли ущемлены законодателем основополагающие нормы Конституции, а именно, имел ли законодатель право дать полномочие подписать договор и ратифицировать его без референдума, предусмотренного статьёй 77 Конституции?

На этот вопрос Конституционным Судом был дан позитивный ответ после анализа обширного исторического материала. Суд сделал вывод, что речь в конкретном случае идёт не об исторической территории Латгале, упомянутой при провозглашении Латвийского государства и закрепленной в третьей статье Конституции, а о территории, которой Латвия завладела после подписания мирного договора 1920 года.

В то же время Конституционный Суд подчеркнул, какие территории подразумеваются под Латгале в этой статье и что отдача хоть части этих территорий требует процедуры, предусмотренной в статье 77 Конституции.

*

Второй вопрос касался того, соответствует ли договор доктрине продолжительности государства.

На этот вопрос Конституционным Судом был дан позитивный ответ после обширного анализа сути доктрины и действий правительства и парламента. Доктрина продолжительности государства не запрещает государству распоряжаться своей территорией. В установленном Конституцией порядке государство может как увеличить, так и уменьшить свою территорию.

★

Конституционный Суд рассмотрел вопрос о том, имел ли законодатель право отдать территорию, *de jure* принадлежащую Латвии. Конституционный Суд не рассматривал вопрос о том, было ли это решение политически целесообразным и обоснованным. Это было очень трудным решением для нашего народа, но я надеюсь, оно было правильным.

★

Иногда на международных семинарах западные коллеги выражают своё недовольство тем, что, по их мнению, мы говорим "о старых делах". Но это не "старые дела". Упомянутое решение провозглашено менее чем год назад. И вопрос в нем стоял не только о том, где *de jure* находится граница Латвии, но одновременно и о том, где *de jure* находится граница Европейского союза.

Я надеюсь, что государства Кавказа, так же как и Латвия, в будущем присоединятся к тем государствам, где подобные вопросы действительно стали историей и суверенная власть народа на территории своего государства сама собой подразумевается.

SUMMARY

Articles 1, 2, and 3 of the Constitution of the Republic of Latvia state:

1. Latvia is an independent, democratic Republic.
2. Sovereign power of the state of the Republic of Latvia belongs to the people of Latvia.
3. Territory of the state of Latvia in the borders established by the international treaties is Widzeme, Latgame, Kurzeme and Zemgale.

These three articles as well as article six are the core of the constitution, the constitutional base of the state. These articles are the subject of a special procedure of amendments as article 77 of the constitution states:

"If Saima has changed articles 1, 2, 3, 6 or 77 of the constitution, these amendments before entering into force should pass the national voting". Procedure mentioned in the article 77 states that the positions prescribed in these articles are considered as very important constitutional values by the constitutional legislator.

One of such issues is the so called case of the treaty signed March 27, 2007 between Republic of Latvia and Russian Federation on state borders between Latvia and Russia.

The constitutional court faced two main issues. The first issue was if the legislator has violated the fundamental norms of the constitution: that is, did the legislator have the authority to sign the treaty and ratify it without a referendum stipulated in the article 77 of the Constitution. After analysis of wide range of historical materials it was positively answered by the constitutional court. The court concluded that this concrete case didn't concern the historical territory of Latgale mentioned at the moment of declaration of Latvian state and stipulated in Article 3 of the Constitution but concerned the territory which Latvia got as a result of the peace treaty of 1920. Meanwhile the Constitutional Court emphasized which territories where meant under Latgale and in the case when even a part of this territory was given to another country requires the procedures stipulated in the Article 77 of the Constitution. The second issue was if this treaty corresponded to doctrine of the duration of the state. After a thorough analysis of the essence of the doctrine and activity of government and parliament the Constitutional Court answered positively. The doctrine of duration of state does not forbid administering its territory. By the order established by the constitution the state can both increase and decrease its territory. The Constitutional Court considered the issue if the legislator had the right to give the territory which de jure belonged to Latvia. The Constitutional Court did not consider the issue whether the decision was politically wise and grounded.



THE FUNDAMENTAL VALUES CONTAINED IN THE CONSTITUTION OF IRELAND AND THEIR APPLICATION

JAMES HAMILTON

*Director of Public Prosecutions, Ireland,
Member of the Venice Commission of the Council of Europe*

Introduction - The Irish Legal System

The legal system of Ireland is one of common law. Although early Irish society had its own native legal system, known as Brehon Law, the common law was introduced by the English conquerors and settlers of Ireland and by the seventeenth century common law was firmly established in Ireland and has remained so until this day. When Ireland achieved self-governing status in 1922, nobody other than a small number of incurable romantics seriously suggested that the common law should cease to be the law of Ireland. However, the introduction for the first time in 1922 of a written constitution marked a major break with the English legal tradition. Although it had been intended that that constitution could be amended only by plebiscite after an initial period during which it could be extended by ordinary legislation the period during which the 1922 Constitution could be amended by the legislature was successively extended so that in effect until 1937 Ireland remained a country subject to a system of parliamentary sovereignty despite having a written constitution.

The Constitution of Ireland, 1937

Irish constitutional development came to full fruition in 1937 with the adoption of a fully republican form of constitution which abandoned the concept of parliamentary sovereignty in favour of the concept of sovereignty of the people. The 1937 Constitution was adopted by plebiscite and, following a three year transitional period, could thereafter be amended only by popular referendum. The constitutional structure provided for a bicameral legislature with a strict separation between the three branches of government. The independence of the judiciary is guaranteed as is the exclusive power of the Oireachtas (parliament) to make law. It contains detailed provisions concerning the fundamental rights of citizens and provides for an extensive power of judicial review, under which legislation which is inconsistent with the Constitution can be struck down by the courts. While it took some considerable time for judges and lawyers steeped in the old doctrine of parlia-

mentary sovereignty to realise the implications of this constitutional revolution, by the 1960s judicial activism was in full swing and since then the Irish courts have developed an elaborate constitutional jurisprudence. Constitutional law and the concept of constitutional justice has informed and infused all aspects of Irish law and the Irish courts have given a firm constitutional basis to rules of fair procedure or due process.

In all of this, of course, Irish courts were doing something that had already been done in that great bastion of the common law, the United States of America, whose example has in this and the last century been followed by many other common law jurisdictions to a greater or lesser extent, most recently even by the United Kingdom since its adoption of the European Convention on Human Rights as part of its domestic law.

Express Fundamental Rights

The 1937 Constitution contains a number of express provisions concerning human rights. They, however, are only a part of the story of the protection of human rights on the constitutional plane. The Irish courts have also recognized the existence of a large number of rights which are not in fact specified in the text.

I will begin by describing briefly some of the principal fundamental rights which are expressed in the text. The 1937 Constitution is, of course, a product of its time. Hence some of the language used in 1937 as well as the content look old-fashioned by the standards of 2008. The attitude to the role of women appears particularly outdated. Some of the text reflects a Catholic ethos particularly in the provisions concerning the family and education. On the other hand the Article on religion on the whole represents a clear separation between church and state. Much of the language reflects natural law thinking with its references to natural, inalienable and imprescriptible rights.

Many of the express fundamental rights are contained in the chapter entitled Fundamental Rights comprising Articles 40-44.

Article 40 contains a guarantee of equality before the law. The guarantee is extended to all citizens "as human persons". The Article contains a prohibition on the conferring of titles of nobility by the State and a prohibition on citizens accepting titles of nobility or of honour except with the prior approval of the Government. Article 40.3.1°, to which I shall return, contains a guarantee by the State in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate the personal rights of the citizen. The following paragraph goes on to state that the State shall, in particular, by its laws protect as best as it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name and property rights of every citizen.

This provision is then followed with a clause which acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right. This provision was inserted following a referendum in 1983. In *Attorney General (Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd) v Open-Door Counselling Ltd* [1988] IR 593 the Supreme Court granted an injunction restraining the defendants from providing information in Ireland about abortion services obtainable abroad. In *Attorney General v X* [1992] 1 IR 1 an injunction was granted by the High Court to prevent a 14 year old girl who was pregnant as a result of a rape from leaving the jurisdiction of Ireland to obtain an abortion. The decision of the High Court in X was on the facts of the particular case reversed by the Supreme Court on the grounds that there was a real and substantial risk that Ms. X might commit suicide, and in such circumstances termination of pregnancy was permissible. The possibility of injunctions being granted in other circumstances was, however, affirmed. Following the *Open-Door* and X cases two further provisions were inserted in the Constitution following further references in 1992 stating that the subsection "shall not limit freedom to travel between the State and another state" and that the subsection "shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law" information relating to services lawfully available in another state. A further proposal to exclude possible suicide as a permissible ground to allow an abortion was rejected by the electorate.

Article 40.4 provides that no citizen shall be deprived of his personal liberty save in accordance with law. It then goes on to set out what is effectively a *habeas corpus* provision which is, however, established as a constitutional procedure under this Article.

Article 40.5 provides that the dwelling of every citizen is inviolable and shall not be forcibly entered save in accordance with law.

Article 40.6 guarantees liberty for the exercise of a number of specified rights "subject to public order and morality". The first of those rights is the right to the free expression of convictions and opinions. This is, however, qualified by a statement that organs of public opinion, such as the radio, the press, the cinema, while preserving the rightful liberty of expression, including criticism of government policy, shall not be used to undermine public order or morality or the authority of the State. The provision goes on to state that the publication or utterance of blasphemous, seditious, or indecent matter is an offence which shall be punishable in accordance with law. Notwithstanding this apparently clear provision there is in fact no offence of blasphemy in Irish law.

The next specified right is the right to assemble peacefully and without arms. However, this right is qualified by a statement that provision may be

made by law to prevent or control meetings which are determined in accordance with law to be calculated to cause a breach of the peace or to be a danger or nuisance to the general public and to prevent or control meetings in the vicinity of the parliament.

Finally, Article 40.6 guarantees the right of the citizens to form associations and unions but permits laws to regulate and control in the public interest the exercise of the foregoing right.

Article 41 deals with the family. The Family is recognised as the natural, primary and fundamental unit group of Society and as a moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law. There is a guarantee to protect the Family in its constitution and authority. The Article goes on to provide that by her life within the home, woman gives to the State a support without which the common good cannot be achieved, and says that the State shall, therefore, endeavour to ensure that mothers shall not be obliged by economic necessity to engage in labour to the neglect of their duties in the home. Next this Article contains a pledge to guard with special care the institution of marriage on which the Family is founded and to protect it against attack, but the succeeding provision allows for a grant of divorce on certain conditions. This latter provision was inserted following a referendum in 1995 and replaced the original provision which had prohibited the granting of divorces.

Article 42 deals with education. The Family is recognised as the primary and natural educator of the child and the "inalienable right and duty of the parents to provide, according to their means, for the religious and moral, intellectual, physical and social education of their children" is guaranteed. Parents are stated to be free to provide this education in their homes or in private schools or in schools recognized or established by the State. Parents may not be obliged to send their children to state schools or any particular type of school designated by the State. However, the State may require that children receive a certain minimum education, moral, intellectual and social. There is an obligation to provide for free primary education, to endeavour to supplement and give reasonable aid to private and corporate educational initiative, and, when the public good requires it, to provide other educational facilities or institutions. Where parents for physical or moral reasons fail in their duty towards their children the State may endeavour to supply the place of the parents, but always with due regard for the natural and imprescriptible rights of the child.

Article 43 acknowledges the right to private property, or as the Constitution puts it "to the private ownership of external goods". There is a guarantee to pass no law attempting to abolish the right of private ownership or the general right to transfer, bequeath and inherit property. However, these rights may be regulated by the principles of social justice.

Finally, Article 44 deals with religion. The State acknowledges that the homage of public worship is due to Almighty God. The State is to hold His Name in reverence, and respect and honour religion. Originally there was a clause which recognized a number of named religions but that was deleted by referendum in 1972. Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are guaranteed "subject to public order and morality". There is a prohibition on the endowment of religion. There is a prohibition on making discrimination on the grounds of religious profession, belief or status. Legislation providing state aid for schools must not discriminate between schools under the management of different religions or denominations. Nor must it affect the right of any child to attend a school receiving public money without attending religious instruction at that school. The right of religious denominations to manage their own affairs, and to own, acquire and administer property and maintain religious or charitable institutions is guaranteed and their property may not be diverted save for necessary works of public utility and on payment of compensation.

It will be noted that this list of specified rights in Articles 40-44 is a relatively limited one. There are many rights which would generally be recognized today both in modern constitutions and in the international human rights instruments which are not expressly referred to in the Constitution of Ireland. It is also worth noting that many qualifying phrases appear in the text when describing the various specified rights, such as, "subject to public order and morality".

The Unenumerated Rights

It is obvious that if the human rights protections in the Constitution of Ireland were confined to the rights expressly set out in it the Constitution would be seriously deficient by modern standards. But in a landmark case, *Ryan v Attorney General*, 1965, IR294, the Supreme Court held that the reference to the personal rights of the citizen in Article 40.3.1° of the Constitution did not refer only to the rights which are actually specified but also to various other unspecified personal rights. Over the years the courts have identified a substantial number of unspecified or unenumerated rights using this particular provision.

Ryan's case was concerned with an allegation that the fluoridation of water infringed the personal rights of the citizen. While the Court rejected the plaintiff's claim it nonetheless held that there was indeed an unspecified right to bodily integrity which was one of the personal rights referred to in that Article. This right was broadened in subsequent cases in to a wider right not to have one's health endangered by the actions of the State¹.

¹ The State (C) v Frawley [1976] IR 365

Other rights which have been recognised include the right to freedom from torture, inhumane or degrading treatment², the right to work and earn a livelihood³ and the right to marital privacy⁴. A more general right to privacy has also been recognised⁵. The right to autonomy was recognised in *In re a Ward of Court (withholding medical treatment) (No. 2)*⁶ in which the Supreme Court authorized the withdrawal of artificial nutrition and hydration from a patient who had been in a near persistent vegetative state for many years. The right to refuse to submit to medical treatment was also recognised. Other rights which have been recognized include the right to litigate and to have access to the courts, the right to justice and fair procedures, the right to travel both within and outside the State, the right to know one's mother's identity, and the right to marry. The right to procreate was recognized in *Murray v Ireland*⁷, a case in which a married couple, both of whom had been convicted of murdering a policeman and were long term prisoners, sought the right to have children. While the court recognized the general right to procreate it held that the State was entitled to limit it in the case of prisoners. The rights of an unmarried mother in regard to her child⁸, certain rights of children and the right to communicate have also been upheld.

An obvious difficulty arises in identifying what is the source of these rights? At different times the Irish courts have given different answers to this question. In some cases the courts held that the rights derived from the "Christian and democratic nature of the State"⁹. Other sources have included papal encyclicals¹⁰, international human rights instruments¹¹ and the principles of natural law. There is no doubt, however, that the courts have never found an entirely satisfactory answer to this problem and many commentators have criticised what they see as essentially judicial law making which does not have any mandate from the text. In recent years there has been less of a tendency to identify new and personal rights, although given the range of rights already identified it would be difficult not to conclude that there can be very few left which have not been considered at some time or other. In *OT v B*¹², Keane CJ in commenting on the nature of unspecified rights stated as follows:

"It would unduly prolong this judgment to consider in detail the problems that have subsequently been encountered in developing a coherent princi-

² *Ibid*

³ *Murtagh Properties v Cleary* [1972] IR 330

⁴ *McGee v Attorney General* [1974] IR 284. In this case the Supreme Court held that provisions making access to contraception unlawful violated the right of a married person to privacy in regard to his or her marital relations.

⁵ *Kennedy v Ireland* [1987] IR 587. The case concerned a complaint by the plaintiffs of unjustifiable tapping of their telephones by the State.

⁶ [1996] 2 IR 79

⁷ [1985] IR 352

⁸ *The State (Nicolau) v An Bord Uchtula* [1966] IR 567, *G v An Bord Uchtula* [1980] IR32

⁹ For example, in *Ryan v Attorney General* [1965] IR 294

¹⁰ *Ibid*

¹¹ *Doyle v Garda Commissioner* [1998] 2 ILRM 523

¹² [1998] 2 IR 321

pled jurisprudence in this area. It is sufficient to say that, save where such an unenumerated right has been unequivocally established by precedent and, for example, in the case of the right to travel and the right of privacy, some degree of judicial restraint is called for in identifying new rights of this nature."

It may be noted that a similar phenomenon exists in relation to the interpretation of the United States Constitution and has been subjected to similar criticism from those who are opposed to too much judicial activism.

Other Rights in the Constitution

Apart from the Fundamental Rights Articles in the Constitution of Ireland, a number of other rights appear throughout the document. These include the right to trial by jury (Article 38.5), the right to vote (Article 16.1.2°), and the right to seek election (Article 16.1.1°).

Article 38.1 provides that no person shall be tried on any criminal charge save in due course of law. In a similar manner to the way in which the courts have elaborated on the reference to personal rights and defined innumerable unenumerated rights the term "due course of law" has been held to imply a large number of rights in the area of criminal law and procedures. These include the right to be presumed innocent of criminal charge until the case is proven¹³, the right to be informed of the nature and cause of the charge promptly, in detail, and in a language which is understood¹⁴, the right to be tried without undue delay¹⁵, the right to a fair public hearing by a competent, independent and impartial court¹⁶, the right to be allowed to appear, defend oneself, and be present throughout one's trial¹⁷, the right to be legally represented, and if necessary to be assisted financially¹⁸, the right to be given reasonable time and opportunity for the preparation of defence¹⁹, the right to be given the assistance of an interpreter where necessary²⁰, the right to give evidence and secure the attendance and examination of witnesses and to present evidence in a manner prescribed by law²¹, the right not to be compelled to incriminate oneself²², the right to be subject to fair procedures relating to arrest, detention, charging, trial, appeal and sentence,

¹³ *O'Leary v Attorney General* [1995] 1 IR 254

¹⁴ *The State (Buchan) v Coyne* [1936] 70 ILTR 185, *In re Haughey* [1974] IR 217, *Director of Public Prosecutions v Doyle* [1994] 2 IR 486

¹⁵ *Director of Public Prosecutions v Byrne* [1994] 2 IR 236, *Cahalane v Murphy* [1994] 2 IR 262

¹⁶ *The People (Director of Public Prosecutions) v McGinley* [1983] 3 Frewen 251, *The People (Director of Public Prosecutions) v WM* [1995] 1 IR 226, *Eccles v Ireland* [1985] IR545, *The People (Attorney General) v Singer* [1975] IR 408

¹⁷ *The People (Attorney General) v Messitt* [1972] IR 204, *Lawlor v Hogan* [1993] ILRM 606

¹⁸ *The State (Healy) v Donoghue* [1976] IR 325

¹⁹ *In re Haughey* [1971] IR 217, *O'Callaghan v Clifford* [1994] 2 ILRM

²⁰ *The State (Buchan) v Coyne* [1936] 70 ILTR 185

²¹ *In re Haughey* [1971] IR 217, *White v Ireland* [1995] 2 IR 268

²² *Heaney v Ireland* [1994] 3 IR 593

which are prescribed or permitted by law²³, the right to be allowed to appeal against conviction or sentence as may be prescribed by law²⁴, and the right not to be tried a second time for the same offence following a valid conviction or acquittal²⁵.

Procedures

I propose to say a little about procedures which are followed by the Irish courts in relation to constitutional questions. By virtue of Article 34.3.2° the exclusive jurisdiction to question the validity of any law passed by the parliament on grounds of constitutionality is vested in the High Court and on appeal from the High Court to the Supreme Court. The effect of a finding of invalidity of a law is that the law is deemed never to have been valid and such a finding operates *ex tunc* rather than *ex nunc*. This, of course, on some occasions can present rather intractable problems because, as it has been succinctly put "the egg cannot be unscrambled"²⁶. For example, in the past electoral laws have been stricken down. Should this have resulted in a finding that previous legislatures had been invalidly elected and that their acts were null and void? Would Governments elected by those legislatures also be invalid? Such a finding would have carried with it the further proposition that the judges who struck down the law had not been duly appointed under the Constitution. We thereby come full circle. In one case the Supreme Court struck down a very significant aspect of the Income Tax Acts²⁷ but nonetheless held that the practical consequences of this could not permit a refund of taxes before the date of issue of proceedings. A variety of legal stratagems have been devised in order to avoid the logic of the proposition that the law never existed, including, most remarkably, in the case of *A v Governor of Arbour Hill Prison*²⁸ a finding that (following the striking down of a law which prevented a person from having sex with underage children) a person convicted of such an offence (which was deemed never to have existed) could nonetheless be kept in prison on foot of a prior conviction because he had not raised the issue at the time. Finally, it may be noted that over the years the courts have been quite active in striking down provisions of statute law.

In addition to the power to declare a law invalid there is also a provision which allows the President of Ireland, instead of signing a law which has been passed by the parliament, to refer it to the Supreme Court for an advisory opinion on its validity which the Supreme Court must give within 60 days. However, if the law is upheld by the Supreme Court it can never thereafter be challenged. This provision has been criticized by the

²³ *The People (Director of Public Prosecutions) v Healy* [1990] 2IR 73, *Cox v Ireland* [1992] 2 IR 503

²⁴ *The People (Attorney General) v Conmy* [1975] IR 341

²⁵ *The People (Director of Public Prosecutions) v Quilligan* (No 2) [1989] IR 45, *McCarthy v Garda Commissioner* [1993] 1 IR 489

²⁶ See *Griffin J. in Murphy v Attorney General* [1982] IR 241 at p 331

²⁷ *Ibid*

²⁸ [2006] 2 ILRM 481

Constitutional Review Group which reported in May 1996. It is hard to avoid the conclusion that the Irish courts, being based on a common law tradition, are unhappy with this form of abstract review. There is a reluctance to guarantee forever the constitutionality of a statute when it is not possible to envisage all the circumstances in which something might be done on foot of it. For this reason the provision is rarely invoked. Typically it might be used in a case where a law dealing with a net issue contained a small number of provisions which are going to have a drastic effect if they are subsequently found to be unconstitutional. For example, the section has been used to test the validity of adoption legislation. In many cases where a law has been tested under this provision the Supreme Court has refused to give the law its seal of approval and it is hard to resist the impression that they are very reluctant to do this, particularly when a statute is long or complex. The Constitution Review Group suggested that instead of the existing procedure a finding of constitutionality should not preclude a subsequent challenge - as in any other case where a constitutional challenge fails.

Finally, Ireland does not have a separate constitutional court. As in the United States of America constitutional issues are dealt with in its highest courts which also deal with other matters. It follows from this that constitutional issues may be raised together with other issues in various forms of litigation. Apart from bringing a declaratory action seeking a declaration of invalidity of a law, the possibility arises of raising constitutional issues in judicial review proceedings, in *habeas corpus* applications, or when such issues arise in the course of ordinary civil litigation or even in criminal cases. As well as striking down laws, courts may give injunctive relief to restrain breaches of the Constitution, may award damages, and must refuse to admit evidence obtained in breach of constitutional right²⁹.

The European Convention on Human Rights and the Irish Constitution

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was incorporated into Irish law by the European Convention on Human Rights Act 2003. The Act provided that courts must, as far as possible, interpret and apply Irish law in a manner compatible with the Convention, and that every organ of State must perform its functions in such a manner. Any contravention of the latter provision gives rise to an action in damages. The High Court and Supreme Court can make a declaration that a provision of Irish law is incompatible with the Constitution.

These remedies, of course, co-exist with the existing remedies under the Constitution, including the power to strike down a law for unconstitution-

²⁹ *People (DPP) v Kenny* [1990] 2 IR 110

ality. One of the leading commentators on the Constitution of Ireland, Prof. Gerard Hogan, has commented on the "striking degree of overlap between the respective guarantees (as judicially interpreted) contained in the Constitution and the Convention. The Constitution contains no significant omissions compared with the ECHR, although the guarantee of the rights to family life in Article 8 and free speech in Article 10 are probably more extensive than the corresponding constitutional guarantees, although, in the latter case, judicial attitudes seem to be changing ...

What does appear to be almost beyond question, however, is that there are no major deficiencies in the level of constitutional protections as compared with the ECHR. It is also true that the Constitution's guarantees in respect of matters such as the separation of powers, the right to jury trial for major offences and the guarantees in respect of religious discrimination and non-endowment of religion go significantly beyond ECHR guarantees. Furthermore, the constitutional jurisprudence relating to remedies - the exclusion of evidence for breach of constitutional rights; the jurisdiction of the courts to restrain anticipated unconstitutional conduct by the executive or legislative branches, and the award of damages for breach of constitutional rights - is at least the equal of that provided by Strasbourg and is, in many significant respects, more developed³⁰.

In their introduction to the fourth edition of J.M. Kelly's *The Irish Constitution* the editors, Profs. Gerard Hogan and Gerry Whyte, commented that:

"the Constitution's significantly superior system of judicial review and ancillary remedies (such as the declaration of invalidity, damages and injunction) ensures that it will remain the litigant's first choice."

Such has indeed proved the case. Although it is now the practice in many cases for litigants to assert breaches of both the Constitution and the Convention, in only one case since the Convention was incorporated has a law or an action been found by the Irish courts to be compatible with the Constitution of Ireland but not with the Convention³¹.

³⁰ Hogan, 'The Belfast Agreement and the Future Incorporation of the European Convention of Human Rights in the Republic of Ireland' (1999) *Bar Review* 205 at 208-9 (footnotes omitted).

³¹ See *Foy -v- An t-Ard Chláraitheoir & Ors.*, Unreported, High Court, 19th October 2007, McKechnie J. The applicant was a post-operative male to female transsexual. In 2002, she failed in her application to have her name and gender altered on her birth certificate to reflect such change. The High Court held that the legal regime in place had not infringed her constitutional rights to privacy, dignity, equality and to marry an Irish male. By the time the applicant's appeal came up for hearing there had been a number of significant changes in the legal landscape in relation to issues arising in her claim. As a result, the Supreme Court remitted the matter to the High Court so that new issues could be heard at first instance. McKechnie J., in giving judgment, noted that the applicant's constitutional claim was almost identical to that in her earlier case, with the exception of one new point. Therefore, he felt bound by the court's previous adjudication and found that there had been no infringement of the applicant's constitutional rights. However, reviewing the recent pronouncements from the European Court of Human Rights, McKechnie J. held that there had been an infringement of the applicant's Convention rights. He therefore held that a declaration of incompatibility under the 2003 Act was appropriate. This decision is under appeal to the Supreme Court. See Coulter, *State to Appeal Judgment in Foy Case to the Supreme Court*, Irish Times, 1st April 2008.

Conclusion

Despite the many obvious inadequacies in the written text of the Constitution of Ireland, the jurisdictional activism of the courts, especially from 1960 on, led to a vibrant constitutional law where judicial interpretation supplied many of the gaps. Despite the more restrained approach now usually maintained in the courts the Constitution continues to provide an effective protection for fundamental rights and has generally proved itself capable of being adapted to meet the challenges of ever-changing times.

РЕЗЮМЕ

Еще в 1937 году Конституция Ирландии содержала ряд положений, относящихся к правам человека. Однако ирландские суды признали существование большого числа прав, которые не закреплены на бумаге. Основные права определены статьями 40-44 Конституции Ирландии. К ним относятся: равенство всех перед законом, равные права на жизнь еще неродившегося ребенка и его матери, право на проведение мирных, без оружия собраний, право на создание объединений и союзов, право семейной жизни, право на образование, право частной собственности и право на свободу религии. Однако этот перечень прав значительно ограничен. В деле *Руан против Генерального прокурора* 1965 года Верховный Суд посчитал, что под отмеченными в статье 40.3.1. Конституции Ирландии правами подразумеваются еще и другие не указанные права. В течение многих лет суды ссылались на *дело Руан против Генерального прокурора* 1965 года, чтобы указать на права, которые подразумеваются, но не закреплены в вышеуказанной статье.

Несмотря на большое число неадекватностей в тексте Конституции Ирландии, правовая активность судов, особенно начиная с 1960 года, привела к тому, что правовое толкование Конституции восполнило многие пробелы конституционного права.



СОБСТВЕННОСТЬ, СВОБОДА, БЕЗОПАСНОСТЬ

БАРНАБАШ ЛЕНКОВИЧ

член Конституционного Суда Венгерской Республики

1. Ценности цивилизации

Каждая нация гордится своей историей, накопленными и сохранёнными ею в процессе этой истории религиозными, культурными и художественными ценностями, национальными традициями, народными обычаями. Наиболее ценные элементы природной и созданной человеком среды отдельных стран всё чаще объявляются частью мирового культурного наследия и рассматриваются нами как общие сокровища всего человечества.

Я убеждён, что аналогичным образом следует подходить и к основным свободам и правам человека, зафиксированным в международных соглашениях и национальных конституциях. Их тоже нужно признать выкристаллизовавшимися в процессе цивилизационного развития отдельных наций и эссенциальных ценностей всего человечества. И их тоже можно считать частями - не материальными, а нематериальными (спиритуальными, сакральными) - мирового наследия, общими культурными ценностями всего человечества. Эти основные ценности, зафиксированные в международных документах и конституциях демократических правовых государств, необходимо поощрять и охранять так же, как другие природные и созданные человеком ценности для того, чтобы потом передать их грядущим поколениям. Если нам удастся достичь консенсуса в отношении этих ценностей - поначалу, по крайней мере, в минимуме прав человека, затем, шаг за шагом, во всё большем числе основных свобод и прав человека - только тогда мы сможем жить в мире и безопасности как индивиды, в своих семьях, в своих деревнях и городах, в своих странах, в регионах, охватывающих несколько стран, в Европе, на других континентах, во всём глобализирующемся мире.

Большая часть основных прав и свобод человека - так же, как и конституционные права - в настоящее время является пока такими пространными, имеющими декларативный характер и сформулированными с высокой степенью юридической абстрактности юридическими рамками, которые создают предпосылки для сохранения культурных и юридических традиций, их постепенного обновления, модернизации.

Венгрия, например, скорее всего, в качестве противодействия сорокалетней коммунистической диктатуре в период изменения системы (1989) сразу же и в полной мере, можно сказать, "в неограниченной форме" обеспечила своим гражданам классические демократические свободы (это было время "демократической ярости").

Однако культуры жизни в условиях свободы и чувства ответственности в то время ещё не существовало, а складываются они очень медленно. И сегодня мы зачастую сталкиваемся с тем, что некоторые, ущемляя при этом права других, злоупотребляют собственными свободами, настаивают на своих правах, не выполняя при этом обязанностей или не учитывая и не уважая правовых ограничений. Одна из сложнейших задач всех институтов демократического правового государства, особенно Конституционного Суда, в наше время - обозначить условия и границы свободы, помочь осознать вытекающие из неё обязанности и ответственность и укрепить их в целях защиты свободы других и общества в целом.

С такими тяжелейшими проблемами сталкивается Венгрия в области экономических, социальных, культурных прав. В своё время мы хотели избежать радикального падения (шоковой терапии) в этой области по сравнению с временами опекающего всех патерналистического, социалистического государства. Именно поэтому наши законы и сегодня обещают больше того, что способно обеспечить демократическое правовое государство на основе предельных возможностей национальной экономики. Таким образом, наиболее сложной задачей Конституционного Суда в настоящее время является согласование реальных экономических и финансовых возможностей и прав в области здравоохранения, образования, социальной и культурной сферы. Трудность этой задачи наглядно иллюстрирует тот факт, что если в годы изменения системы девять десятых населения Венгрии считало свободу более важной вещью, чем социальная безопасность, то в наше время эти пропорции изменились в прямо противоположном направлении. Эти изменения в системе ценностей нельзя считать своеобразным венгерским или посткоммунистическим явлением, это явление мирового порядка. Всё больше людей в наше время самой серьёзной проблемой в области прав человека считают мировую бедность. К этой глобальной и национальной проблеме всё стремительнее присоединяется другая серьёзная проблема - опасность глобального разрушения и гибели природной среды (изменение климата и катастрофа, которую оно повлечёт за собой). Для решения проблем, возникающих в ходе практического обеспечения свобод и социальных прав, весьма полезным может оказаться обмен опытом между различными странами, обоюдное знакомство с проблемами, работой, мнениями друг друга и использование накопленного другими опыта. Особенно

эффективным такой обмен может стать для стран, обладающих сходным историческим прошлым, а потому и сходными проблемами в настоящем.

Одной из таких трудных - если не наиболее трудных - общих исторических проблем является проблематика перехода от планируемой экономики, опирающейся на социалистическую общественную собственность, к рыночной экономике и частной собственности. До изменения системы весь доход (приход, прибыль), которую приносил огромный корпус государственной собственности, был источником финансирования социального обеспечения (государственного патернализма), в то время как в наши дни все расходы на социальные нужды, здравоохранение, культуру, образование, спорт могут покрываться исключительно за счёт налоговых поступлений от частного капитала. А поскольку эта денежная масса и её перераспределение государством (редистрибуция) значительно меньше той, которая находилась в распоряжении социалистического государства, прямо пропорционально сужению финансовых возможностей сокращаются и реальные возможности обеспечения этих прав. Наиболее трудная задача конституционных судов и политических элит правовых государств, появившихся на месте посткоммунистических стран, заключается как раз в поисках конституционного решения этих редуцированных процессов и нового равновесия, которое будет принято обществом и соответствует международной практике.

В первом абзаце 13 параграфа Венгерской Конституции, так же, как в других международных документах по правам человека и в конституционном договоре Европейского союза, сказано: "Венгерская Республика гарантирует право собственности". Во втором абзаце этого же параграфа в качестве обычного продолжения добавляется, что "принудительное отчуждение имущества возможно только в исключительных случаях и для общего блага и только в прописанном в законе порядке и формах при условии полного, безоговорочного и немедленного возмещения". Проанализировав это правило, Венгерский Конституционный Суд, с одной стороны, определил, что конституционная охрана права собственности не обеспечивает ни для кого доступ к собственности (гарантию приобретения собственности), более того, в случае отчуждения собственности не обеспечивает и аллага-рантии, гарантируя лишь возмещение стоимости изъятого, с другой стороны, было установлено и то, что Венгерская Конституция охраняет право собственности как традиционную материальную основу автономии деятельности личности [64/1993. (XII. 22.) ВК]. А автономия деятельности личности - это не что иное как свобода личности, то есть право собственности у нас и сегодня можно рассматривать в качестве материальной предпосылки и гарантии свобод человека. Имен-

но поэтому стоит повнимательнее присмотреться, какие исторические предпосылки были у этой традиционной взаимосвязи, взаимобусловленности собственности и свободы. В пользу такого исторического обзора и необходимости извлечения уроков истории говорит и проблема общественного распределения права собственности, она не решена и по сей день, более того, у нас нет конституционного ответа на этот вопрос.

Неравномерность распределения прав собственности и стремление некоторых к безграничному обладанию сегодня становятся источником напряжённости как внутри отдельных обществ и в отношениях между различными нациями, так и между человеческим сообществом и окружающей средой (см. проблему поддержания развития и бедности).

2. Буржуазная система собственности

Призрак бродит по Центральной и Восточной Европе, призрак дикого капитализма 18-19 веков. Перефразируя знаменитое начало Коммунистического манифеста, я хочу указать на те изменения, которые произошли в нашем регионе в XX веке. С началом европейского просвещения зародился процесс, в ходе которого частную собственность рассматривали как предпосылку личной и общественной свободы, впоследствии, спустя некоторое время, её же объявили главным злом, причиной всех общественных проблем.

Исходной точкой этого процесса было буржуазное развитие, формирование и усиление буржуазной собственности. Буржуазию и её собственность не удалось вписать ни в феодальную общественную систему, ни в феодальные отношения собственности. Более того, буржуазия безжалостно, главным образом, в ходе кровавых революций и гражданских войн разгромила феодальную систему с её отношениями собственности и создала, прежде всего, в целях свободного распоряжения собственностью подходящую для себя новую общественно-экономическую систему, обеспечивающую ей большую свободу.

Стоит задаться вопросом: чем же была мотивирована эта последовательность буржуазии, её целенаправленность, столь бешеная ярость? Причину мы найдём в сути, в общей отличительной черте феодального и предшествовавшего ему рабовладельческого общества. Она кроется, с одной стороны, в наследуемых правах, привилегиях, личной зависимости, феодальной лестнице, то есть в общем состоянии вассальной зависимости. Отвергнув всё это, частная собственность и буржуазное развитие сулили общую свободу: свободную частную собственность, свободных граждан, свободное общество. Именно привлекательностью этих обещаний, не утраченной и по сей день, возросшей

ролью личной свободы и личной собственности объясняется мощь этих буржуазных революций. Венгерский правовед Иштван Бибо назвал эту освободительную революцию "единственной революцией человеческого достоинства", которая должна произойти в каждой стране на каком-либо отрезке её общественного или экономического развития для того, чтобы мы могли говорить об общественной свободе и демократии.

Освобождение собственности и освобождение гражданина, человека формулировались в таком неразрывном единстве, что у большинства авторов слова "свобода" и "собственность" выступали как синонимы, означали одно и то же. Многие великие мыслители только свободную жизнь признавали человеческой жизнью, более того, отождествляли свободную жизнь с основной целью человека, с его счастьем, используя, таким образом, понятие собственности в качестве синонима к словам "свобода" и "счастье". Например, по мнению Джона Локка, "собственность - это общее имя для жизни, свободы и имущества", а по мнению Дени Дидро, "человеческая природа и собственность стремятся к одной цели: освободить человека, а эта свобода затем приведёт и отдельного человека, и всё общество к самому большому счастью". То же самое было сформулировано Адамом Смитом: "Собственный труд - это такая собственность человека, которая является источником всех других имуществ, и как таковая является священной и неприкосновенной".

Великие идеи буржуазного развития были зафиксированы в важнейших положениях Гражданского кодекса, претерпев, однако, значительные изменения. Впечатляющий документ Великой французской революции "Декларация прав человека и гражданина" ещё достовернее отражает наиболее важные требования и достижения буржуазной революции: "Каждый человек рождается и остаётся свободным и равноправным. Общественные различия могут опираться только на важность человека с точки зрения общества" или "Целью любого политического объединения является сохранение естественных и неотъемлемых прав человека. Это следующие права: свобода, собственность, безопасность и сопротивление угнетению". Однако в 17 статье в защиту собственности формулируется следующее: "Никого нельзя лишить собственности, священной и неприкосновенной".

Между естественно-правовыми формулировками в начале Декларации и позитивно-правовыми формулировками в её конце можно заметить определённые различия. В центре первых стоит действительность и человек в его телесно-духовном единстве, с его жаждой свободы и собственности и стремлением к безопасности. В системе, где свободная собственность, свободный гражданин и свободное общество взаимосвязаны и взаимообусловлены, не может быть различий между

людьми, между гражданами, а условием свободы является не только сама собственность, но и равенство собственности. Это равенство собственности необходимо массе граждан для того, чтобы собственность как материальный источник силы смогла выполнить роль главного ограничителя государственной власти, поскольку, как указывал Локк, "главным ограничителем власти является собственность граждан и воплощенная в ней экономическая, материальная сила".

Однако это философское, но в то же время человеческое понимание собственности в процессе формулирования его на юридическом языке и превращения в право собственности претерпело, с одной стороны, некое смысловое сужение, с другой, определённые содержательные изменения. Существенным элементом свободы собственника, восходящей к римскому праву, является свобода распоряжения, осуществление различных частичных правомочий - владения, пользования, распоряжения, получения дохода, предоставления как залога и т. д., а также передача его другому лицу в духе свободы договора. Однако это не распространяется на потребность личности в общественной свободе, на её благополучие и счастье. Но ещё более важное различие заключается в том, что конституционные гарантии и защита закона относятся лишь к уже полученной, уже имеющейся собственности, к тому же в зависимости от её основы, предмета, величины, размера, способа приобретения, цели использования. Это явление принято называть юридической абстракцией собственности, которая концентрируется на юридическом субъекте, юридическом объекте и на той правовой власти, которую имеет юридический субъект над юридическим объектом.

Неприкосновенное абстрактное право собственности ничего не говорит об общественном равноправии собственности, о работе как равном для всех условии приобретения собственности, о равномерном распределении приобретаемой собственности. А если к этому добавить общеизвестное свойство крупной собственности увеличиваться за счет разрастания и получения прибыли и то, что она, используя своё экономическое превосходство, способна уничтожать мелкую собственность, мы получим явление, которое можно назвать эффектом Матфея гражданского права, ссылаясь на слова евангелиста: "Ибо, кто имеет, тому дано будет и приумножится, а кто не имеет, у того отнимется и то, что имеет" (Евангелие от Матфея 13:12). Наряду со свободой, принесённой правом собственности, лозунг равенства был реализован не как действительное, материальное равенство, а как предшествующее закону, существующее *in absztrakto*.

Не удивительно, что те слои общества, которые были лишены собственности, оттеснены, получили недостаточно и тут же осознали несоответствие поставленных целей, скорее, мечтаний и реальной

действительности. Ведь в сознании людей ещё были живы первоначальные мысли, призывы и декларации, которые хотя и не осуществились, но правоты своей не потеряли. То, о чём предупреждал ещё Адам Смит ("не может быть процветающего, счастливого общества там, где большинство людей нищие"), для миллионов людей стало повседневностью.

Тем временем буржуазное общество уже не хотело мириться с положением слуги. Растущая опасность неравноправности права собственности становилась всё более очевидной. Отчасти вследствие преобразования старых феодальных личных и имущественных привилегий, а вместе с ними и личных и имущественных отношений в частнособственнические, отчасти как результат волчьих законов соревнования (конкуренции) крупных состояний, появившихся в ходе первоначального накопления капитала, сложились радикальные имущественные, а следовательно, и общественные отношения.

Когда уже в 1791 году, ссылаясь на экономическую свободу, запретили объединения рабочих в союзы и проведение ими стачек и забастовок в защиту своих интересов (закон Ле Шапелье), Жан-Поль Марат с горечью воскликнул: "Что же мы выиграли, если, уничтожив аристократию дворянства, заменили её на аристократию богатых?" Этот вопрос задавало себе всё больше людей, он волновал массы, видевшие и осознающие тот факт, что феодальные привилегии по праву рождения преобразовались и продолжают существовать в виде имущественно-наследственных. Передаваемые по наследству привилегии, по выражению Иштвана Бибо, "наследственное господство" сменило господство наследуемых состояний, хотя в качестве задачи ставилась не смена господства, а уничтожение самого явления господства над людьми и его возможности.

3. Социалистическая система собственности

Таким образом, стремление иметь свою собственность, сулящую личную и общественную свободу, не исчезло, а, напротив, лишь стало сильнее, поэтому буржуазная революция, единственная великая революция человеческого достоинства, была обречена на продолжение. Действительно, речь идёт о второй фазе единого процесса. Среди мыслителей, осуждавших отношения, сложившиеся при диком капитализме, наиболее кроткими были утописты. Предлагаемые ими модели государств строились, как правило, на морали, человеческих добродетелях, пуританской простоте и равноправии людей. В отличие от них, представители называемого научным социализма предлагали резкую, но очень практичную программу: насильственно свергнуть любой существовавший ранее общественный строй и объявить пролетариат

господствующим классом, то есть ввести диктатуру пролетариата, после чего провести обобществление государством капиталов и земельной собственности. Они не только "смертельно серьезно" излагали это в своих программах, но и, сея классовую ненависть, тем же методом реализовали их. Диктаторские разновидности марксизма являются живыми примерами того, как любая самая благородная цель превращается в ничто, если её пробуют достичь бесчеловечными методами. Коммунисты уничтожили существовавшее ранее ненавистное господство, но не уничтожили само явление ненавистного господства.

Бросается в глаза одна особенность этого насильственного, экспроприрующего обобществления - это то, что с юридической точки зрения оно проходило как огосударствление. Государство в качестве модели для своего правового статуса собственника выбрало положение частного собственника. Таким образом, в положении собственника имущества, называемого общественным, оказалось одно единственное юридическое лицо - социалистическое государство. В результате этого сама идея обобществления была как бы вывернута наизнанку. Все общество превратилось не в законного собственника, а в зависимого от государственной собственности.

Провозглашая на словах равный доступ к собственности, на деле членов общества не только не включили в право собственности, но и отняли его у всего общества в целом. В результате осуществилось не обобществление собственности, а огосударствление общества. Таким образом, закрепление общественного права собственности в правовой норме разительным образом напоминает то понятийное сужение и содержательное изменение, которые мы уже наблюдали в случае трансформации благородных идей идеологии буржуазной собственности и превращения её в частную собственность.

Однако опасность и негативные последствия этого решения для общества на этот раз были ещё более значительными. Тогда общество раскололось на бывших в меньшинстве крупных собственников и на находящихся в большинстве неимущих, бедных, между которыми началась борьба за равный доступ к правам собственности и их справедливое общественное распределение, которая велась чаще политическими и юридическими средствами, иногда переходя в вооруженные столкновения. Обе стороны, участвующие в этой борьбе, старались использовать в ней государство и право.

В социалистическом же государстве сложилось равенство лишённых собственности, а между обществом и государством возникла пропасть. Не имеющие собственности теперь оказались в зависимом и подчиненном положении по отношению к государству. Общество в невиданных до тех пор масштабах оказалось подчинённым государственной

власти. Маркс и Энгельс объявили владеющее капиталом государство всеобщим капиталистом, забыв, однако, предупредить, что в качестве исключительного владельца средств производства социалистическое государство и в действительности будет таковым.

На это различие - и здесь мы снова должны признать, что это различие между мечтами и реальностью - обратили внимание только позже и только немногие, а мнение их, конечно, не получило огласки.

Марксистская схема, введя в заблуждение многих, внушала иллюзию, что передача средств производства в общественную собственность положит конец эксплуатации. Однако об этом не было и речи. Коммунисты (социалисты) хотя и провели национализацию, направлена она была на ещё большую концентрацию власти. Государство заключало в себе возможность максимально интенсивного угнетения, во много раз превышающего размеры подавления при частной собственности. Стало совершенно очевидным, что человек, не имеющий собственности, не просто беден, он ещё и полностью незащищен и бесправен. Социалистическое государство последовательно стремилось к тому, чтобы у его граждан не оставалось и не появлялось частной собственности. Даже из самого узкого круга потребительских благ они могли обладать лишь минимальной личной собственностью. Сведение оплаты труда к необходимому для выживания минимуму венгерский реформ-экономист Тибор Лишка открыто назвал государственным наёмным рабством.

С проведённой методами пролетарской диктатуры национализацией обобществление собственности не началось, а зашло в тупик. До разделения имущественно-экономической власти среди членов общества, среди автономных индивидов и автономных организаций этих индивидов, то есть до индивидуализации общенациональной собственности, её демократизации и разработки необходимых для этого правовых норм дело никогда не доходило. Главная причина этого лежит в том, что государство, благодаря его статусу субъекта с правами собственности, до самого конца было в состоянии легитимировать свою государственно-экономическую власть, а это обеспечивало ему материальную силу для постоянного удержания политической власти.

4. Глобальная система собственности?

В мою задачу не входит здесь и сейчас анализировать начавшийся в Венгрии в 1990 году и продолжающийся и по сей день процесс смены системы экономики и собственности. Однако сегодня уже не вызывает сомнений то, что широкие круги общества или вообще не стали собственниками в процессе приватизации, или же не получили доступ к собственности такого размера, который означал бы для них

достойное существование и гражданскую свободу, автономию действий индивида и прочные основы равных для всех возможностей. Таким образом, вопрос о собственности и сегодня остаётся вопросом основополагающей важности, становясь в глоболизирующемся мире всё более и более важным. Вследствие этого в наши дни у широких слоев населения отсутствует способность участвовать в общих расходах и заботиться о себе, нет чувства защищенности и нет необходимого для этого объёма частной собственности, частного капитала, материальных сил.

У истории всегда есть время, чтобы восполнить недостатки и исправить ошибки. И сейчас задача, по-прежнему, заключается в том, чтобы выработать имущественное устройство и служащую его основой структуру собственности, обеспечивающие на длительное время общественный мир, и взвешенное, то есть устойчивое, экономическое и общественное развитие.

В качестве такого образца сегодня принято рассматривать структуру собственности наиболее развитых западных стран. В социальных рыночных экономиках на сегодняшний день единым сложившимся конституционным принципом является то, что свобода частной собственности не ущемляет общественной солидарности и принципа равных возможностей, а именно права на социальную защищенность, а степень и способ достижения равномерности не ущемляют права на собственность и свободное предпринимательство. Согласованное осуществление этих принципов, их уравнивание предполагают наличие постоянного, общественного, политического диалога и поисков консенсуса. Характерный для такого консенсуса минимум, помимо главенствования системы частной собственности, включает справедливое законное преобразование системы распределения доходов и участия в общественных расходах. Более справедливое перераспределение производимой экономикой прибыли в пользу капитала рабочей силы привело к возникновению процесса, который вызвал удивление у марксистов в развитых странах. Правомочия собственников на основах частной собственности, методами рыночной экономики и без какого-либо насилия, в рамках закона, в значительной мере уравнились. Этот процесс поддерживается сегодня и тем, что наряду со средствами производства и финансовым капиталом поднялся в цене и человеческий капитал, образовательный капитал, который в каждом отдельном случае является личным капиталом, заложенным в человеке и способным безгранично развиваться при поддержке "лишь" образования, науки, культуры, просвещения.

Это вопрос не только личного благополучия. Инвестиция финансового капитала и его оборот также требуют всё более глубоких профессиональных знаний, всё более квалифицированной рабочей силы, ко-

торая изменяет пропорции в распределении доходов в свою пользу. В социальных демократиях практически исчез угнетаемый пролетарий, а вместе с ним и коммунистическая, фашистская, корпоративная, национал-социалистическая идеология обобществления собственности. И это большое завоевание, ведь жизнь без насилия - это мечта любого человека во всём мире. Однако неправильно было бы полагать, что в богатых странах с помощью кажущегося решением проблемы общественного равноправия решены все проблемы собственности. В наши дни на собственность делаются новые атаки, на этот раз не в результате ее побочного действия, обеспечивающего человеку теперь уже глобальную власть над другим человеком, а безграничную власть человека над природой, проявляющуюся в глобальных шагах. В мире действует "глобальная собственность" в институционных формах - мультинациональные акционерные общества, мировая сеть инвестиционных институтов и электронных бирж, дематериализованные ценные бумаги и т. д. Она стоит над государствами и правовыми системами, существует как неподконтрольная держава собственности - экономики - финансов, получает прибыли то там, то тут, направляется туда, где рассчитывает получить максимальную на данный момент прибыль, и мгновенно отступает в сторону, если её ценностям угрожает опасность, не заботясь о том, где, когда, кому и какой ущерб она этим нанесёт, насколько выгодно или невыгодно другим её присутствие или отсутствие.

Не случайно поэтому всё чаще встаёт вопрос - прежде всего в связи с изменением климата и мировой бедностью, этими двумя наиболее серьёзными угрозами - о необходимости некоего "мирового государства", "мирового права", глобального сотрудничества и взаимопомощи. С этой точки зрения вопросы свободы личности и общества, институт собственности и безопасность предстают в глобальных масштабах и взаимосвязи. Потребность в уравнивании хозяйственно-социально-культурных прав, стремление к достижению юридически и реально равных возможностей между людьми дают о себе знать с такой же настойчивостью, как законы природы, и мы так же обязаны осуществлять их, как обязаны сохранить биологическое многообразие, обеспечить живой природе право на жизнь, оберегать окружающую среду.

5. Постоянные ценности - меняющееся мировоззрение

Истинной и конечной сутью собственности является освоение благ, даваемых природой, в масштабах, необходимых для поддержания жизни. Прекратить это, естественно, невозможно, однако найти правильные пропорции (необходимые и в то же время достаточные), нужное

равновесие, баланс - жизненный интерес каждого из нас. В создании человеческой и щадящей природу системы имущественных, экономических и общественных отношений может оказаться полезным опыт исторической борьбы приватизации и обобществления собственности. Будем надеяться, что в будущем люди постараются избегать открытой борьбы, человеческих и природных жертв. Однако для этого отдельным людям, образующим гражданское общество, необходимо - в целях мирного сосуществования - возобновить общественный договор друг с другом. В нём надо снова достичь консенсуса как в основных вопросах свободы общества и равноправия, так и по проблемам безопасности индивидов и сообщества, чтобы потом можно было согласовывать их конкретные повседневные детали.

Но даже если это удастся сделать, этого ещё не достаточно. Наш общественный договор должен быть дополнен "природным договором", в котором наши прежние общественные, экономические и имущественные права должны быть добровольно ограничены в пользу живой природы. Мы должны обеспечить права природным благам, что для нас означает принятие обязательств по отношению к ней и их неукоснительное выполнение. До сих пор мы думали, что рог изобилия материальных, природных ресурсов неисчерпаем и мы можем брать из него, сколько душе угодно. Но теперь мы знаем, что это не так.

В нашей конституционной системе ценностей мы должны выделить место для природы! Наш общественный договор будет прочным лишь в том случае, если мы внесем в этот возобновлённый природный договор все существенные условия, обязательства. Мы и раньше знали о том, что источник прав - это выполнение обязательств. Теперь мы должны осознать, что источник нашей жизни и условий существования - это выполнение наших обязательств перед самими собой, другими людьми и природой. В будущем мы должны рассуждать о собственности, свободе и безопасности с учётом всего этого. Для этого недостаточно изменения общественно-политической и экономической систем, необходима дальнейшая всеобъемлющая смена системы ценностей в сознании каждого отдельно взятого человека, в юридической системе демократических правовых государств и в мировоззрении всего человечества.

SUMMARY

Each nation is proud of its history which is collected and preserved during the whole period of its history by the religious and cultural values, national traditions and customs. Hungary has ensured its citizens' classical democratic freedoms as confrontation to the communist dictatorship since 1989 when the period of changes started. At that period culture of life in the sense of freedom and responsibility did not exist, so they have been developing very slowly. Nowadays one of the main tasks of all institutes of democratic legal state, especially the Constitutional Court is to point out the conditions and frames of the freedom and help to comprehend the outgoing responsibilities and duties and enforce their implementation for the protection of freedom of the society. The difficulty of this task illustrates the fact that during the years of transition of the system the nine tenth of the population of Hungary considered freedom as more important issue than social security but nowadays these proportions have changed just vice versa. One of the main problems in the sphere of human rights is considered poverty. Another issue is the established constitutional principle of freedom of private property which does not underestimate the public solidarity and principle of equal possibilities. For the creation of humane and sparing nature of the system of property, economical and public relations can appear as very useful experience of historic fight of privatization and summoning of property which will help to escape the fight and human and natural victims.



FUNDAMENTAL CONSTITUTIONAL VALUES IN THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF SERBIA

PREDRAG CETKOVIC

Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia

1. General notes about the Constitutional Court of the Republic of Serbia and its competences

The modern system of constitutional law control established by the 2006 Constitution retains the positive heritage of the protection of constitutionality developed in the Republic of Serbia from 1963 to 2006, while also using positive features from comparative European constitutional law systems and the experiences and traditions of the oldest constitutional courts (Austria, Germany and Italy). The Constitution retains one of the models of separation of powers so that besides the well-known trichotomy (the legislative, executive and judicial branches), another function has been defined the Constitutional Court: *Per definitionem*, the constitutional judiciary is an independent and self-governing public institution vested with the function of upholding constitutional law, adjudicating and issuing highest-level legal opinions¹. The 2006 Constitution defines the Constitutional Court as a self-governing and independent state body protecting constitutionality and legality and human and minority rights and liberties. Its powers are broad in assessing the constitutionality or legality of a law or other general act the Court issues a decision which is not appealable, which is final, enforceable and universally binding. In respect of a legal act or its segment, the decision has a cassation action and after it is published it removes that act or norm from the legal order². The Constitutional Court of the Republic of Serbia is therefore an independent and self-governing constitutional authority in the Republic and is the assumed exponent of the protection of constitutionality (but also legality, as well as the protection of human and minority rights and freedoms), so that its position places it outside the traditional perception of the judiciary, but also outside the legislative branch outside the aforementioned trichotomy of governance.

Under the Constitution, the Constitutional Court has two chief competences: assessing the constitutionality or legality of general acts, and pro-

¹ See Prof. Dr Zoran Tomić, *Ustavno sudstvo - između žreca i stvaraoca*, "Ustavni sud - u susret novom Ustavu", collected works, publ. by the Constitutional Court, Belgrade, 2004, p. 61.

² See Svetozar Čiplić, M.A., *nađenost i položaj Ustavnog suda u predlozima za novi Ustav Srbije*, "Ustavni sud - u susret novom Ustavu", collected works, publ. by the Constitutional Court, Belgrade, 2004, p. 156.

protecting human and minority rights and freedoms. Assessing the constitutionality or legality of general acts *normative (abstract) control* is the fundamental, but also the traditional, competence of the Constitutional Court of the Republic of Serbia. It may be control of laws which are in effect (*a posteriori control*), but also *a priori control of the constitutionality* of laws adopted in Parliament but not yet effective. Here the Constitutional Court decides on the following: 1. conformity of laws and other general acts with the Constitution, universally-accepted principles of international law and ratified international agreements, 2. conformity of ratified international agreements with the Constitution, 3. conformity of other general acts with the law, 4. conformity of statutes and other general acts of the autonomous provinces and local self-government entities with the Constitution and the law, 5. conformity of general acts of organizations vested with public powers, political parties, trade unions, citizens' associations and collective contracts with the Constitution and the law. The Constitutional Court is the chief controller, guardian and harmonizer of the constitutional and legal order³.

In respect of the protection of human or minority rights and freedoms before the Constitutional Court, it should be emphasized that this protection is effected in two ways: a) indirectly, by assessing the constitutionality and legality of legal acts; and b) directly, by issuing decisions on constitutional complaints, a specific legal remedy, in connection with alleged violations of constitutionally-guaranteed subjective civil rights or freedoms. Deciding on constitutional complaints is a new and very important responsibility of the Constitutional Court, which rules on constitutional disputes in connection with violations or denial of constitutionally-guaranteed human or minority rights and freedoms, whereby the Constitutional Court has become a '*court of appeal*' in a manner of speaking⁴. Constitutional complaints may be filed against individual acts or actions of a state authority or organization vested with public authority which violate or deny human or minority rights guaranteed by the Constitution, where all other legal remedies have been exhausted or no other legal remedies exist or where the right to their protection in a court of law has been excluded by law, but also (as an exception from the rule given here) where not all legal remedies have been exhausted but where the appellant's right to a trial within a reasonable time has been violated. Constitutional complaints may be lodged by all (natural and legal) persons who believe that one of more of their human or minority rights or freedoms guaranteed by the Constitution have been violated or denied by an individual act or action by a public authority or organization vested with public authority. Constitutional complaints may be lodged within 30 days of the moment of receiving the act or of the date when the disputed action was terminated.

³ See Svetozar Čiplić, op. cit., p. 156.

⁴ See Dr. Bosa Nenadić, *Nadležnost i postupci pred Ustavnim sudom Srbije, po novom Ustavu*, collected works, Belgrade, 2006, p. 19.

The submission deadline is preclusive in character, but *restitutio in integrum* is allowed for persons who miss the submission deadline on justified grounds.

Furthermore, the Court now also rules on complaints in connection with decisions issued in respect of the confirmation of the mandates of national deputies, complaints lodged by authorities of the autonomous provinces where individual acts or actions of a public authority or organ of a local self-government entity prevent the exercise of the competences of the autonomous province, complaints lodged by local self-government entities where individual acts or actions of a public authority or organ of a local self-government entity prevent the exercise of the competences of a municipality, as well as complaints lodged by judges, public prosecutors and deputy public prosecutors against decisions on the termination of their office.

An important competence of the Constitutional Court is resolving on conflicts of jurisdiction between: a) courts and other public authorities; b) Republican authorities and Provincial authorities or organs of local self-government entities; c) Provincial authorities and organs of local self-government entities; and d) authorities of different autonomous provinces or of different local-government entities. In such cases the Constitutional Court acts as a so-called *conflict court* a court deciding not on the legal issue which is the subject of the dispute but on which authority has the jurisdiction to decide on the merits of the legal issue⁵.

Electoral disputes are another type of constitutional dispute; this is a subsidiary competence of the Constitutional Court, as it rules on those electoral disputes where the competence of a concrete court is not prescribed by any law.

A competence of the Constitutional Court which it has always had is ruling on banning political parties, but that power has now been expanded to cover trade unions and citizens' associations, as well as religious communities. This is a specific constitutional dispute *a dispute on the banning* of the aforementioned entities.

A completely new competence of the Constitutional Court is ruling on violations of the Constitution by the President of the Republic.

2. On fundamental constitutional values

The key place in the building up of the modern world, which trends the Republic of Serbia is joining at a rapid pace⁶, is the educational shaping of

⁵ Ibidem, p. 15.

⁶ At a session of the National Assembly held on 9 September 2008, the Republic of Serbia ratified the Agreement on Stabilisation and Association between the European Communities and their Member-States and the Republic of Serbia (*Official Gazette of the RS*, No. 83/2008).

universal values as the foundation of modern political culture. Here should be emphasized the freedom which appeared directly in the very constitution of the concept of citizenry, followed by the equality which as political, legal and social equality lies in the very foundation of modern and contemporary political culture, and fairness – a value exalted since ancient times which was also laid into the foundations of the modern principle of citizenry. To the broader circle of universal values which contributed decisively to the development of a European civil identity also belong solidarity as a value built up at a relatively later date directed at an international integration of population, peace as the basis of active co-existence of European peoples, tolerance as the foundation of a multi-cultural Europe, security and well-being as the very pinnacle of European development of political, legal and social values, and the relatively recently developed value of co-existence with the natural environment which also carries a high international ethical potential.

The start of the third millennium is characterized besides economic and political integration also by the development of a mechanism of collective security, i.e., efforts to fashion a new European identity based on universal values: democracy, rule of law, human dignity, freedom, equality, justice and solidarity. These values guide not just individual human lives but also overall social activity; they are an exclusively human phenomenon and objectively exist in the human world as one of the component parts of human practice⁷. On the other hand, law has its own value, but is also a projection of various values in an objective world. Without entire awareness of them would not be possible even full perception of the existing, let alone forecasting or even 'producing' the future.

We could mark the notion of 'fundamental constitutional value' as a veritable surrogate of the terms 'fundamental rights' and 'constitutional rights', which are often used as synonyms. In this work 'fundamental constitutional values' are the principles guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia. In the domain of 'fundamental constitutional value' the Constitution of the Republic of Serbia has since 2006 cherished the entire positive heritage of its constitutional law tradition, but also the tradition of the great European constitutional law systems and the achieved civilisation law level expressed primarily through numerous ratified international agreements and universally accepted rules of international law. In the sense, the Constitution defines the Republic of Serbia as a state of the Serb people and all the citizens who live in it, founded on the rule of law and social justice, principles of civil democracy, human and minority rights and liberties and embracement of European values and principles. The Constitution defines citizens as the exponents of the sovereignty, who exercise sovereignty through referendums and popular initiatives and

⁷ See Prof. Dr. Gordana Vukadinović, *Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti*.

through their freely-elected representatives. The rule of the law is the Constitution's foundation and rests of inalienable human rights. Under the Constitution, the rule of law is exercised through free and direct elections, through constitutional human and minority rights guarantees, separation of power, an independent judiciary and observance of Constitution and Law by the authorities. The Constitution bases the regulation of government on a separation of powers into legislative, executive and judicial branches. In that trichotomy the relationship of the three branches is founded on a balance and mutual control, while the judiciary is independent. The power of the state is limited by the citizens' right to provincial autonomy and local self-government, which are subject only to the control of constitutionality and legality. The Constitution guarantees national minorities' special protection in order to ensure full equality and the preservation of their identities. The universally-accepted rules of international law and ratified international agreements are an integral part of the legal order of the Republic of Serbia and are applied directly. In accordance with international agreements, foreign nationals in the Republic of Serbia enjoy all rights guaranteed by the Constitution and law, except for those to which under that Constitution and law only citizens of the Republic of Serbia are entitled.

Protection of human and minority rights and liberties is regulated comprehensively in the Constitution. This part of the Constitution can be said to incorporate the 2003 Charter on Human and Minority Rights and Freedoms⁸. The human and minority rights guaranteed by the Constitution are exercised directly. The human and minority rights guaranteed by the universally-accepted rules of international law, ratified international agreements and law are guaranteed by the Constitution and are as such exercised directly. The manner of exercising those rights can be prescribed by law only where that is stipulated explicitly by the Constitution or where it is necessary for the exercise of an individual right due to its nature, in which process the law may in no way affect the essence of the guaranteed right. Provisions on human and minority rights are interpreted to the benefit of the advancement of the values of democratic society, pursuant to current international standards of human and minority rights and the practice of international institutions which supervise their implementation.

Proceeding from its role as 'guardian' of the Constitution, or the protector of the fundamental values guaranteed by the Constitution, the Constitutional Court has on numerous occasions removed from the legal order by its decisions provisions of laws and other general acts which had violated those values. We shall list here only a few of the decisions which contributed significantly to the consolidation of fundamental constitutional values and which have lost nothing of their significance, irrespective of

⁸ See Prof. Dr. Ratko Marković, *Ustav Republike Srbije od 2006. godine - Kritički pogled*, Ustav Republike Srbije, publ. IPD Justinijan, Belgrade, 2006, p. 20.

the fact that they were adopted at the time when the 1990 Constitution was in force, as the 2006 Constitution is essentially based on those same fundamental constitutional values, only that the scope of human and minority rights and freedoms has been considerably widened.

We shall list only a few of those decisions which had for their protective object concrete constitutional principles and rights, such as: 1. the principle of citizens' sovereignty, i.e., popular (citizens') representation, 2. the principle of separation of powers and independence and self-governance of courts; rights in the case of deprivation of liberty, 3 the principle of equality in the exercise of rights and ban on repeated punishment for the same matter, 4. ownership rights and inheritance rights; 5. freedom of political and other organization.

a) The principle of citizens' sovereignty, i.e., popular (citizens') representation

The Constitutional Court of Serbia has protected the constitutional principle of citizens' sovereignty on a number of occasions. In one case it determined that the provision of Article 88 § 1.1 of the Law on the Election of National Deputies (*Official Gazette of the RS*, No. 35/2000) under which a 'deputy's mandate is terminated before the expiry of the time to which he or she is elected: 1) if his or her membership in the political party or coalition on whose electoral list he or she was elected is terminated' is not in conformity with the Constitution⁹.

In its decision the Constitutional Court proceeded from the fact that the Constitution of the Republic of Serbia guarantees a citizen's passive electoral right as an individual right and one of the basic civil rights exercised on the basis of the Constitution. It determined that a candidate for a national deputy may be nominated by a political party, another political organization or a group of citizens, as well as those citizens who are not members of a political party may also be nominated for national deputies. According to the Constitutional Court, announcing candidacy on an electoral list of a political party or a list of any other subject of nomination is not a requirement for acquiring passive electoral right, as lists are solely a way of technique of exercising the right to be a candidate. The right to nominate national deputies, according to the Constitution and the Law on the Election of National Deputies, has been given to a political party (independently or in a coalition) or other political organization or group of citizens. It follows that the right of nomination is constituted as a civil right rather than a right of members of political organizations. The Constitution does not envisage membership in a political party or coalition as a condition for acquiring passive electoral right of a citizen, i.e., the right of a cit-

⁹ Decision No. IU-197/2002 dated 27 May 2003, publ. *Official Gazette of the RS*, No 57/2003.

izen to be elected to the National Assembly and other organs and electoral bodies, and neither is membership in a political party or coalition prescribed as a condition for their nomination, hence the discontinuance of that status cannot be a condition for forfeiting a right that has been acquired (a deputy's mandate).

According to the Constitutional Court, the constitutional legal status of national deputies in the national Assembly who were nominated by a group of citizens is equal and identical to that of deputies nominated and elected from the ranks of members of political parties or coalitions, as well as deputies elected on a political party list who are not members of that or any other party. However, from the standpoint of the Constitution the disputed provision of Article 88 § 1.1 of the Law differentiates unjustifiably between national deputies' status in connection with the termination of their mandate depending on a political fact membership in the political party which had nominated them. The disputed provisions of the Law discriminate against national parliamentary deputies in respect of the termination of their mandate depending on who had nominated them, from whose list they had been elected and whether they are or are not members of a political party. According to the Constitutional Court, this contravenes the constitutional principle of equality.

In the Constitutional Court's view, from the fact that a political party or coalition has nominated a citizen on its electoral list one cannot claim special rights and powers of the political party or coalition towards a national deputy that would have a legal and binding character, including a party's right to strip deputies of their parliamentary mandates. Given that membership in a political party or other form of association of parties is not a constitutional requirement for acquiring a passive electoral right, and neither is it a condition for nomination or a condition for the election to the function of a national deputy, determining by law that termination of membership in a political party or coalition is a basis for the termination of a deputy's mandate, or loss of already acquired passive electoral right, in the view of the Constitutional Court contravenes the Constitution. Irrespective of the manner of nomination and the subject of nomination, under the Constitution candidates for national deputies acquire the status of national deputies by the act of their election by the citizens and from that moment on the deputy becomes a representative of the citizens through whom the citizens exercise their sovereign rights, as prescribed by the Constitution. In the view of the Constitutional Court, it follows that it does not proceed from the relevant provisions of the Constitution that the right to nominate and the nomination itself by a political party or coalition means that candidates, subsequently national deputies, represent only those who nominated them, as well as 'those who voted for them', but in fact all citizens of the electoral unit where they were elected.

By regulating the termination of mandates in the manner in which it was done in the disputed provision of the Law, the legislator indirectly revises the constitutionally- determined nature of deputies' mandates and effectively introduces a 'hidden' imperative deputies' mandate, but not in relation to those whom the deputies represent under the Constitution those who elected them and who are the only ones that can give them the status of national deputy, but in relation to political parties or coalitions on whose lists they were nominated for election as national deputies. However, proceeding from relevant provisions of the Constitution, the Constitutional Court said that the legislator could not have determined that deputies' mandates are rendered by law directly dependent on membership in a political party or coalition on whose lists they had been nominated for election as national deputies. National deputies, in their capacity as holders of public functions in a state authority, such as the National Assembly, enjoy a constitutionally-guaranteed freedom in representing those who elected them and cannot be bound by legally-binding instructions issued by political parties or coalitions ignoring which could result in termination of parliamentary mandate. In the view of the Constitutional Court, from the right to nominate and post candidates on electoral lists cannot be determined by law the legal responsibility of national deputies to the subjects who had nominated them. Through the right to guarantee and protect national deputies' mandates, in the view of the Constitutional Court, is protected in particular the constitutional status and role of the National Assembly as a representative body through which the citizens exercise legislative governance, as well as the realised electoral right of citizens. The disputed provision of Article 88 § 1. 1 of the said Law makes the duration of deputies' mandates dependent on the existence of a political relationship membership in a political party or coalition, thereby also on deputies' personal properties such as political conviction, which, in the view of the Constitutional Court, is not in compliance with the constitutional guarantee of freedom of political activity.

b) The principle of separation of powers and independence and self-governance of courts; rights in the case of deprivation of liberty

In protecting the principle of separation of powers and that of the independence of courts, the Constitutional Court reviewed in a number of cases the permanence of a judge's function as one of the guarantees of the constitutional principle of separation of powers and the independence of courts. In one such case¹⁰ certain provisions of the of the Law on Revisions of the Law on Judges (*Official Gazette of the RS*, No. 42/02) had been brought into question.

¹⁰ Decision No. IU -122/2002 dated 11 February 2003, publ. *Official Gazette of the RS*, Nos. 17/2003 and 25/2003.

In respect of the constitutionality of certain provisions of the disputed Law, the Constitutional Court said:

“The disputed provision of Article 7 of the Law under which members of the Grand Personnel Board are appointed by the National Assembly of the Republic of Serbia is in the view of the Constitutional Court in contravention of the Constitution. The Grand Personnel Board is a judicial body formed in the Supreme Court of Serbia from justices of that Court and it decides on questions which are particularly important for the status of judges such as: the existence of conditions for termination of judicial function and impeachment of a judge, incompatibility of other activities and actions with a judge's duty, disciplinary measures for judges, determination of the voidage of acts of the judicial administration which violate the independence of the judiciary. In view of the status and role of the Grand Personnel Board, the disputed provision of Article 7 of the Law contravenes the principle of separation of powers from Article 9 of the Constitution, but also that of the independence of the judiciary from Article 96 of the Constitution, as appointment of Grand Personnel Board members by the National Assembly would mean that the Board is no longer an independent judicial body but becomes in a certain way a body through which the National Assembly exerts influence on decisions on questions of particular significance for the status of judges questions of the existence of requirements for termination of judicial functions and impeachment, which are under the Constitution within the exclusive purview of the Supreme Court of Serbia.

In the view of the Constitutional Court, the disputed provision of Article 10 §§ 2 and 3 of the Law under which the competent committee of the National Assembly of the Republic of Serbia nominates another candidate for a judge if a candidate nominated by the High Judicial Council is not elected, contravenes the constitutional principle of separation of powers because the provision removes the nomination of candidates from within the purview of the High Judicial Council, a judicial body which brings the judiciary into the process of nominating and appointing lay-judges, and transfers it to the purview of a committee of the National Assembly. This not only reduced considerably the legally-determined right of the Council, but even created a possibility to exclude the Council entirely from the process of nominating judges and appointing lay-judges. But in a system of separation of powers nomination of candidates for judges naturally belongs to the judiciary, given that it is organised and operates according to the principle of independence and self-governance.

The provision of Article 13 of the disputed Law under which procedures in connection with mandatory retirement and reasons for impeaching judges are among others listed in the relevant Article also initiated by the govern-

ment minister in charge of the judiciary contravenes the Constitution, because under the Constitution judicial power is exercised by courts, which are independent and self-governing. For that reason the Constitutional Court said that the said power of the minister responsible for the judiciary, i.e., an organ of the executive, violates the principle of separation of powers and that of the independence and self-governance of courts, proceeding from the fact that under the Constitution the only body empowered to determine fulfillment of requirements for termination of a judge's function and impeachment is the Supreme Court of Serbia.

Disputed provisions of Article 15 § 3, Article 16 § 1 and Article 18 of the Law list the powers of the competent committee, as a working body of the National Assembly, in respect of submission of proposals for election and determination of grounds for termination of duty and impeachment of presidents of courts, as well as of the minister responsible for the judiciary to submit to the competent committee of the National Assembly information and opinions for candidates for election to the post of court presidents, together with his own opinion. In the view of the Constitutional Court, these provisions are also contrary to the Constitution, which lists explicitly reasons for the termination of judicial function and for the impeachment of judges, while under the law the Supreme Court of Serbia has an exclusive competence to determine those reasons and to notify the National Assembly of the Republic of Serbia thereof. In the view of the Constitutional Court, it proceeds from relevant provisions of the Constitution that no-one outside the judiciary can initiate before the National Assembly questions of the termination of judicial function or impeachment of judges against their will. For that reason, determination of grounds for termination of judicial function or impeachment of judges is, under the disputed Law, entrusted to the Grand Personnel Board, and the nomination of candidates for judges, thereby also court presidents, who are elected from the ranks of judges, and appointment of lay-judges, to the High Judicial Council, as politically neutral and professionally competent judicial bodies capable of assessing the properties of candidates nominated for election, but also to determine free of the influence of political factors existence of grounds for terminating a judicial function or impeaching judges.

The disputed provision of Article 16 § 2 of the Law, under which during their terms of office presidents of courts cannot exercise judicial duties is in the view of the Constitutional Court contrary to the Constitution, under which adjudication is performed by judges, but at the same time it does not proceed from the Constitution that the functions of a judge and president of a court are incompatible. Namely, the function of a judge cannot be excluded from the function of the president, because it is included in it logically, given that presidents are elected from among judges, which

means that the function of a judge is included in the function of the president as a prerequisite for the presidential function.

This decision of the Constitutional Court contributed significantly to the protection and affirmation of the principle of separation of powers, independence of courts and permanence of judicial function, as reflected in features of the 2006 Constitution, which for the first time places the election of judges and termination of their service within the purview of the High Judicial Council, an independent institution within the judiciary and therefore outside the legislative and executive branches. An exception was made in respect of the election of presidents of courts and termination of their service, and the election of first-time judges (for a 'trial' period of three years), which remains within the purview of the National Assembly in its capacity as a representative and political body, albeit with significant participation of the High Judicial Council, which has eleven members including seven judges and has exclusive competence to nominate candidates for the said functions.

In another case, protecting elementary human rights and liberties, concretely rights in the case of deprivation of liberty, but also the principles of separation of powers and independence and self-governance of the judiciary, acting on a proposal by authorized applicants the Constitutional Court halted the enforcement of individual acts and actions carried out on the basis of Articles 15v, 15g and 15d of the Law on the Organization and Competences of the State Authorities in the Suppression of Organised Crime (*Official Gazette of the RS*, No. 42/02, 27/03 и 39/03) until issuance of a final decision by the Constitutional Court¹¹. We stress that the disputed provisions were introduced in the legal order through revisions of the Law on the Organization and Competences of the State Authorities in the Suppression of Organised Crime adopted during the state of emergency imposed immediately following the tragic assassination of the Prime Minister of the Republic of Serbia¹².

Under the disputed Article 15v of the Law a person held in custody preventively may be exception be held for another 30 days in the Special Detention Unit if the information and evidence collected justify an assumption that the person will obstruct or prevent measures or actions of interest for the criminal procedure for criminal offences of organised crime implemented by authorized officers of the Police Service for the Suppression of Organised Crime (hereinafter: Service); that the order to keep the preventively detained person is issued by the Special Public Prosecutor or authorized Prosecutor, at the recommendation of an authorized officer of the Service, within 12 hours of the submission of the recommendation; that the detention may be extended by 15 days, and another

¹¹ Constitutional Court Decision No IU-166/2003 dated 5 June 2003, publ. *Official Gazette of the RS*, No. 60/2003.

¹² Note that the disputed provisions of the Law were struck from it soon after the state of emergency was lifted, on 1 July 2003.

15 days on the basis of a new recommendation; the right of the preventively detained person to appeal against the detention order, and that the Republican Public Prosecutor will decide on the appeal within 72 hours. Under the disputed Article 15g of the Law, detention in the Special Detention Unit of 30 days was possible for persons reasonably suspected of having committed a criminal offence with elements of organised crime; orders in such cases are issued by authorized officers of the Service, and the minister responsible for internal affairs may for particularly justified reasons extend the detention of a suspect by another 30 days' maximum. Under disputed Article 15d of the Law it was prescribed among other things that when necessary to establish the identity and capture a member of an organised criminal group, a judge of the Special Department of the District Court may acting on a proposal by the Special Prosecutor order investigative detention in the Special Detention Unit in a duration of three months for persons determined to belong to such groups or other organised groups.

In the view of the authorized applicants, the aforementioned provisions of the Law under which persons can be brought in and detained on the basis of an order issued by a non-judicial authority, and without the right of appeal, make it possible to deprive of liberty potential witnesses, but also lawyers. The legal phenomenon of preventive custody is tantamount to detention and *de facto* represents detention, which is in the view of the applicants contrary to the Constitution. In their view the disputed provisions do not specify whether the preventively held and detained persons must be taken before a court, nor is any right of appeal prescribed. Furthermore, in the view of the applicants under the disputed provisions before issuing an order for detention the investigative judge has no obligation to question the person whose detention has been requested and the detained person need not be taken before an investigative judge during the detention period. Given that deprivation of liberty until the filing of an indictment may last no less than nine months and one day, and that for all that time the person deprived of liberty is not taken before a court, the disputed provisions of the law are in the view of the applicants contrary to Article 15 § 2 of the Charter on Human and Minority Rights and Article 9 § 3 of the International Pact on Civil and Political Rights. Preventive holding, holding in custody and detention, within the meaning of the disputed legal provisions, according to the way in which they are implemented and the purpose for which they are ordered, have all the characteristics of an act which inflicts mental distress if not more, with the aim of gaining information from the held or detained person, intimidating that person or exerting pressure on that person, which is in the view of the applicants contrary to the Constitution, Article 12 § 2 of the Charter on Human and Minority Rights, Article 7 of the International Pact and Article 2 § 1 taken together

with Article 1 § 1 of the Convention against Torture and Other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. In the applicants' view, the provision of Article 15d of the Law under which detention can be ordered against persons determined to belong to an organised criminal group or other organised group violates presumption of innocence and contravenes the Constitution, Article 19 of the Charter on Human and Minority Rights and Article 14 § 2 of the International Pact. The fact that someone belongs to an organised criminal group, which also means that that person is the perpetrator of a criminal offence, may only be determined by a legally-binding court decision and not by a functional assumption in the preliminary criminal investigation phase, in which one may in respect of a criminal offence and its perpetrator only speak about reasonable suspicion or accusation.

Under the disputed provision not just the Service, explicitly an integral part of the executive, but also the prosecution, which has implicitly become a part of the executive, have acquired powers superior in the court investigation to the powers of the court, powers that significantly encroach on the independence of courts. In the view of the applicants the disputed provisions reduce the achieved level of rights and freedoms guaranteed by Article 9 of the Constitutional Charter, as under earlier regulations it had not been possible to deprive of liberty a potential witness, to deny a person deprived of liberty the possibility of an appeal, for an appeal not be handled by a court, for detention to be ordered for reasons not related to the person detained, for a person deprived of liberty not to have to be taken before a court within 48 hours, for a person to be deemed a perpetrator of a criminal offence although that person's responsibility for the criminal offence had not been established by a binding court decision, as well as for the suspect in a court-type investigation to be questioned by a public prosecutor or, if the prosecutor so requests, by the police. They also stressed that the disputed Law brought into question the achieved level of rights which also relate to professional privileges, because it created a possibility of any person who could provide information or evidence about organised crime to be forcibly taken in and preventively detained, including lawyers, although under the law they have an obligation to keep secret everything told by their clients and they cannot be heard as witnesses in criminal proceedings.

In its decision staying the enforcement of individual acts and actions performed on the basis of the disputed legal provisions, the Constitutional Court said that the applicants' claims had made it probable that application of the disputed provisions of the Law could cause irreversible harmful consequences, as their implementation seriously threatened constitutionally-guaranteed civil rights and liberties, the achieved level of human rights and civil liberties, as well as constitutional provisions and universally-

accepted standards of international law relating to detention, the authorities which can impose it, its duration and the right to a defense. The said provisions of the Law also threatened the constitutionally defined status of courts and other authorities in the protection of civil rights and liberties. Given that the consequences of the implementation of the aforementioned provisions of the law are by their nature such that they cannot be rectified in full, especially in respect of the protection of constitutional freedoms and civil rights defined in Articles 16, 22 and 24 of the Constitution and the principles of constitutionality and legality, the Court said that enforcement of individual acts and actions undertaken on the basis of the disputed provisions of the Law could result in irreversible harmful consequences.

c) The principle of equality in the exercise of rights and prohibition of repeated punishment for the same matter

In case No. IU-193/2004¹³ the Constitutional Court dealt with the question of whether the disputed provision of Article 28 § 2 of the Law on Revisions of the Law on the Public Prosecution (*Official Gazette of the RS*, No. 44/2004), under which deputy public prosecutors who are not elected according to the provisions of this Law maintain the same status as if their duty had been terminated at their own request - if they had not been subject to disciplinary punishment in their previous term of office, and, if they had, their labour-derived rights were terminated, violated the constitutional principle of equality in the exercise of rights and prohibition of repeated punishment in the same matter (*ne bis in idem*).

Proceeding in its deliberation from the relevant provisions of the Constitution of the Republic of Serbia and Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms under which no one may be tried or punished again for an offence for which they had already been tried or punished, the Constitutional Court found that it was not possible to regulate by law, without violating relevant constitutional provisions, direct termination of labour-derived rights for deputy public prosecutors who had not been re-elected and had been subject to a disciplinary sanction in their preceding term of office which sanction had not affected the performance of their duty and exercise of labour-derived rights in the period when it had been pronounced and executed. Under the Constitution, work and functions are available to everyone under equal conditions. In the view of the Constitutional Court, besides guaranteeing the principle of equal access to work and functions the said constitutional provision also guaranteed equality in the exercise of rights after the termination of the functions which their holders, in this case deputy public prosecutors, assumed under equal

¹³ Decision No. IU-193/2004 dated 28 September 2006, publ. Official Gazette of the RS, No. 106/2006.

conditions. The disputed provision of the Law creates a distinction not based on the Constitution in the exercise of rights following termination of function due to the expiry of the term of office between deputy public prosecutors who have and those who have not been re-elected, although they had assumed their functions under equal conditions and exercised it in the state legal regime, while their duty had been terminated in the same manner – expiry of the term of office. In the view of the Constitutional Court, prescribing different consequences in respect of the equal protection of deputy public prosecutors who are not re-elected, depending on the term of office in which a disciplinary sanction that had not affected their performance of duty had been imposed against them, represented a violation of the Constitution.

The Constitutional Court also noted that the grounds for termination of function or the employment of deputy public prosecutors had not been the aforementioned disciplinary sanction, but the expiry of the term of office to which they had been elected, and proceeding from the same, the disputed provision of the Law prescribing loss of legally-prescribed labour-derived rights as a labour-law consequence of a pronounced and enforced disciplinary sanction for deputy public prosecutors subject to a disciplinary sanction in the latest term of office, in the view of the Constitutional Court does not comply with Article 35 of the Constitution.

In the view of the Constitutional Court, the disputed provision of Article 28 § 2 of the Law, as a transitional provision, prescribed a new consequence of an already pronounced and executed disciplinary measure. Although deputy public prosecutors subject to a disciplinary sanction in their last mandate had already suffered the consequences of that measure, the disputed provision of the Law prescribed a new consequence of the disciplinary measure – direct loss of labour-derived rights in the event of the prosecutor not being re-elected at the expiry of the period to which he or she had been elected. The measure prescribed by the disputed provision of the Law also violates Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹⁴.

d) Ownership rights and inheritance rights

The Constitutional Court also assessed the provision of Article 4 § 1.5 of the Law on Inheritance (*Official Gazette of the RS*, No 46/95)¹⁵ under which armed forces conscripts who had left the country to avoid the duty of defending it and had not returned to the country by the moment of the testator's death cannot inherit on the basis of the Law or the will of the deceased, nor can they acquire any benefits from the will (they are unwor-

¹⁴ Note that the 2006 Constitution guarantees tenure of deputy public prosecutors, which are now elected and relieved of duty by the State Prosecutors' Council, an independent body.

¹⁵ Decision No. IU-358/1995 dated 25 September 2003, publ. *Official Gazette of the RS*, No.101/2003.

thy), as well as the provision of Article 5 § 1 of the same Law under which testators may forgive unworthiness, except to conscripts who had left the country to avoid their duty of its defence, and that the forgiveness must be given in a form required for the testament. The Constitutional Court found that the disputed provisions are unconstitutional.

In establishing the unconstitutionality of the disputed provision of the Law, the Constitutional Court proceeded from the fact that the unworthiness in the disputed provision of the Law was not directly linked to an ethical transgression of the inheritor towards the testator but with his misdeed against the state. In the view of the Court the reason for the unworthiness, which has nothing to do with the relationship towards the testator, jeopardises the exercise of constitutionally-guaranteed probate rights. Under the law, regulation of requirements for and manner of exercising constitutionally-guaranteed probate rights does not allow the legislator to regulate the question so as to strip certain persons of their inheritance rights, i.e., to deny them that right completely in respect of the testator, as that runs contrary to constitutional provisions guaranteeing property and probate rights. The Constitution does predict limiting ownership rights according to the nature and purpose of immovables, as well as the possibility of expropriation of immovables, i.e., limiting the right of owning immovables, when so required by the general interest determined on the basis of the law. In the concrete case, however, limiting probate rights and the right to dispose of such property in testament has been done in connection with the exercise of the duty to defend the country. In that way a constitutionally-guaranteed right has been limited in order to contribute to the exercise of a constitutionally-defined duty, whereby has been neglected the principle of unity of the Constitution under which the legislator must take into account values guaranteed by the Constitution in such a way as to limit a constitutionally-guaranteed right in favour of another only where strictly necessary. The said provisions of the Constitution does not predict limiting the freedom to dispose of property in the event of death, nor is such a possibility explicitly reserved for the law, for which reason the provision denying testators the right to dispose of their property freely, including leaving it to an heir who has left the country in order to avoid military service, as conscripts are liable to criminal sanctions in the case of avoiding armed-forces duty, is therefore unconstitutional. In the view of the Court, the disputed provisions of the Law also run contrary to a Constitutional provision on the equality of all citizens non-discrimination.

e) Freedom of political and other organization

Deeming as unconstitutional disputed provisions of Article 4 § 3 of the Law on Labour Relations in the State Authorities (*Official Gazette of the RS*, Nos.

48/91, 66/91, 44/98, 49/99, 34/01 and 39/02)¹⁶, under which employees of the state authorities and appointed persons may not be members of organs of political organizations, as well as the provision of Article 59 § 1.2 of the same Law under which membership in organs of political organizations or expressing and advocating political convictions in the performance of duties in a state authority are deemed serious transgressions of duty, the Constitutional Court protected the principle of political and other organization.

In assessing the constitutionality of the disputed provision of Article 4 § 3 of the Law, the Constitutional Court found that the legislator had gone beyond the constitutional authorization to regulate the manner of exercising certain freedom and rights and determined a requirement for their exercise. The Constitutional Court holds that membership in an organ of a political organization cannot represent grounds for limiting guaranteed labour rights, but that such grounds can only be actions which consist of expressing and advocating political views in the work of the state authorities which jeopardise the rights and liberties of others and the general social interest, which can also emanate from persons who are not members of political organizations. Taking into consideration that political organizations are founded and act solely on the territorial principle and that the conduct of employees of public authorities and appointees is exercised on the principle of professionalism and relates to all persons who find themselves in that situation, the Constitutional Court found that the disputed provision of the Law placed members of political organizations in an position not equal to that of other employees of public authorities and appointees, thereby violating the constitutional principle of equality of all citizens in respect of their rights and duties, irrespective of political convictions.

Given that it had deemed unconstitutional the provision of Article 4 § 3 of the Law on Labour Relations in the State Authorities, the Constitutional Court also found unconstitutional a part of the provision of Article 59 § 1.2 of the Law under which membership in political party organs was listed among other serious breaches of duty, as finding the disputed provision of Article 4 § 3 of the Law unconstitutional eliminated the basis for the continued existence of the provision on disciplinary accountability for breaches thereof.

f) Revision of the Constitution

The Constitutional Court has also assessed the constitutionality of the Law on the Manner and Procedure of Changing the Constitution of the Republic of Serbia (*Official Gazette of the RS*, No 39/2003)¹⁷. The disputed Law regulated the formation, composition and manner of work of the Constitutional Commission tasked with developing the text of the Serbian

¹⁶ Decision No. IU-353/1995 dated 14 April 2005, publ. Official Gazette of the RS, No. 49/2005.

¹⁷ Decision No. IU -168/2003 dated 25 March 2004 , publ. Official Gazette of the RS, No. 5/2004.

Constitution; implementation of a public debate on the Draft Constitution and procedure of adoption of the Constitution of the Republic of Serbia and the Constitutional Enacting Law.

Proceeding from the fact that under the Constitution of the Republic of Serbia a proposal for its change can be submitted by no less than 100,000 voters, no less than 50 national deputies, the President of the Republic, and the Government, and that the decision on the proposal for changing the Constitution is made by the National Assembly by a two-thirds majority of the total number of national deputies; that the National Assembly adopts an act on revision of the Constitution by two-thirds majority of the total number of national deputies and calls a national referendum on its confirmation; that the act on revision of the Constitution is deemed adopted if more than one-half of the total electorate votes in favour of it at the referendum, as well as that the act on revision of the Constitution is promulgated by the National Assembly and that the National Assembly adopts a Constitutional Law to implement the revision by two-thirds majority of the total number of national deputies, the Constitutional Court found that the disputed Law, an act of inferior legal force, cannot revise the Constitution of the Republic of Serbia or establish a legal basis for revising the Constitution. In the view of the Constitutional Court, the disputed provisions of the Law neither formally nor materially comply with the provisions of the Constitution regulating the manner and procedure of revising the Constitution.

Finally, it is also opportune to note that elimination of an unconstitutional law or legal provision from the legal system by a decision of the Constitutional Court does not automatically mean an alteration of social relations. The practice of the Constitutional Court of Serbia has shown that the fight to ensure constitutionality is not a simple and one-way process where a declaratory decision of the Constitutional Court always implies a change in the social relation which had been regulated by the legal provision found by the Constitutional Court to be unconstitutional; in that process an important role is also played by those subjects whom the Court's decision concerns, in particular the legislator and other public authorities. But there is no doubt either that the declaratory decisions of the Constitutional Court of the Republic of Serbia testify to the efforts to ensure affirmation of the principle of constitutionality and legality and the rule of law, as well as to important successes in that sphere, as also confirmed by some of the examples given here. Often working in unfavourable internal and external conditions, when deciding on the constitutionality of laws and the constitutionality and legality of other general acts the Constitutional Court of Serbia played its part in a broader democratic process in the Republic of Serbia, of which it is an integral part, founded on the 2006 Constitution, and the process of establishing the Republic of Serbia on the principles of the rule of law.

РЕЗЮМЕ

Конституция 2006 года определяет Конституционный Суд как самоуправляемый и независимый орган, защищающий конституционность и законность, а также права и свободы человека и меньшинств.

Конституционный Суд имеет два основных права: установление конституционности или законности общих актов и защита прав и свобод человека и меньшинств.

Определение конституционности или законности общих актов является нормативным контролем. Это может быть контроль за уже действующими законами (a posteriori control), а также контроль за конституционностью принятых Парламентом, но еще недействующих законов (a priori control).

Защита прав и свобод человека и меньшинств действует двумя способами: опосредованно, то есть при помощи определения конституционности или законности правовых актов, и непосредственно, когда наличествуют конкретные решения по конституционным жалобам.

Конституционные жалобы могут быть представлены как физическими, так и юридическими лицами, которые уверены, что их права, гарантируемые Конституцией, нарушены отдельным актом или действием общественной власти или организации, наделенной такой властью.

Суд сейчас также принимает жалобы по решениям, принятым в связи с утверждением мандатов депутатов, жалобы, представленные властями автономных провинций в связи с отдельными актами и действиями общественной власти или органа местного самоуправления, из-за которых они не могут исполнять свои обязательства.

Избирательные споры - это иной вид конституционного спора.

Практика Конституционного Суда Сербии показывает, что борьба за утверждение конституционализма - непростой и неодносторонний процесс, когда решения Конституционного Суда влекут изменения в социальных связях, которые регулируются правовыми положениями, признанными Конституционным Судом неконституционными. В этом случае важная роль отводится также тем субъектам, которых это решение касается, в частности, законодательным и публичным властям.



RE-ENACTING AN ANNULLED LAW: THE BELGIAN CONSTITUTIONAL COURT AND LEGISLATIVE RECIDIVISM

WILLEM VERRIJDT

Legal Secretary of Constitutional Court of the Kingdom of Belgium

Introduction

1. The Belgian Constitutional Court¹ has the jurisdiction to annul legislative acts which violate either the human rights provisions in the Constitution² or the constitutional and legal provisions dividing the legislative powers between the federal State, the Communities and the Regions. According to some, the Court's installation by law of June, 28th, 1983, marked the start of a shift from a parliamentary sovereignty to a judicial one³. This claim may be formulated too strong (see paragraph 1), but it can be accepted that the Court's installation constituted a "silent constitutional change", since the final word about the constitutionality of laws no longer seems to lie in the hands of the legislator⁴. And yet, even that statement might be incomplete, since a judgment annulling an act of Parliament does not always convince the legislator. In a very limited number of cases, the Belgian Constitutional Court has been confronted with a legislator re-enacting the annulled law, or passing a bill which is so similar to the annulled provisions that based on the previous judgment its unconstitutionality is apparent.

This paper addresses the question how to deal with this legislative choice to disrespect the finding of a constitutional court⁵. In a first paragraph, the relation between a democratically elected legislator and an appointed constitutional court is briefly described from a theoretical point of view. In a second paragraph, the most striking examples of re-enactment of an annulled legal provision in the jurisprudence of the Belgian Constitutional Court, as well as the specific procedure designed to deal with those cases, are discussed. The third paragraph tries to answer the question whether this re-enactment should always be sanctioned by the Court, and if so, how this should be done.

¹ On May 7th, 2007, by amending article 142 of the Belgian Constitution, the Court of Arbitration (Arbitragehof / Cour d'arbitrage), was renamed Constitutional Court (Grondwettelijk Hof / Cour constitutionnelle), in order to reflect its true competences. This text uses the new name both for judgments before and after that date.

² Articles 8-32, 170, 172, and 191. The vast majority of the Constitutional Court's case law still concerns alleged violations of the principle of equality and non-discrimination (articles 10 and 11).

³ J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerp, Maklu, 1990, 6.

⁴ This is admitted by the former President of the House of Representatives ("Kamer van Volksvertegenwoordigers"): H. DE CROO, "De invloed van de arresten van het Arbitragehof op het parlementaire werk" *Rechtskundig Weekblad*, 2001-2002, 257.

⁵ The scope of the paper is limited to the effects of the annulment procedure. Whether a finding of unconstitutionality on a request for a preliminary ruling ("prejudiciële vraag") obliges the legislator to pass new legislation, is subject to another discussion (see G. ROSOUX and F. TULKENS, "Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage" in *La Cour d'arbitrage: un juge comme les autres?*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2004, 144).

1. Democratic legitimacy

1.1. The Constitutional Court as a *positiver Gesetzgeber*

2. Already in the late 1920s, Hans Kelsen explained that the function of a Constitutional Court, however constituted as a judicial body, is inherently a legislative one, because its decisions alter the outcome of a democratically elected body's deliberations⁶. He nevertheless added some important restrictions to this function, since he only saw the Constitutional Court as a *negativer Gesetzgeber*, annulling existing legislation, but not creating any new legal provisions⁷. This description, which was inspired by the Austrian Constitutional Court's functioning in the 1920's, has had a vast impact on how Constitutional Courts, including the Belgian one, have been conceived throughout the 20th century.

Nowadays, some 80 years later, Kelsen's description is nevertheless considered to be a too narrow definition of what a constitutional court should really stand for. In his impressive doctoral study, professor Behrendt proves that the contemporary German, French and Belgian constitutional courts do much more than simply stating that legal provisions go against the Constitution, but that they have rather become, at least to some extent, *positive legislators*⁸. Indeed, these constitutional courts don't only offer the legislator some guidelines as to how the Constitution is to be read and as to how future legislation should be conceived in order to be constitutional⁹: in some cases, they also impose true injunctions on the legislative bodies, such as the obligation to restore an unconstitutionality by legislating within a specified delay¹⁰, sometimes even explaining how this legislation should read in order to be constitutional¹¹.

3. In Belgium, at least five techniques, of which two have a legal basis, prove that the Constitutional Court does *not* restrict itself to being a purely *negative legislator*¹². The first of these techniques involves the absolute authority of the Constitutional Court's annulment judgments. Although, in principle, these judgments retroactively take effect from the date on which the annulled provisions were published in the *Moniteur belge*¹³, the Court has been granted the competence to mitigate this *ex tunc* - effect: if necessary, the Court can specify which effects of the annulled provisions have to be maintained,

⁶ H. KELSEN, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", RDP 1928, 227.

⁷ H. KELSEN, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", VVDStRL, 1929, 56.

⁸ C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel comme législateur-cadre positif: les normes juridictionnelles relatives à la production et au contenu de normes législatives futures*, Brussels, Bruylant, 2006, 434-346.

⁹ C. BEHRENDT, o.c., 169-245.

¹⁰ In Belgium, these delays vary from 3 months (Grondwettelijk Hof nr. 49/2001, April 18th, 2001) to 18 months (Grondwettelijk Hof nr. 132/2004, July 14th, 2004), and in one case even a 4-year legislature (Grondwettelijk Hof nr. 73/2003, May 26th, 2003). See C. BEHRENDT, o.c., 253-429 (especially nr. 278).

¹¹ C. BEHRENDT, o.c., 435.

¹² S. LUST and P. POPELIER, "Rechtshandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid: de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming", *Rechtskundig Weekblad*, 2001-2002, (1210-1224) 1212-1217.

¹³ Article 9, § 1 of the Special Majority Act of January, 6th, 1989, on the Constitutional Court. This implies that the annulled provisions must be considered "never to have existed": Constitutional Court, nr. 13, March, 25th, 1986.

and for how long they have to be maintained¹⁴. The maintenance may consist of mitigating the judgment's retroactive effect, i.e. maintaining executive decisions or judgments based on the annulled law, but according to some doctrine, even certain future effects of the annulled provisions can be maintained¹⁵. It is even widely accepted that the Court may uphold the whole of the annulled provisions for a certain period, during which the legislator has the obligation to remedy the unconstitutionality found by the Court¹⁶. However, this possibility does have a significant limit: when annulling the questioned provisions, the Court cannot replace them by its own regulation.

4. The second technique, based on the text of article 8 of the Special Majority Act on the Constitutional Court, consists of a partial annulment of the allegedly unconstitutional provisions: the Court may annul one or more paragraphs, or even some words, of a questioned provision. This type of annulment may involve specific aspects of the provision, which render it unconstitutional *ratione loci*, *ratione materiae* or *ratione temporis*¹⁷. Although BEHRENDT claims that a partial annulment seems not to surpass the strictly negative aspect of basic constitutional jurisprudence¹⁸, the Court's jurisprudence shows at least one important example in which the annulment of some words has, in spite of the legislator's clear will, vastly expanded a provision's scope¹⁹.

5. The three other techniques which prove the Constitutional Court's being a positive legislator, possess no basis in the legislation. When using the third technique, the Court dismisses the petition requesting the annulment of a legal provision, provided that the allegedly unconstitutional provision is interpreted as is stated in the judgment; under the parties' interpretation, the questioned provision would then indeed be unconstitutional²⁰. This interpretation by the Constitutional Court sometimes goes against the interpretation which the legislator had in mind when passing the interpreted bill²¹. The authority of the Constitutional Court's judgment nevertheless obliges the ordinary judge to apply the interpretation which was found to be in conformity with the Constitution²².

¹⁴ Article 8, second alinea, of the Special Majority Act of January, 6th, 1989, on the Constitutional Court.

¹⁵ S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1212-1213. The Court's jurisprudence does show some examples of this interpretation: Constitutional Court, nr. 2/92, January 15th, 1992; Constitutional Court, nr. 43/97, July 14th, 1997, Constitutional Court, nr. 66/98, June 10th, 1998.

¹⁶ J. VELAERS, o.c., 322-324; H. SIMONART and D. RENDERS, "La Cour d'arbitrage et les chambres législatives" in *Regards croisés sur le Cour d'arbitrage*, Brussels, Bruylant, 1995, 50; S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1213; A. ALLEN and K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, nr. 468; C. BEHRENDT, o.c., 309-323.

¹⁷ Constitutional Court, nr. 28/92, April 2nd, 1992; Constitutional Court, nr. 47/97, July 14th, 1997; Constitutional Court, nr. 102/99, September 30th, 1999. See S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1213-1214.

¹⁸ C. BEHRENDT, o.c., 444.

¹⁹ Constitutional Court, nr. 157/2004, October, 6th, 2004. The 2003 Act forbidding discrimination between private parties was applicable as far as some grounds of discrimination were concerned (age, sex, religion, colour, race,...), but its scope deliberately did not mention language, because of the fragile linguistic equilibrium, and political views, because it was feared that extreme right parties would then abuse the antidiscrimination law. After finding that this Act's selective scope constituted a discrimination in itself, the Court only annulled the enumeration, thus making the bill's substantial provisions applicable to all forms of discrimination.

²⁰ Constitutional Court, nr. 22/98, March, 10th, 1998; Constitutional Court, nr. 10/01, February 7th, 2001.

²¹ S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1214.

²² R. LEYSEN and J. SMETS, *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 85.

The fourth technique involves the Constitutional Court's finding unconstitutionality, not caused by the provision submitted to its control, but by the lack of a similar provision applicable to another category (the so-called "*legislative lacunae*")²³. This technique is certainly the most controversial one, since a large part of the doctrine questions the Court's competence to state an unconstitutionality when the questioned provision in itself is perfectly constitutional. Especially in matters for which the Constitution requests a regulation by formal law, the Constitutional Court cannot expect the ordinary judge to apply 'legislation' which is *de facto* written by the Constitutional Court itself²⁴. Maybe this explains why the Court has so far only applied this technique in its preliminary questions procedure²⁵.

The fifth technique involves the Court's reference norms, and consists of its wide interpretation of its competence regarding the division of powers. Since this competence is not limited to a specific set of constitutional or legal provisions, the Court has somewhat expanded its own competence in this field. In two occasions, it has even invented reference norms which are not mentioned in the legislation. In a 1988 judgment, the Court considered that the constitutional revisions of 1970 and 1980 and the whole of the Constitution and Special Majority Act provisions reflected the image that the Belgian State constituted an economic and monetary union. Therefore, no legal provision may harm the free circulation of goods and production factors between the federated entities²⁶. In a 2004 judgment, despite the will of the constituent body, the Court read the *Bundestreue* provision in Article 143 of the Constitution as a powers-attributing provision²⁷.

1.2. The positiver *Gesetzgeber* and democratic legitimacy

6. Since the Belgian revolution in 1830 was mainly a reaction against the exaggerated powers the Executive possessed under the Dutch regime, the Belgian Constitution of 1831 vested an important trust in the Legislature. Therefore, the Judiciary was considered unable to examine the law's constitutionality, since the Legislature could do no wrong²⁸. This theory of the infallible legislator remained the paradigm until the second half of the 20th century, when it was undermined, first by the shift - mainly due to the increasing power of political parties - of the centre of the political debate from the Parliament to the Government, and later also by the upcoming federalism and

²³ Constitutional Court, nr. 31/96, May 15th, 1996; Constitutional Court, r. 116/99, November 10th, 1999; Constitutional Court, nr. 140/2001, November 6th, 2001.

²⁴ P. POPELIER, "De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving", in A. ALEN (ed.), 20 jaar Arbitragehof, Mechelen, Kluwer, 2005, 76-88.

²⁵ S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1214-1217.

²⁶ Constitutional Court, nr. 47, February 25th, 1988.

²⁷ Constitutional Court, nr. 119/2004, June, 30th, 2004. This judgment was heavily criticized by W. PAS in Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht, 2005, 147; see, however, the appraisal of this judgment by P. GERARD, "Bundestreue in de schemerzone tussen het juridische en het politieke", in A. ALEN and J. VAN NIEUWENHOVE, Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten, Brugge, die Keure, 2008, 55-81.

²⁸ Cass., July, 23th, 1849, Pas., 1949, I, 443.

by the creation of supranational institutions such as the EU. When the Court of Cassation accepted, first that an Act of Parliament which is open for different interpretations, should be interpreted in a way which is compatible with the Constitution²⁹, and secondly, that every judge possesses the competence to examine an Act of Parliament's conformity with directly applicable international law³⁰, an opening for true constitutional review emerged³¹.

7. Although the installation of a constitutional court reflects the vision that even the legislator can do wrong³², and that the theory of the sovereign legislator is to be abandoned³³, the constitutional judge accaparing, to some extent, the legislator's (positive) law-making task, does raise some questions concerning democratic legitimacy³⁴. Indeed, the constitutional judge has - in most countries - not been directly elected, he is appointed for life, he does not carry any political responsibility, and he only owes a justification to his own conscience³⁵. Although in all systems inspired by Montesquieu's *trias politica*, the legislator, however fallible, remains the body which has been granted the strongest democratic legitimacy, a non-elected judicial organ appears, in many of those systems, to be granted the competence to review this legislator's decisions³⁶.

8. In Belgium, the installation of the Constitutional Court gave rise to a similar debate. It was easily accepted that the myth of the infallible legislator had to be set aside, but it was at the same time mentioned that this myth should not simply be replaced by the myth of the infallible judge³⁷. During the discussions previous to adopting the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court, which added the principle of equality to the Court's reference norms³⁸, one Senator even stated:

"However honourable a constitutional court might be, and whatever achievement it might have reached in the past, placing a non-elected court above the people's sovereign will should raise some serious questions. It has to be possible to stop a legislator's temporary and accidental misconduct by more democratic means"³⁹.

²⁹ Cass., April, 20th, 1950, Waleffe, Pas., 1950, I, 560.

³⁰ Cass., May, 27th, 1971, Fromageries Franco-suisse Le Ski, Arr. Cass., 1971, 959.

³¹ A. ALEN and K. MUYLLE, o.c., 18-34.

³² L. FAVOREU, "Rapport sur les pays d'Europe occidentale" in *Le contrôle juridictionnel des lois, Légitimité, effectivité et développements récents*, Paris, Economica, 1986, 43; C. BEHRENDT, o.c., 432 ; M. VERDUSSEN, *Les douze juges, La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Brussels, Labor, 2004, 11-15.

³³ J. RIVERO, "Fin d'un absolutisme", *Pouvoirs*, 13 (réédition 1991), 5-16; J. VELAERS, o.c., 5.

³⁴ P. MARTENS, "Les cours constitutionnelles: des oligarchies illégitimes?" in *La République des Juges*, Liège, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1997, 53-72.

³⁵ P. MARTENS, o.c., 68-69.

³⁶ M. VERDUSSEN, o.c., 51-56; A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

³⁷ Parl. St., Senate, 1988-1989, nr. 483/2, 9; M. VERDUSSEN, o.c., 25; J.-C. SCHOLSEM, "Droit constitutionnel, branches du droit et droit des affaires", in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Brussels, Bruylant, 1998, 205.

³⁸ Before that date, the Court of Arbitration was only an arbitrator between the federal level and the Communities and Regions when one of those had allegedly surpassed its legislative jurisdiction.

³⁹ Hand. Senate, 1988-89, November 30th, 1988, 435-436, Senator STROOBANTS. The citation is a translation of the original Dutch text of his comment: "Dat een niet-verkozen hof, hoe eerbiedwaardig het ook moge zijn, en welke uitmuntende diensten het ook moge hebben bewezen, de voorrang zou krijgen op de soevereine wil van het volk, moet tot ernstig nadenken stemmen. Het moet mogelijk zijn om de tijdelijke en misschien toevallige ontstuijning van een wetgever, met meer democratische mechanismen te stuiten."

9. Nevertheless, the legitimacy of the constitutional judge should not be the key issue when the debate is about addressing the legislator's mistakes⁴⁰. Indeed, by choosing to install a Constitutional Court, the Constituent body takes the view that there is no identity between the eternal will of the Nation and the temporary composition of (the majority of) a Parliament⁴¹. In other words, the key issue is the legislator's legitimacy in the light of the Nation's will. It is in this distinction between the Nation and the legislator that the legitimacy of constitutional courts is to be found, and that the space for their reviewing legislative acts arises: it might even be suggested that the Constitutional Court's main task is to align the current legislator's decisions to the will of the abstract carrier of the sovereignty.

Since the Nation's will, e.g. the protection of human rights, is in the first place reflected in the text of the Constitution, the judge pursuing that mission inevitably needs to be able to examine whether the Acts of Parliament are constitutional. The Constitution therefore is more than a set of guidelines for the legislator; it is the natural reference norm the Constitutional Court uses when examining the law's validity⁴². For this review to be effective, the constitutional judge needs to be able to impose its will, even when the object of that obligation claims to be the representation of the Nation itself⁴³.

10. The question still remains whether this point of view offers a basis to the Constitutional Court acting as a *positiver Gesetzgeber*, since, even if there is no identity between the Nation and the legislator, the law-making power still lies in the hands of the legislative body which is directly elected by the people, and not in the hands of a non-elected Constitutional Court. The answer should be that the argument of democratic legitimacy should not refrain the constitutional judge from being, to some extent, a *positiver Gesetzgeber*, since even a constitutional judge imposing injunctions to the legislator takes this argument into account.

Indeed, by obliging the legislator to legislate, a constitutional court actually poses an act of *self restraint* rather than surpassing its competences: instead of providing for a clear-cut solution to a constitutional problem, it demands that the organ possessing the democratic legitimacy takes up its responsibility (see n° 3)⁴⁴. If a constitutional court gives a legal provision an interpretation opposite to what the legislator had in mind, the legislator can in his turn grant an authentic interpretation to his own work, which would then be examined by the constitutional court acting as a purely *negative legislator*.

⁴⁰ M. GAUCHET, "La révolution des pouvoirs", Gallimard, Histoires, 1995, 86; P. MARTENS, o.c., 69.

⁴¹ P. MARTENS, o.c., 56-58.

⁴² C. EISENMANN, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, LGDJ, 1928, 22.

⁴³ C. BEHRENDT, o.c., 451.

⁴⁴ C. BEHRENDT, o.c., 451.

11. Obliging a legislator to act in a certain way is one thing, but sanctioning his unwillingness to obey that order still takes a constitutional judge's activism even a step further. Professor Behrendt avoids answering the question whether the Constitutional Court should have any means when the legislator ignores its obligation⁴⁵. Within the scope of this paper, it is not possible to address this question in general. The only situation examined here is the legislator's manifest refusal to agree with the Constitutional Court's finding in an annulment procedure, and proving his dissent by re-enacting the same provision.

2. Legislative recidivism in Belgium

12. Strictly speaking, a judgment annulling a legal provision does not in itself contain a prohibition to adopt an identical or analogous provision: if this identical or analogous provision is annulled, this is the result of a new examination of that provision in the light of the reference provisions, and not merely because of the violation of the previous judgment's authority⁴⁶.

Nevertheless, it seems as if a legislative body's choice to re-enact an annulled law can be approached in two different ways by a constitutional court. On the one hand, the Constitutional Court's reaction could be one of indignation, almost certainly leading to a new annulment. On the other hand, the Constitutional Court might respect to be overruled by a body possessing a stronger democratic legitimacy, and hence render a judgment which is much more moderate, or even goes against the previous one.

13. Regarding the procedure before the Belgian Constitutional Court, a distinction needs to be made between the specific suspension procedure provided for the hypothesis of the bill re-enacting the annulled provisions, and a second inquiry of the merits in an ordinary annulment procedure.

2.1. A specific procedure for the suspension of a re-enacted provision

2.1.1. Article 20, 2^o procedure

14. The Belgian Constitutional Court can never *proprio motu* suspend the effects of a new legal provision pending an annulment procedure; it can only do so if a complainant has requested this suspension during an ordinary annulment procedure^{47 48}. This suspension can be requested in two

⁴⁵ C. BEHRENDT, o.c., 445-450.

⁴⁶ M. BECKERS, *L'autorité et les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage*, Brussels, Story Scientia, 81; J. VELAERS, o.c., 329.

⁴⁷ Article 19 of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court; J. VELAERS, o.c., 344.

⁴⁸ The suspension procedure is indeed an accessory to the annulment procedure, and cannot be started separately: article 21 of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court. See also the legal opinion of the Council of State, Parl. St., Senate, 1980-1981, nr. 704/1, 39; see Constitutional Court, nr. 12/91, May, 8th, 1991, 2.B.1; J. VELAERS, o.c., 345. Nevertheless, the suspension of the provision's effects can also be requested in a later stadium of the annulment procedure.

hypotheses⁴⁹. In the main suspension procedure, the complainant is to prove that, during the time the Constitutional Court needs to examine the case on the merits, the immediate application of the allegedly unconstitutional provision would cause him a significant and virtually irreparable prejudice⁵⁰. He has to explain the facts causing this prejudice on his behalf, and he has to come up with an argumentation which could lead to the provision's annulment, and which, although it is not yet examined on the merits, appears to be serious at first sight.

15. Next to the general suspension procedure, the suspension of a new legal provision's effects can only be requested in the hypothesis of re-enactment of a previously annulled provision. According to Article 20, 2° of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court, a new legal provision's effects can be suspended:

"if the annulment is requested of a provision identical or analogous to a provision by the same legislator which has previously been annulled by the Constitutional Court"⁵¹.

In this hypothesis, the complainant does not need to prove the existence of a significant and virtually irreparable prejudice arising because of immediate application of the questioned provision, nor state an argumentation on the merits which at first sight appears to be serious⁵².

16. Article 20, 2°, which constituted a novelty in the Special Majority Law of January, 6th, 1989, was based on the experience of the French Community Parliament re-enacting, although reformulated, an annulled provision concerning the use of languages by civil servants⁵³. At first, the text of Article 20, 2°, only mentioned the re-enactment of an *identical* provision, and although the doctrine read this as also encompassing *analogous provisions*⁵⁴, this hypothesis was explicitly added by the Special Majority Act of March, 9th, 2003⁵⁵.

17. The procedure applies as soon as the same legislator⁵⁶ adopts a provision containing the same *normative content*⁵⁷ as a previous provision which

⁴⁹ Within the scope of this paper, the specific suspension procedure, enshrined in article 16ter of the 1980 Special Majority Act on the Reform of the Institutions since 2001, concerning the rights of linguistic minorities in Brussels and in towns and cities close to the language border, needs no separate discussion. See, in this respect, J. VANDE LANOTTE and G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2007, 1480; and F. MOLINE, "Le contentieux de la suspension" in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS en M. VERDUSSEN, *La Cour d'arbitrage vingt ans après*, Brussel, Bruylant, 2004, 341-345.

⁵⁰ Article 20, 1° of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court; R. MOERENHOUT, "De vordering tot schorsing voor het Arbitragehof", in A. ALEN (ed.), *20 jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, 141-150.

⁵¹ The authentic Dutch text of this provision reads as follows: "als een beroep is ingesteld tegen een norm die identiek is met of gelijkaardig aan een reeds door het Arbitragehof vernietigde norm en die door dezelfde wetgever is aangenomen".

⁵² Parl. St., House of Representatives, 1988-1989, nr. 633/4, 28; Constitutional Court, nr. 67/96, November, 28th, 1996, B.4; Constitutional Court, nr. 9/2006, January, 18th, 2006, B.3.

⁵³ Constitutional Court, nr. 17, March, 26th, 1986. The re-enacted provisions were part of the French Community Decree of July 17th, 1987.

⁵⁴ J. VELAERS, o.c., 344.

⁵⁵ Parl. St., Senate, 2001-2002, nr. 2-897/4, 10; J. VANDE LANOTTE and G. GOEDERTIER, o.c., 1478.

⁵⁶ Constitutional Court, nr. 96/2004, May, 26th, 2004: a bill can, indeed, also be annulled solely because it surpasses the legislator's jurisdiction. In that case, the competent legislator might adopt the same provision without its being unconstitutional.

⁵⁷ Constitutional Court, nr. 15/96, March, 5th, 1996; Constitutional Court, nr. 134/2000, December 13th, 2000.

has already been annulled⁵⁸ by the Constitutional Court. If the differences between the two norms are, however, “*significant and more than purely formal*”, Article 20, 2°, cannot be applied⁵⁹.

The normative content cannot be the same when the allegedly re-enacted provisions simply constitute a correct answer to the prior judgment's findings⁶⁰. The same goes if the subsequent bill's scope of application differs from the annulled one's⁶¹, or when the subsequent provisions, although identical to the previously annulled ones, have become part of a global vision on the complex matter⁶². Neither can the procedure be applied if the re-enacted provisions, however identical, are no longer affected by the problems which have led to their previous annulment, e.g. when a provision was only annulled because it had granted too vast a delegation to the executive, while the latter provision simply copies the executive provisions affected by this annulment into legislative provisions⁶³.

18. While petitions requesting the annulment of a legal provision must, in principle, be submitted within the first six months after the allegedly unconstitutional provision is published in the *Moniteur belge*⁶⁴, the petitioners requesting a provision's suspension have to submit their petition within the first three months after its publication⁶⁵. While the ordinary annulment procedure takes up about a year, the judgment deciding upon the suspension has to be rendered *as soon as possible*⁶⁶, i.e. if possible during the Court's first hearing after the petition has been submitted⁶⁷. Since Article 19 of the Special Majority Act on the Constitutional Court uses the word “*can*”, the Constitutional Court may also choose not to suspend the questioned provisions, despite the conditions being fulfilled: if the suspension's effects on the public interest would be more difficult to repair than the effects the provision's immediate application would have for the petitioner, the Court does not suspend it⁶⁸.

⁵⁸ The procedure therefore does not apply if the adoption of the second provision precedes the annulment of the first one: Constitutional Court, nr. 67/96, November 28th, 1996, B.5; S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1211.

⁵⁹ Constitutional Court, nr. 15/92, February, 27th, 1992; Constitutional Court, nr. 55/93, July, 1st, 1993; Constitutional Court, nr. 68/93, September 29th, 1993; Constitutional Court, nr. 134/2000, December, 13th, 2000; J. VANDE LANOTTE and G. GOEDERTIER, o.c., 1478-1479.

⁶⁰ Constitutional Court, nr. 55/93, July, 1st, 1993; Constitutional Court, nr. 68/93, September 29th, 1993.

⁶¹ Constitutional Court, nr. 15/96, March, 5th, 1996 (the previously annulled provision involved the inscription fee in colleges, while the second bill involved the fee due in order to appear before a special exam commission); Constitutional Court, nr. 96/2004, May, 26th, 2004, (the previously annulled provision involved the electoral procedure for electing the federal Parliament, while the second bill involved the same aspect of the electoral procedure, yet this time for electing the Parliaments of the Regions); Constitutional Court, nr. 15/92, February, 27th, 1992, (the previously annulled provision ratified a Royal Decree, granting it the status of a formal law, while the second bill involved the ratification of a distinct Royal Decree).

⁶² Constitutional Court, nr. 9/2006, January 18th, 2006.

⁶³ Constitutional Court, nr. 38/2001, March, 13th, 2001; S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1211.

⁶⁴ Article 3, § 1, of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court.

⁶⁵ Article 21 of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court.

⁶⁶ Article 23 of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court: the Dutch version of the text stipulates that the decision is to be taken “*onverwijld*” (without delay). However, the complainant and the government first need to be heard in court.

⁶⁷ Parl. St., Senate, 1988-1989, nr. 483/1, p. 10.

⁶⁸ Constitutional Court, nr. 116/2002, June, 26th, 2002; Constitutional Court, nr. 174/2002, November, 27th, 2002; J. VANDE LANOTTE and G. GOEDERTIER, o.c., 1479; R. MOERENHOUT, o.c., 142 and 148-149; contra: J.-F. NEURAY, “*L'affaire dit du 'Deurganckdok' ou la 'balance des intérêts' à la Cour d'arbitrage*”, Amén. 2003, 162-169.

If the Court does proceed to the suspension, this has some significant consequences: the Executive cannot base its decisions on the suspended provisions, and the Judiciary cannot apply them in the cases submitted to their jurisdiction⁶⁹. Legal provisions which were abandoned by the later suspended articles re-enter into force⁷⁰. No procedural provision allows the Court to mitigate the suspension's effects.

The judgment suspending the provision's effects is to be published in the *official State Gazette* (Belgisch Staatsblad / Moniteur belge) within the first 5 days after the judgment is delivered. The judgment takes effect from that date, but this effect only lasts for three months: if by that time, the Constitutional Court has not yet examined the case on the merits, the suspension ceases to have effect⁷¹.

2.1.2. Applications of the Article 20, 2^o procedure

19. Until now, this specific suspension procedure has only been successfully invoked in two cases. The first case involved a bill placing people with considerable debts under the surveillance of a debt councillor, who develops a debt conciliation⁷². In 2000, the Constitutional Court had annulled a provision of that bill which obliged lawyers to reveal all information they possessed about their client's financial transactions, regardless their professional secrecy. According to the Court, the professional secrecy could, however, only be set aside in case of emergency⁷³.

By a bill of December, 13th, 2005, the provision setting aside the lawyer's professional secrecy was restored⁷⁴. The new provision added, however, that the professional secrecy could only be set aside by a judicial decision, that the lawyer could opt to reveal this information only to the judge, and that the judge could ask the official lawyers federation ("*Orde van Advocaten*") to render its opinion. Although the previously annulled provision did not contain these mitigations, the Constitutional Court found that the new provision was nevertheless analogous to the annulled one, because it did not take into account the main objection the Constitutional Court had made against it. Indeed, the professional secrecy could, according to the re-enacted provision, still be set aside in any case of collective debt rescheduling, whether or not it involved a case of emergency⁷⁵.

⁶⁸ Constitutional Court, nr. 116/2002, June, 26th, 2002; Constitutional Court, nr. 174/2002, November, 27th, 2002; J. VANDE LANOTTE and G. GOEDERTIER, o.c., 1479; R. MOERENHOUT, o.c., 142 and 148-149; contra: J.-F. NEURAY, "L'affaire dit du 'Deurganckdok' ou la 'balance des intérêts' à la Cour d'arbitrage", Amén. 2003, 162-169.

⁶⁹ J. VELAERS, o.c., 345.

⁷⁰ Legal opinion of the Council of State, Parl. St., Senate, 1980-1981, nr. 704/1, 39.

⁷¹ Article 25 of the Special Majority Act of January, 6th, 1989 on the Constitutional Court.

⁷² The July, 5th, 1998 Act concerning "de collectieve schuldenregeling en de mogelijkheid van verkoop uit de hand van de in beslag genomen onroerende goederen".

⁷³ Constitutional Court, nr. 46/2000, May, 3rd, 2000.

⁷⁴ Article 1675/8 of the Judiciary Code.

⁷⁵ Constitutional Court, nr. 100/2006, June 14th, 2006. The provision was subsequently annulled in Constitutional Court nr. 129/2006, July, 28th, 2006. See J. WILDEMEERSCH, "Un seconde session qui commence mal", Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 2006, 1132-1142.

20. The second case in which Article 20, 2°, procedure was applied, involved a tax on non-reusable bottles: while producers of these bottles were submitted to a tax amounting to almost 10 euros per hectolitre of packed fluid, this tax did not apply to producers of reusable bottles, since the law foresaw an exemption on their behalf⁷⁶. Although the Constitutional Court accepted this distinction, which was based on environmental reasons, it nevertheless found a discrimination in the non-existence of a similar exemption - or at least some kind of compensation - for producers of non-reusable bottles containing recycled materials, because scientific studies had proven that the recycling process of non-reusable bottles was equally beneficial for the environment than the reuse of reusable bottles. The Court therefore urged the legislator to take into account the whole environmental picture, and to provide for at least some exception from the mentioned tax⁷⁷. While annulling the questioned provisions, the Court maintained their effects for a six-month period, during which the legislator was to reconsider this tax.

Invoking budgetary reasons, the legislator, however, simply re-enacted the annulled provision a couple of months later, not providing for any exception for the recycling of non-reusable bottles. In an attempt to avoid the application of Article 20, 2°, procedure, the legislator this time did not discern between, on the one hand, a tax of 10 euros per hectolitre for non-reusable bottles, and, on the other hand, an exemption for reusable bottles, but between a tax applicable to both categories, yet amounting to 10 euros per hectolitre for the first category and amounting to 0 euros for the second one. Although the legislator explained this construction as being an answer to the objections the Constitutional Court had made in its previous judgment⁷⁸, the Court could not but conclude that there is no actual difference between an exemption from a tax and a tax amounting to 0 euros. The Court also noted that the legislator had, contrary to the previous judgment's demand, not taken into account the whole environmental picture, because it had not investigated how to treat the beneficial environmental impact of recycling non-reusable bottles⁷⁹. These two arguments sufficed for the Constitutional Court to suspend the re-enacted provisions, which were annulled three months later⁸⁰. This judgment did, however, not mark the end of this particular dialogue between the legislator and the Constitutional Court (see n° 23).

⁷⁶ Article 371 of the "gewone wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur", inserted by a December 22nd, 2003 Act.

⁷⁷ Constitutional Court, nr. 186/2005, December 21st, 2005.

⁷⁸ Parl. St., Chamber of Representatives, 2005-2006, nr. 2596/001, p. 5.

⁷⁹ Constitutional Court, nr. 156/2006, October, 18th, 2006.

⁸⁰ Constitutional Court, nr. 9/2007, January, 11th, 2007. See also P. DRESSE, "Boire et déboire de la réforme écotaxes, écoboni, cotisation d'emballage", *Actualités fiscales*, 2008/8, 5-7.

2.1.3. Conclusion: the final word?

21. In both cases where Article 20, 2°, procedure was applied, the re-enacted provision was not identical to the previously annulled one, and even contained some new measures which to some extent were designed to mark the difference between the annulled provision and the new one. But also in both cases, the Constitutional Court put significant weight to the observation that, despite these changes, the legislator had not really responded to the core of the Court's objections, as expressed in the annulment judgment. This is indeed the true meaning of Article 20, 2°, procedure, as is stated by the parliamentary discussions preceding its modification in 2003:

"This modification aims at reinforcing the authority of the Court's judgments by making a suspension possible whenever a legislator tries to get round this authority by adopting new provisions, which, however reformulated, do not respond to the objections which have lead the Constitutional Court to annulling the previous norms"⁸¹.

This observation gives an important indication about how the relation between the Belgian Constitutional Court and the legislators is conceived: the Constitutional Court indeed seems to have the power of the final word about the law's constitutionality. Also the Constitutional Court itself has stated this about Article 20, 2°, procedure:

"By adopting Article 20, 2°, the special legislator aimed at guaranteeing that the denied authority of a Constitutional Court judgment could immediately be restored if a legislator would, after the annulment of one of its provisions, would adopt an identical or a similar provision"⁸².

2.2. The second examination on the merits

22. The aforementioned conclusion does, however, not reflect the full truth. The specific suspension procedure is, however, not the only issue in restoring the authority of the Constitutional Court's judgments. In some re-enactment cases, this procedure was not invoked, and the Court had to examine the case's merits for the second time.

⁸¹ Parl. St., Senate, 2001-2002, nr. 2-897/4, p. 10. The authentic Dutch text reads: "Deze wijziging beoogt het gezag van de arresten van het Hof te versterken, door een schorsing ook mogelijk te maken wanneer een wetgevende instantie zich aan dit gezag probeert te onttrekken door nieuwe normen uit te vaardigen, die weliswaar licht gewijzigd zijn, maar ten gronde niet beantwoorden aan de bezwaren die het Arbitragehof hebben aangezet tot een eerder vernietigingsarrest". See also S. LUST and P. POPELIER, o.c., 1211; R. MOERENHOUT, o.c., 145.

⁸² Constitutional Court, nr. 67/96, November, 28th, 1996; Constitutional Court, nr. 9/2006, January 18th, 2006, and Constitutional Court, nr. 100/2006, June, 14th, 2006. The Dutch text of this observation reads as follows: "De bijzondere wetgever heeft met artikel 20, 2°, beoogd te waarborgen dat het miskende gezag van een arrest van het Arbitragehof onmiddellijk kan worden hersteld in het geval dat een wetgever na de vernietiging van een van zijn normen een identieke of soortgelijke norm zou aannemen."

23. The first case to be mentioned in this regard, again involves the tax on non-reusable bottles (see n° 19). After the Court had suspended and re-annulled the re-enacted discrimination between, on the one hand, reusable bottles and, on the other hand, non-reusable bottles containing recycled materials, the legislator again had to reconsider this tax. This time, the solution consisted of defining a reusable bottle as being designed to be refilled at least seven times, provided that, after each use, the bottle would effectively be recollected and refilled by the producer. Hence, the 10 euros per hectolitre tax on non-reusable bottles could, according to the legislator, be maintained, if the reusable bottle, thus defined, was submitted to a tax amounting to 1/7 of 10 euros⁸³. The legislator thus claimed to have met the Constitutional Court's objections in the previous judgments, since both types of bottles were now submitted to a substantial tax⁸⁴.

Notwithstanding this claim, one might have expected a third annulment by the Constitutional Court, since this new re-enactment had again not foreseen an arrangement for the specific problem of non-reusable bottles containing recycled materials, and hence had again not taken into account the whole environmental picture⁸⁵. This time, however, the Court did not establish the existence of discrimination: after judging that not taking into account the recycled non-reusable bottles belongs to the legislator's discretion, the Court states that the new legal provisions are relevant and proportionate in order to obtain the pursued environmental benefits⁸⁶.

24. This judgment constitutes a genuine U-turn in respect of the aforementioned judgments 186/2005 and 156/2006 (see n° 19): while in those judgments, neglecting the recycling process was found to be the very core of the discrimination, in the most recent judgment on this matter, it is dealt with as a legitimate legislative choice⁸⁷.

25. A second case in which the Constitutional Court had to re-examine the merits after re-enactment of an annulled provision, involves the publication of new legislation. According to article 190 of the Belgian Constitution, a law can only be binding after being duly published. Ever since 1831, this publication occurs in the *official State gazette* ("*Belgisch Staatsblad*" / "*Moniteur belge*"). In 2002, the *Moniteur* contained 59 196 pages, and was printed in some 12000 copies. The legal provision abolishing this paper version of the *Moniteur* not only saved a lot of trees, it also benefitted the public budget by some two million euros per year. From January, 1st, 2003 on, besides three copies to be stored in official locations, the official publication of Belgian legislation occurs online.

⁸³ Parl. St., Chamber of Representatives, 2006-2007, 2894/001, p. 4-5.

⁸⁴ Parl. St., Chamber of Representatives, 2006-2007, 2894/002, p. 5.

⁸⁵ A suspension based on article 20, 2° was not requested, probably because of the considerable difference between a 0 euro tax and a 1,5 euro per hectolitre tax.

⁸⁶ Constitutional Court nr. 53/2008, March, 13th, 2008, B.11.

⁸⁷ Constitutional Court nr. 53/2008, March, 13th, 2008, B.12.2.

This new way of official publication did, however, cast some doubts about the law's accessibility for citizens not possessing an internet connection. Their only possibility to read the country's most important journal⁸⁸ consisted of reading the one print which was available to the public.

In 2004, the Constitutional Court accepted that the abolishment of the official gazette's paper version in itself did not violate the principle of equality. The lack of accompanying measures for people not possessing an internet connection, however, was found to be discrimination⁸⁹. Because between January, 1st, 2003, and the date of annulment, some 100 000 pages of official texts had been published online⁹⁰, and because implementing a new procedure would take some time, the Constitutional Court maintained the annulled provisions until July, 31st, 2005⁹¹. If by August 1st, 2005, no new publication procedure would be in place, an unprecedented vacuum would occur, since the new procedure could even not be published, and hence could not enter into force⁹².

26. The edition of the *Moniteur* which appeared at July, 29th, 2005, encompassed the new publication procedure. First of all, the legislator reconfirmed the principle of electronic publication, which had not been questioned by the Constitutional Court. The accompanying measure for people not possessing an internet connection consisted of a helpdesk: all Belgian citizens, some ten million, may call the free phone number of the Services of the *Moniteur*, where a team of 4 civil servants help them in their search for the relevant legal provisions. This helpdesk is also to copy, at the citizen's request, the requested documents, and send them to his address, provided the paper and sending costs are paid for by the citizen⁹³. Next to that helpdesk, the legislator ordered the Executive to take some complementary measures, which was a bit of an empty delegation, since the Executive only disposed of 2 days to provide for these measures⁹⁴.

27. According to the doctrine⁹⁵, these measures clearly did not suffice, because the Constitutional Court had specifically asked for measures which would grant every citizen an equal access to the publication of official texts, without any excessive burden on his behalf⁹⁶. A measure which

⁸⁸ C. BEHRENDT, o.c., 312-321.

⁸⁹ Constitutional Court, nr. 106/2004, June, 16th, 2004, B.21-B.22.

⁹⁰ C. BEHRENDT, o.c., 316.

⁹¹ Constitutional Court, nr. 106/2004, June, 16th, 2004, B.23.

⁹² F. ABU DALU and J.-F. HENROTTE, "Disparition de la version papier du *Moniteur belge*, obligations positives et large marge d'appréciation: le prix du Docteur Faust", *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2004, 93-100. The doctrine also observed that even the Constitutional Court's judgments would not be published anymore, and that even a retroactive bill would not solve the problem, since in order to enter into force, this retroactive law should first be duly published itself.

⁹³ In January, 2007, this helpdesk employed 4 civil servants, who had to respond to some 100 to 400 calls per day (*De Standaard*, January, 19th, 2007).

⁹⁴ P. POPELIER and J. VAN NIEUWENHOVE, "De ongrondwettige elektronische publicatie van het Belgisch Staatsblad verholpen door een helpdesk", *Rechtskundig Weekblad*, 2006-2007, 1603. These Executive measures did appear, albeit too late, and consisted mainly of the *Moniteur's* table of contents being kept by the Registry of all lower tribunals.

⁹⁵ K. MUYLLE and J. VAN NIEUWENHOVE, "De elektronische publicatie van het Staatsblad in tweede zittijd", *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 2006, 18.

⁹⁶ Constitutional Court, nr. 106/2004, June 16th, 2004.

would not allow the citizen to identify in advance which documents would be relevant to him, could, according to the previous judgment, not be qualified as sufficient measures⁹⁷.

Nevertheless, in 2007, the Constitutional Court concluded to the constitutionality of the new arrangement. The Court observed that contacting the helpdesk made it possible to identify the interesting content of every edition, and thus found that people not possessing an internet connection were no longer discriminated against⁹⁸. Since the measures provided for by the Executive did not fall within the Constitutional Court's jurisdiction, the Court could not judge their effectiveness⁹⁹.

28. As well as in the previously mentioned case (see n° 24), the Constitutional Court in this case also takes a U-turn. In this case the doctrine has explained this radical change of view by the Court's radicalism in its first judgment: it was observed that this judgment was rendered while the Court itself did not know which accompanying measures would be constitutional¹⁰⁰. The doctrine also added that, if a dialogue between judge and legislator is to be effective, it requires clear and constructive guidelines from the side of the judge¹⁰¹.

3. Concluding remarks

3.1. The power of the final word?

29. While the jurisprudence concerning Article 20, 2°, procedure suggests that the Constitutional Court speaks the final word about an Act of Parliament's constitutionality (see n° 21), the jurisprudence concerning the second examination on the merits suggests the exact opposite, since in both discussed cases, the Constitutional Court has respected the legislator's disobedience (see n° 24 and n° 28).

30. Since, in a system based on the separation of powers, no single power can claim sovereignty¹⁰², the importance of the question whether the Constitutional Court prevails over the Legislature or vice versa, should not be overestimated. First of all, even if it would be possible to decide whether there is a hierarchical superior in the relation between the legislator and the constitutional court, it has to be stated that none of both powers will stand at the top of the hierarchy, since only the Nation's will is

⁹⁷ Ibid., B.18. See also P. POPELIER and J. VAN NIEUWENHOVE, o.c., 1603.

⁹⁸ Constitutional Court, nr. 10/2007, January, 17°, 2007, B.12.1-B.12.3.

⁹⁹ Ibid., B.13.1-B.13.3.

¹⁰⁰ P. POPELIER and J. VAN NIEUWENHOVE, o.c., 605.

¹⁰¹ Ibid., 1605; F. VANDEVENNE, "La dernière page du Moniteur...", *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2007, 652-659; X., "L'art d'avoir toujours raison", *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, 2007, 263-265; see also A. GORIS, K. MUYLLE and M. VAN DER HULST, "Twintig jaar Arbitragehof v. wetgever: van wantrouwen naar dialoog", *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 2005, 256-257.

¹⁰² P. MARTENS, o.c., 56-57.

truly sovereign. Since this Nation is an abstract concept which represents all citizens from the past, the present and the future, it is to be distinguished from the current composition of the Legislature (see n° 9).

Since the Nation's will is reflected in the Constitution, this document prevails both over the Legislature and over the Constitutional Court. Hence, it is the Constitution which speaks the final word¹⁰³: should the Constitutional Court be too strict in its scrutiny, or should the Legislature disrespect the Court's judgments too often, the Constituent body might amend the Constitution in order to restore the balance between the legislator and his guard, e.g. by altering the reference provisions or the Court's remedial powers. In other words, even if, in the relation between the Constitutional Court and the Legislature, one of both would have the final word, taking into account the whole constitutional picture, this is in fact nothing more than a second last word¹⁰⁴.

3.2. Constitutional dialogue!

31. That being said, the next, and maybe most important question, is whether the relation between a lawmaker and his judge should be seen as a hierarchy. Indeed, the final word discourse rather suits a system of absolutism than a system of cooperation of powers¹⁰⁵.

This is why the question whether a constitutional court controlling a democratically elected body's decisions can never be answered with an absolute yes or no: a constitutional court always possesses a certain degree of legitimacy, which depends of a variety of factors¹⁰⁶. Being democratically elected is only one of these factors, and its importance should not be overestimated, because also democratically elected bodies can do wrong (see n° 7).

32. A factor which is far more important is the Constitutional Court's behaviour. On the one hand, this Court should fulfil its constitutional review role in the most effective way, granting citizens a true protection when an Act of Parliament violates their rights. Hence, it sometimes has to act as a *positiver Gesetzgeber*. This mission also explains why the Court, whenever necessary, has to suspend and re-annul legal provisions which are, after their previous annulment, re-enacted by the legislator.

On the other hand, the Constitutional Court should not be too active, since a *gouvernement des juges* is not a legitimate system either. Indeed, only

¹⁰³ M. VERDUSSEN, o.c., 81; C. BEHRENDT, o.c., 454; L. FAVOREU, "Le Parlement constituant et le juge constitutionnel" in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, 238.

¹⁰⁴ M. VERDUSSEN, o.c., 81-85.

¹⁰⁵ P. MARTENS, "L'égalité et le droit privé" in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, Brussels, Bruylant, 2002, 327.

¹⁰⁶ M. VERDUSSEN, o.c., 49.

the legislator possesses the competence to balance all interests at stake, and to take the initial legislative decision. Hence, a constitutional court should leave the legislator the possibility to develop a policy. Therefore, it sometimes has to refrain from suspending and re-annulling re-enacted provisions, if the legislator indicates, by the re-enactment itself, that the Constitutional Court's decision might not have reflected the whole truth. Being prudent, however, does not equal never re-annulling a re-enacted provision: by systematically altering prior judgments, a constitutional court would lose its credibility as a guardian of the Constitution, and hence, at least a part of its legitimacy.

33. The conclusion can be that the relation between a constitutional court and a legislator requires finding equilibrium. Because in most instances, this balance will not be found in one movement, constitutionalism requires a dialogue between both powers. This is why the Court sometimes has to stick to its prior decision, and sometimes, it has to give in. When to take which approach can probably never be subject to clear rules, and therefore has to be judged on a case-to-case basis¹⁰⁷. Nevertheless, judging when to be activist and when to be prudent inherently constitutes a judicial activity. And could anyone be better placed to take a judicial decision than a well-trained judge?

РЕЗЮМЕ

Конституционный Суд Бельгии правомочен аннулировать законодательные акты, нарушающие как установленные Конституцией права человека, так и конституционные и правовые положения, распределяющие законодательные полномочия между федеральным государством, общинами и регионами.

На вопрос "Может ли Конституционный Суд контролировать решения демократически избранного органа?" нельзя дать однозначный ответ. Конституционный Суд всегда имеет определенный уровень законности, зависящий от множества факторов. Одним из них является демократическое избрание, важность которого нельзя не переоценивать, однако и демократически избранный орган может ошибиться.

¹⁰⁷ In this respect, the legal doctrine's position should also be mentioned, because it can judge, independently and impartially, who is right in a specific discussion, the Legislature or the Constitutional Court. Ironically, the only source of law which is not-binding at all, speaks the final word.

Не менее важный фактор - поведение Конституционного Суда. С одной стороны, конституционный контроль Суда должен быть более эффективным, и Суд должен гарантировать гражданам защиту их прав, нарушаемых актом Парламента. Иногда он должен действовать как positiver Gesetzgeber. Эта его миссия объясняет, почему Суд в случае необходимости должен аннулировать и восстанавливать правовые положения, которые после предыдущего аннулирования восстанавливаются законодателем.

Отношения между Конституционным Судом и законодателем необходимо сбалансировать. Это нелегкий процесс, так как необходимый баланс во многих инстанциях нельзя установить в одночасье. Конституционализм требует диалога между двумя ветвями.



НОРМАТИВНОЕ ВЫРАЖЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННЫХ ЦЕННОСТЕЙ И ИХ ЗНАЧЕНИЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ

ЮРИЙ БАУЛИН

судья Конституционного Суда Украины

Мое мнение созвучно с мнением, высказанным господином Арутюняном, что конституционные ценности можно сгруппировать в переводе на их нормативное выражение в три группы: 1) нормы - цели (они в Преамбуле и в I разделе Конституции); 2) нормы-принципы (в основном в I и II разделах Конституции) и 3) нормы, регулирующие основные общественные отношения (эти нормы находятся в различных разделах Конституции, но применяются всегда во взаимосвязи, взаимозависимости и взаимодополнении). Эти три группы норм не только писанные, но и выведенные конституционной практикой.

Конституционный Суд Украины в своей практике предпочитает термины "принципы" и "ценности" Конституции, которые являются базой для норм-регуляторов основных общественных отношений.

Некоторые из принципов, о которых я буду вести речь, в Конституции Украины прямо не указаны, их фактически вывел Суд путем анализа норм Конституции, основ конституционного строя (например, это относится к принципам "соразмерности" и "пропорциональности"). Я остановлюсь на некоторых конституционных ценностях, которые защищаются Конституционным Судом Украины.

Первая ценность - это нерушимость прав и свобод лица в соединении со справедливостью и соразмерностью. В частности, речь идет о деле о налоговом залоге. Законом было установлено, что в случае хотя бы копеечного долга перед государством абсолютно все основные фонды предприятия - налогоплательщика становились объектом налогового залога. Более того, налоговый залог возникал автоматически в силу даже факта неподачи своевременно налоговой декларации и в том случае, если на самом деле все налоги уплачены. Суд признал такие нормы Закона неконституционными, мотивируя свою позицию **принципом нерушимости прав и свобод лица** (в данном случае, права собственности), нарушением принципа **справедливости и сораз-**

мерности. Суд указал, что сам по себе институт налогового залога конституционен, так как защищает публичный интерес получить налоги. Но механизмы реализации этого полномочия государством не могут быть неограниченными, они должны быть сбалансированными с правом собственности физических и юридических лиц.

Вторая ценность - это верховенство права. Суд, разумеется, не мог обойти молчанием важнейшую проблему: что мы защищаем как ценность конституционного строя - верховенство права или верховенство закона? На мой взгляд, эти термины не являются антонимами. Суд неоднократно указывал в своих решениях на **принцип верховенства права** и подчеркивал, что право не состоит только из писаного закона. В рамках принципа верховенства права Конституция предоставляет защиту и морали, и традиции, и даже сложившимся в обществе обычаям. Это, мне кажется, очень созвучно с тем, о чем говорил господин Джаанни Букикио. Но при этом полагаю, что **верховенство (приоритет) закона тоже есть конституционный принцип, но более низкого уровня.** Я понимаю его как верховенство не в системе права, а в системе законодательства. КС также защищает и этот принцип. В Конституции есть большой перечень вопросов, которые могут регулироваться только законами Украины, и эти предписания императивны. Поэтому Суд, в частности, был вынужден уже неоднократно признавать неконституционными новые и новые редакции Регламента Парламента, так как после каждого решения Суда Парламент снова принимал Регламент не законом, а постановлением, а в последний раз назвал его просто актом.

Третья ценность - это народный суверенитет и разделение власти. Известно, что демократия проявляется в двух формах - непосредственной и представительской. Является ли непосредственная демократия неограниченной? Разумеется, что нет. Например, действующая редакция Конституции Украины запрещает проведение референдумов по вопросам налогов, бюджета, амнистии, и это не вызывало никогда ни у кого возражений.

Но вместе с тем сторонники идеи неограниченного характера непосредственной демократии неоднократно пытались с помощью решения КС оправдать возможность изменения Конституции Украины на референдуме в обход Парламента, что Конституцией Украины не допускается. КС воспрепятствовал таким попыткам, так как и непосредственная демократия обязана действовать в определенных законодательных рамках, иначе это будет "власть уличной толпы". Я думаю, что **принцип народного суверенитета в данном аспекте взаимосвязан с принципом разделения власти.** Обращаю внимание на необходимость различать принципы "разделения властей" и "разделения власти". Ве-

роятно, это два разных принципа. Принцип разделения властей касается все же деятельности государственных и муниципальных органов власти, а принцип разделения власти более широкий и касается ограничений, накладываемых Конституцией и на формы проявления непосредственной демократии народом. Народный суверенитет также подлежит конституционной фиксации и ограничению конституционными рамками.

Четвертая ценность находит отражение в принципе справедливого и беспристрастного распределения общественного богатства между гражданами и территориальными общинами.

Предписанию о социальном характере украинского государства (ст. 1 Конституции) соответствует **принцип справедливого и беспристрастного распределения общественного богатства между гражданами и территориальными общинами.** Этот принцип требует, конечно, дальнейшего своего развития до полноценного принципа субсидиарности, так как распределение богатства происходит не только по горизонтали, но и по вертикали, и мы должны соотносить его с задачами, которые решаются на разных уровнях и различными ветвями власти. Указанный принцип актуален при рассмотрении так называемых "бюджетных дел". К сожалению, законодатель практически ежегодно пытается законом о госбюджете на текущий год приостановить действие ряда законов социального характера, вмешаться в круг вопросов, которые не имеют к закону о госбюджете совершенно никакого отношения. Ежегодно Суд вынужден вмешиваться, признавая частично бюджетные законы неконституционными. Однако на следующий год новые правительства страны поступают так же, как и их предшественники, хотя в этом году правительство, ссылаясь на предыдущие решения Конституционного Суда Украины, представило проект Закона о госбюджете на 2009 год уже без включения в него положений, изменяющих другие социальные законы.

Еще один принцип такого же уровня - это принцип доверия граждан государству и принцип запрета отмены или снижения достигнутого уровня содержания и объема гарантий, в том числе независимости судей.

Фактически, здесь речь идет о правовой определенности или о европейском принципе "законных ожиданий", о которых уже говорил господин Зжиеницкий.

Я не являюсь сторонником идей "социального иждивенчества", т.е. того, что социальные выплаты государства отдельным гражданам нельзя вообще ни при каких обстоятельствах уменьшить, например, перераспределив их в пользу еще более нуждающихся. Однако при этом должны быть защищены справедливые и обоснованные ожидания по-

лучателей таких социальных выплат. В рамках данного принципа мы особо подчеркиваем недопустимость снижения уровня социального обеспечения судей. Юристы, которые выбирают профессию судьи, имеют все основания ожидать, что государство обеспечит их надлежащей защитой и достойной заработной платой.

И, наконец, принцип разделения конституционного контроля между судами общей юрисдикции и Конституционным Судом.

Конституционным Судом четко признается **принцип разделения компетенции судов общей и конституционной юрисдикции**. Известно, что суд общей юрисдикции, в частности Административный суд, тоже может признать неконституционность правового акта, но только для данного случая. Конституционный же Суд в части осуществления контроля за конституционностью правовых актов не проверяет акты соответствующих государственных органов на их соответствие правовым актам низшей по сравнению с Конституцией юридической силы. Последняя задача возложена Конституцией на суды общей юрисдикции.

Несмотря на то, что позиция Суда по данному вопросу всем известна, в КС поступают непрерывные обращения с просьбой проверить именно не конституционность, а законность актов, принятых, в частности, Президентом и Правительством. Всех таких заявителей КС адресует в суды общей юрисдикции, в Административный суд.

В последнее время такая проблема возникает практически по каждому делу о конституционности правовых актов Правительства.

Выход, мне кажется, в том, что, во-первых, практически в большинстве случаев только путем несоблюдения закона Правительство может принимать акты, выходящие за пределы его полномочий. И, во-вторых, Конституционный Суд вправе открыть конституционное производство лишь в случае, если акт Правительства, нарушающий закон, одновременно посягает и на конституционные ценности, т.е. если правовой акт Правительства не отвечает нормам-целям, нормам-принципам или нормам-регуляторам основных общественных отношений. В ином случае спор о законности акта Правительства подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции.

SUMMARY

Constitutional values can be grouped in the interpretation into the normative expressions into three groups: 1. norms - targets, 2. norms-principles, 3. norms - regulating the fundamental public relations. Constitutional Court of Ukraine in its practice prefers terms as "principles" and "values" of Constitution. Some of constitutional values which are protected by the Constitutional Court of Ukraine are graded as of:

First value - stability of human rights and freedoms in the unity with justice.

Second value - is the rule of law. In its decisions the Court showed the principle of rule of law and emphasized that right does not only consist of written law. In the frames of the principle of rule of law the Constitution provides defense and morality, traditions and customs. Rule of law is also a constitutional principle but of lower level.

Third value is the national sovereignty and separation of power.

Fourth value finds its reflection in the principle of justice and impartial distribution of the public wealth between the citizens and territorial communities.

One of the principles of such level is the principle of trust of citizens towards the government and principle of banning cancelation or declination of the achieved level of the contents and scope of guaranties as well as impartiality of judges.

And finally the principle of separation of constitutional control between the courts of general jurisdiction and Constitutional Court.



О КОНСТИТУЦИОННОЙ ОСНОВЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА ГРАЖДАН РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

ЛЕОНИД РЯБЦЕВ

судья Конституционного Суда Республики Беларусь

Тема моего выступления чрезвычайно широка, поскольку охватывает вопросы обеспечения наиболее оптимального механизма реализации основополагающих конституционных ценностей человека. Однако в своем сообщении я не претендую на рассмотрение всех аспектов конституционного права граждан Республики Беларусь на судебную защиту, а остановлюсь лишь на тех, которые, как представляется, являются наиболее существенными и актуальными для Беларуси.

Конституция Республики Беларусь с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 года и 17 октября 2004 года, вобрала в себя все самое прогрессивное, что заложено в аналогичных документах ряда стран. При ее подготовке учитывался конституционный опыт Германии, Швеции, Франции, Америки и других государств.

В основу белорусской Конституции положены общепринятые нормы и принципы международных правовых документов. Человек объявлен высшей ценностью и целью общества и государства; государство признано ответственным перед гражданином за создание условий для свободного и достойного развития личности (статья 2 Основного Закона).

Более половины статей Конституции посвящено правовому статусу человека. Народ объявлен единственным источником государственной власти и носителем суверенитета.

В Конституции закреплены права и обязанности не только граждан, но и высших должностных лиц, компетенция государственных органов. Понятно, что каждому будет комфортно жить в стране, где все ветви власти заботятся о реальном создании надлежащих условий для жизни, полноценного отдыха и развития человека как личности. Возможности для дальнейшего расцвета Беларуси и ее граждан в действующем Основном Законе заложены изначально, надо только грамотно их использовать и реализовывать на практике. Например, введенный по инициативе Президента принцип одного окна представляет собой реальный пример деbüroкратизации общества.

Следует отметить, что еще в первом известном своде законов нашей страны - Статуте Великого княжества Литовского 1529 года впервые употреблен термин "судебная защита" в контексте судебной власти, содержание которого свидетельствует об авторитете судебной власти. Вместе с тем четкого разделения судебной и исполнительной властей в то время не было. Развитие судебной защиты, как и развитие государства и права, прослеживается в нормах статуты Великого княжества Литовского 1566 и 1588 годов, судебных уставов 1864 года, конституций Белорусской ССР во время ее нахождения в составе СССР - 1919, 1927, 1937 и 1978 годов.

Статут 1529 года, по сути, закреплял передовую мысль того времени о равенстве перед законом богатых и бедных, чем привлекает внимание до настоящего времени. В соответствии со Статутом судьи призывались судить правильно и справедливо, по закону. Политические деятели того времени признавали, что такого Основного Закона не имели многие государства феодальной Европы. Принятие последующих Статутов 1566 и 1588 годов еще больше содействовало согласию в обществе - "памяркоўнасці і талерантнасці" и в целом развитию правовой культуры белорусского народа.

Впервые в Республике Беларусь 27 июля 1990 года в Декларации Верховного Совета Республики Беларусь о государственном суверенитете Республики Беларусь закреплён принцип разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную, то есть судебная ветвь власти получила свое законодательное закрепление.

На конституционном уровне указанный принцип закреплён в действующей Конституции Республики Беларусь, статья 6 которой предусматривает, что государственная власть в Республике Беларусь осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную. Государственные органы в пределах своих полномочий самостоятельны: они взаимодействуют между собой, сдерживают и уравновешивают друг друга.

Согласно статье 109 Конституции судебная власть в Республике Беларусь принадлежит судам, а система судов строится на принципах территориальности и специализации.

В Основном Законе нашего государства нашли отражение следующие конституционные принципы и гарантии судебной власти и правосудия: законность и верховенство права; презумпция невиновности; равенство всех перед законом; национальный язык судопроизводства; право граждан на юридическую помощь, в том числе право пользоваться в любой момент помощью адвокатов и других своих представителей в суде; право граждан на судебную защиту; выборность и назначение судей; судебная власть принадлежит судам; независимость судей и подчинение их только закону; недопустимость осуществлять предпринимательскую деятельность, выполнять иную оплачиваемую

работу, кроме преподавательской и научно-исследовательской; осуществление правосудия на основе Конституции и принятых в соответствии с ней иных нормативных актов; коллегиальное и единоличное рассмотрение дел в судах; открытое рассмотрение дел во всех судах; осуществление правосудия на основе состязательности и равенства сторон в процессе; обязательность судебных постановлений для всех граждан и должностных лиц; право сторон на обжалование судебных постановлений.

Таким образом, право граждан на судебную защиту является конституционным, неотчуждаемым правом человека, которое гарантируется Конституцией.

В соответствии с Кодексом Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей судебную систему составляют: Конституционный Суд Республики Беларусь - орган судебного контроля за конституционностью нормативных правовых актов в государстве, осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства; общие суды, осуществляющие правосудие посредством гражданского, уголовного и административного судопроизводства; хозяйственные суды, осуществляющие правосудие посредством хозяйственного и административного судопроизводства.

Статус Конституционного Суда, основа его организации и деятельности регулируется непосредственно Конституцией, Кодексом Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей и специальным законом. На этом стоит остановиться особо. Поскольку конституционные положения могут быть развиты, задача заключается в том, чтобы решить эту проблему на законодательном уровне. Речь в данном случае идет о развитии института конституционной жалобы, т.е. наделении иных субъектов правом обращения в Конституционный Суд. Исходя из положения о том, что нормы, зафиксированные в ряде статей Конституции, могут быть развиты законом, не следует руководствоваться только статьей 116 Конституции, где достаточно объемно определены вопросы статуса Конституционного Суда, а учитывать также статьи 7, 40, 112, 116, 137, которые можно успешно применять для решения данного вопроса. Конституция предусмотрела право и обязанность принятия самостоятельного специального закона, определяющего компетенцию, порядок организации и деятельности Конституционного Суда.

Основной функцией Конституционного Суда, несомненно, является конституционный контроль. Однако наряду с проверкой конституционности нормативных правовых актов реализуются и иные функции, если говорить о вспомогательных функциях, которые также служат достижению этой же цели.

Позвольте кратко остановиться и на процедуре и роли субъектов обращений в Конституционный Суд. Я уже отмечал, что процедура опреде-

ляется самим Конституционным Судом. Что касается субъектов, перечисленных в статье 116 Конституции, то они могут в полной мере использовать свое право обращения в Конституционный Суд. Кроме того, у нас в определенной мере развивается и институт конституционной жалобы. В данном случае мы опираемся на нормы Конституции. Конституция имеет непосредственный, прямой характер действия, и если есть пробел между Конституцией и текущим законодательством, то преимущество имеет Конституция. Это позволяет восполнять пробелы в законодательстве, использовать аналогию права при разрешении споров.

В Конституционный Суд ежегодно обращаются до полутора тысяч граждан, точнее, поступает до полутора тысяч обращений, в том числе и коллективные.

Особо необходимо обратить внимание на то, что на одной из недавних встреч с судьями Конституционного Суда Президент Республики Беларусь потребовал переосмысления подходов к вопросам, волнующим простых граждан, посредством выработки новых направлений конституционного контроля Конституционного Суда, в том числе и за счет расширения полномочий Конституционного Суда.

Дополнительными же полномочиями Конституционный Суд может быть наделен лишь в рамках ныне действующей Конституции Республики Беларусь. При этом следует иметь в виду, что в соответствии со статьей 116 Конституции компетенция, организация и порядок деятельности Конституционного Суда определяются законом. Следовательно, полномочия Конституционного Суда в рамках соответствующего закона могут быть уточнены либо расширены. Речь, прежде всего, может идти о внесении соответствующих изменений и дополнений в Кодекс о судостроительстве и статусе судей при одновременном закреплении соответствующих процессуальных механизмов в проекте Закона "О конституционном судопроизводстве".

В результате обсуждения всеми заинтересованными данного вопроса принято наиболее оптимальное решение - издание декрета как наиболее мобильного нормативного правового акта по условиям и способам его принятия и изменения.

В соответствии с Декретом Президента Республики Беларусь от 26 июня 2008 г. № 14 "О некоторых мерах по совершенствованию деятельности Конституционного Суда Республики Беларусь" Конституционному Суду наряду с полномочиями, осуществляемыми в соответствии с Кодексом Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей, в целях совершенствования его деятельности, повышения эффективности конституционного контроля предоставлены следующие права:

- осуществлять обязательный предварительный контроль конституционности всех законов, принятых Палатой представителей Национального Собрания Республики Беларусь и одобренных Советом

Республики Национального Собрания Республики Беларусь либо принятых Палатой представителей Национального Собрания Республики Беларусь в порядке, предусмотренном частью пятой статьи 100 Конституции Республики Беларусь, до подписания данных законов Президентом Республики Беларусь;

- по предложению Президента Республики Беларусь излагать позицию о конституционности международных договоров - до подписания Президентом Республики Беларусь нормативных правовых актов о выражении согласия Республики Беларусь на обязательность для нее этих международных договоров;
- по поручению Президента Республики Беларусь давать официальное толкование декретов и указов Президента Республики Беларусь, касающихся конституционных прав, свобод и обязанностей граждан;
- по предложению Президиума Совета Республики Национального Собрания Республики Беларусь принимать решение о наличии фактов систематического или грубого нарушения местным Советом депутатов требований законодательства. При рассмотрении такого предложения Конституционный Суд Республики Беларусь проверяет сведения о фактах систематического или грубого нарушения местным Советом депутатов требований законодательства, исследует доказательства, свидетельствующие о наличии либо об отсутствии этих фактов, и дает им оценку. Конституционный Суд Республики Беларусь вправе рассматривать только факты, указанные Президиумом Совета Республики Национального Собрания Республики Беларусь в его предложении;
- по предложениям Президента Республики Беларусь, Палаты представителей Национального Собрания Республики Беларусь, Совета Республики Национального Собрания Республики Беларусь, Совета Министров Республики Беларусь излагать свою позицию о документах, принимаемых (издаваемых) иностранными государствами, международными организациями и (или) их органами и затрагивающих интересы Республики Беларусь, в части соответствия этих документов общепризнанным принципам и нормам международного права;
- по поручению Президента Республики Беларусь судьи Конституционного Суда Республики Беларусь проводят проверку конституционности определенных Главой государства направлений нормотворческой деятельности и правоприменительной практики судов, правоохранительных и иных государственных органов.

Таким образом, указанным Декретом Конституционному Суду Республики Беларусь предоставлены дополнительные полномочия по шести направлениям деятельности, которые, на наш взгляд, позволят:

- осуществлять предварительный контроль конституционности норм

законопроектов на стадии их прохождения через Парламент либо на стадии до их подписания Главой государства (это не исключает право проверки конституционности законов в порядке последующего контроля после вступления их в законную силу);

- служить дополнительной гарантией выполнения требований статьи 8 Конституции о признании приоритета общепризнанных принципов международного права и обеспечении соответствия им законодательства;
- обеспечивать конституционность актов Президента в практике правоприменения; стать дополнительной конституционной гарантией деятельности местных Советов;
- изложить позицию Конституционного Суда в отношении документов, затрагивающих интересы Республики Беларусь, принимаемых (издаваемых) иностранными государствами, международными организациями, об их соответствии общепризнанным принципам и нормам международного права;
- информировать Главу государства о конституционности отдельных направлений нормотворческой деятельности и правоприменительной практики судов, правоохранительных и иных государственных органов по вопросам права.

Следует отметить также, что наделение Конституционного Суда Республики Беларусь новыми полномочиями соответствует общеевропейским подходам к осуществлению и совершенствованию конституционного контроля.

Реализация Конституционным Судом указанных полномочий позволит повысить эффективность его деятельности, усилить конституционный контроль в обществе и государстве.

Утверждение Конституционным Судом законности не только в нормотворчестве, но и в правоприменении несомненно будет способствовать обеспечению гарантированного Конституцией права граждан Республики Беларусь на судебную защиту - одного из важнейших конституционных прав человека.

SUMMARY

The Constitution of the Republic of Belarus with its amendments and additions accepted on the republic referendums of 24 November 1996 and 17 October 2004 has included all progressives which are put in analogical documents of a number of countries.

Pursuant to Article 109 of the Constitution the judicial power in the Republic of Belarus belongs to the courts, and the system of the courts is built on the principle of territorialism and specialization.

Status of the Constitutional Court, grounds of its organization and activity is directly regulated by the Constitution, Code of the Republic of Belarus judicial structure and status of judges and by special law.

The Constitution foresees the right and obligations of adoption of the independent special law, which defines the competence, order of organization and activity of the Constitutional Court.

In accordance with the Decree #14 of the President of the Republic of Belarus of 26 June 2008 "On several measures for the improvement of the activity of Constitutional Court of the Republic of Belarus" the Constitutional Court together with the authorities, realized in accordance with the Code of the Republic of Belarus on judicial structure and status of the judges for the improvement of its activity, increasing of the effectiveness of the constitutional control are empowered on six additional directions of the activity which will allow to:

- implement preliminary control over the constitutionality of the norms of the bills of the law either on the stage of passing through the Parliament or on the stage before signing by the head of the government (this does not exclude the right of checking of the constitutionality of the laws in the order of succeeding control after their getting in to the power),
 - serve as an additional guarantee for the fulfillment of the requirements of Article 8 of the Constitution on acceptance of priority of generally accepted principles of international law and ensuring their accordance with jurisdiction,
 - guarantee of the constitutionality of the acts of the President in the practice law implementation; become additional constitutional guarantee for the activity of the local Councils,
 - interpret the position of the Constitutional Court in relation to the documents concerning the interests of the Republic of Belarus, adopted (published) by foreign countries, international organizations on their accordance with the generally accepted principles and norms of international law;
 - inform the head of the state about the constitutionality of separate tendencies of normative activity and legal implementing practice of the courts, law enforcement and other state organs on the issues of law.



THE INDEPENDENCY OF THE JUDICIARY IN CYPRUS

MICHAEL CHRISTODOULOU

President of District Court of Nicosia, Cyprus

The island of Cyprus is situated at the northeastern corner of the Mediterranean Sea and has a history and civilization of more than nine thousand years. Nevertheless, it became an independent Republic only in 1960 ending a long sequence of foreign rulers that included Persians, Romans, and the Byzantine Empire, the French dynasty of the Lusignan, the Ottoman Turks and the British Empire.

The British rule lasted from 1878 until 1960 and during that period the English legal system was introduced and most of the principles of the Common Law and the doctrines of Equity were codified and adopted in the local law.

When Cyprus finally became an independent Republic, in accordance with the Constitution of 1960, Law No. 14/1960 was enacted, according to which, the Courts of Cyprus in exercising their civil and criminal jurisdiction, mainly apply:

- a) The Constitution of Cyprus which embodies and guarantees all the fundamental human rights and liberties, based on the model of the European Convention on Human Rights.
- b) The laws which have been retained by virtue of the Constitution.
- c) The principles of Common Law and Equity, and
- d) The Laws enacted by Parliament after 1960.

The Constitution established a unitary State with a presidential system. Its most salient feature is the almost absolute separation of powers or functions between the Executive, i.e. the President and the Vice-President of the Republic with a Council of Ministers, the Legislature, i.e. the House of Representatives, and the Judiciary.

It can be validly argued that the effectiveness of the application of the doctrine of separation of powers, ultimately depends on the establishment and sustenance of an independent judiciary. It entails:

- a) Assumption and exercise of jurisdiction by the judicial power in all matters pertaining in their nature to the sphere of the judicial power.**

The review of the constitutionality of laws and administrative actions are, by their nature, judicial matters. The Judiciary is the final arbiter of legality. The actions of the judiciary are not, like those of the other two powers, subject to any outside control.

The determination of civil rights and obligations as well as the determination of a criminal charge are within the competence of the judiciary which is the only authority that can attribute the commission of a crime to any person. In one occasion the Council of Ministers dismissed three police officers upon the findings of an Inquiry Commission that they violated the human rights of detainees in police custody, in spite of the fact that the police officers were acquitted of the relevant offence. The Supreme Court declared the dismissal unconstitutional and the police officers returned back to their duties.

The mode and length of punishment are also matters within the competence of judiciary. The maximum punishment provided by law reflects the ceiling for a sentence that may be imposed. Mandatory or minimum sentences are unconstitutional in view of Article 12.3 of the Constitution which prohibits the imposition of a punishment disproportionate to the gravity of the offence. A recent attempt to introduce in England the American - style of a fixed punishment to certain categories of criminal offences, is unlikely to be successful because of the strong opposition by the judiciary. The Magistrates Association reminded that: "People are individuals. We would regret any change which moved us towards a formulaic or mechanistic approach to sentencing".

The reaction of the Council of Circuit Judges was epigrammatic: "The American dream would result in a nightmare in England and Wales". In Cyprus any such proposal would have been doomed to failure from the outset.

In addition, the interpretation of laws is within the exclusive jurisdiction of the judiciary. The right of the legislature to enact retrospectively is doubtless, but an attempt to interpret its own law with the obvious purposes of validating *ex post facto* an administrative decision or by-passing a court's decision is held to be an unconstitutional interference with the judiciary's independence.

Independence does not mean lack of accountability. The actions of the judiciary are not, like those of the other two powers, subject to any outside control. The reasoning of judicial decisions required by the Constitution, as a necessary attribute of a valid judgment, is a form of accountability for the exercise of judicial power. The appellate process, absent in the case of the other two powers, is an additional lever of control of judicial action. Above all these, the legitimacy of the judiciary ultimately depends on the personal integrity and judicial temper of judges

who must not only work with dedication to do what is fair, just and reasonable in each individual case, but they must also retrain from any act or comments that may compromise their impartiality. It is upon the unquestionable impartiality of the judiciary that the rule of law rests and this is a doctrine of the utmost importance.

b) Autonomy of the judiciary in the rule making power regulating the exercise of its jurisdictions.

The administration of justice as well as the rules of Court regulating due process are also within the exclusive jurisdiction of the judiciary guaranteed by the Constitution. This power is of great importance as it guarantees the independence of judiciary from the other two powers as well as securing a fair trial.

c) Institutionally entrenched independence of the Judiciary from the other two powers of the state.

The institutional independence of the judicion requires security of tenure and non-removability of Judges except upon specified grounds involving conduct incompatible with the office of a Judge, duly established before an independent judicial body. These conditions are satisfied in Cyprus. Judges of the Supreme Court serve until they complete the age of 68 and Judges of lower Courts until they reach the age of 63. A Judge may be removed from office on grounds of misconduct, physical or mental incapacity or infirmity. The removal of a Judge can be sanctioned only by a Council, composed exclusively of Judges of the Supreme Court, in the context of judicial proceedings. The terms of service of Judges cannot be altered to their disadvantage after appointment.

The power to appoint, promote, transfer and discipline Judges of lower Courts, vests in the Supreme Council of Judicature, a body composed of the Judges of the Supreme Court. The power to appoint judges of the Supreme Court belongs to the President of the Republic. In the exercise of this power the President invariably seeks the opinion of the Supreme Court and as a rule acts upon its recommendations. Only on one occasion did the President depart from the recommendation of the Supreme Court and appointed as a Judge of the Supreme Court a Senior Attorney of the Republic. On every other occasion appointments were made from the ranks of the judiciary upon the recommendation of the Supreme Court. Moreover, judges themselves have a solemn duty not only to act independently but to sustain by their conduct, in and outside the Court, the appearance of independence and impartiality. As a rule Judges in Cyprus

make no statements to the press and distance themselves from extra judicial causes.

The exercise of disciplinary jurisdiction over members of lower courts has been regulated by Disciplinary Rules in the year of 2000 (28.7.2000 - Gazette no. 3423). In the determination of disciplinary liability of a judge all necessary safeguards are assured to the defendant in accordance with the rights of the accused in a criminal trial. A judge found guilty of misconduct is dismissed.

The Constitution of Cyprus is the result of the London Talks between Great Britain, Greece, Turkey and the leaders of the two communities in Cyprus, Greek and Turkish respectively. It creates a geographically unitary but a bicomunal state in regard to the three powers. This state of affairs led to the collapse of the government at the end of 1963 when Turkish Cypriots withdrew from the common institutions. Ten years later, in the summer of 1974. Turkey invaded the island and since then has occupied over the third of the whole country. The consequences were catastrophic. Almost one third of the Greek Cypriots have been forcibly expelled from their houses and the country has been divided not only geographically but also ethnically. Nevertheless, Cyprus - now a member of the European Union - prides itself on its tradition of constitutional government and notwithstanding the calamities that befell, rule of law never abated and none of the fundamental rights and liberties of the individual were limited, restricted or suspended.

РЕЗЮМЕ

Эффективность применения доктрин разделения власти зависит от утверждения и деятельности независимой правовой системы.

Интерпретация закона входит исключительно в компетенцию судьи. Право законодателя действовать ретроспективно не вызывает сомнений, но попытка интерпретировать свой закон с очевидной целью ратифицировать *ex post facto* административное решение или решение суда является неконституционным вмешательством в деятельность суда.

Установление правил суда, регулирующих процесс, также входит в исключительную компетенцию судов и гарантировано Конституцией.

Это очень важно, так как гарантирует независимость судов от двух других властей, а также обеспечивает справедливый судебный процесс.

Для установления независимости суда судье во время пребывания на посту необходимо обеспечить защиту. Отстранение судьи от должности возможно только в случае нарушения им установленных законом порядка деятельности и правил поведения судьи.



КОНСТИТУЦИЯ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА: НОВЫЕ ИСПЫТАНИЯ

ЧИНАРА МУСАБЕКОВА

судья Конституционного Суда Кыргызской Республики

Уважаемые дамы и господа!

Разрешите выразить признательность организаторам Конференции за любезное приглашение и возможность выступить. Мне очень приятно быть здесь и представлять свою страну. Позвольте от имени Конституционного Суда Кыргызской Республики поприветствовать всех участников этого мероприятия и пожелать всем удачи. К сожалению, наш Председатель не смогла прибыть и принять участие в работе Конференции. Она приносит свои извинения и шлет Вам наилучшие пожелания.

Конференция проходит на очень высоком уровне. Она очень наглядно показывает, что между конституционными судами наших стран, в том числе и стран Европы, налажены конструктивные взаимоотношения. Проведение таких конференций на постоянной основе - весьма действенный и эффективный инструмент в нашем деле - в деле осуществления конституционного правосудия. Думаю, что отстаивать конституционные ценности можно только вместе и сообща. Эти ценности, конечно, в разных конституционных судах конкретизируются по-разному, но по своей сути они одни и те же. Одному суду, изолированному от своих коллег в других странах, крайне трудно существовать и тем более развиваться в современном мире. На мой взгляд, Конференция еще раз подтверждает ту самую истину, что, несмотря на некоторые различия, мы движемся в общем направлении - в направлении укрепления конституционных принципов и ценностей.

А теперь позвольте мне перейти к своему докладу, где я постараюсь на примере Конституции Кыргызской Республики показать, что главная конституционная ценность - это ценность самой Конституции и ее стабильности.

За прошедшие годы Конституция Кыргызской Республики прошла тернистый путь, в особенности в 2007 году. Весь процесс конституционного строительства шел при острых дискуссиях о необходимости внесения поправок в Конституцию или ее существенного пересмотра.

Тем самым она подверглась редактированию за последние 15 лет несколько раз, включая действующую Конституцию, принятую референдумом от 21 октября 2007 года¹.

Как правило, изменения Конституции происходят в результате кризиса в стране. Серьезной причиной глубочайшего конституционного кризиса в Кыргызстане стал кризис политический. Необходимость принятия новой редакции Конституции была осознана всеми политическими силами и явилась результатом мартовских событий 2005 года. Постановлением Жогорку Кенеша (Парламента) от 25 апреля 2005 года N181-III "Об образовании Конституционного совещания и проведении конституционной реформы в Кыргызской Республике"² было образовано Конституционное совещание, в состав которого вошли представители всех ветвей власти и общественности (289 человек).

Поначалу работа Конституционного совещания проходила довольно быстро, и уже через семь месяцев проект об изменениях и дополнениях в Конституцию был не только подготовлен, но и опубликован для всенародного обсуждения³. Однако пробудившиеся общественные круги стали выдвигать свои альтернативные проекты и различные поправки к тексту. К тому же анализ всенародного обсуждения проекта Закона Кыргызской Республики "О внесении изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики", проведенного с 15 ноября по 15 декабря 2005 года, а также итоги работы Конституционного совещания показали различные подходы к вопросам конституционной реформы и совершенствования системы государственного устройства в Кыргызской Республике. При этом большинство участников всенародного обсуждения и членов Конституционного совещания пришли к общему пониманию вопроса о целесообразности выбора формы правления в Кыргызской Республике, поскольку от нее во многом зависит дальнейшее демократическое и правовое развитие страны, разработка самих конституционных изменений. Поэтому для обобщения материалов, поступивших в период работы Конституционного совещания и общенародного обсуждения проекта поправок в Конституцию Кыргызской Республики, Указом Президента Кыргызской Республики от 23 марта 2006 года образовывается рабочая группа по подготовке про-

¹ Закон Кыргызской Республики от 23 октября 2007 года N157 «О новой редакции Конституции Кыргызской Республики // "Эркинтоо" от 24 октября 2007 года N 83.

² Постановление Жогорку Кенеша Кыргызской Республики от 25 апреля 2005 года N 181-III «Об образовании Конституционного совещания и проведении конституционной реформы в Кыргызской Республике (в редакции постановления Жогорку Кенеша КР от 1 сентября 2005 года N 449-III) // "Слово Кыргызстана" от 28 апреля 2005 года N 43; Указ Президента Кыргызской Республики от 6 октября 2005 года УП N 445 «О мерах по доработке проекта Закона Кыргызской Республики "О внесении изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики" (В редакции Указа Президента КР от 12 октября 2005 года УП N 458).

³ Указ Президента Кыргызской Республики от 14 ноября 2005 года УП N544 «Об общенародном обсуждении проекта Закона Кыргызской Республики "О внесении изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики" // "Эркинтоо" от 15 ноября 2005 года N91; "Слово Кыргызстана" от 15 ноября 2005 года N113.

ектов Конституции при различных формах правления во главе с депутатом А. А. Бекназаровым. Три разработанных этой рабочей группой проекта, обосновавшие различные варианты форм правления, были опубликованы и представлены Президенту.

Итоги широкого обсуждения представленных вариантов Конституции также не сняли вопроса поиска оптимального варианта новой редакции Конституции, в результате чего Президент инициирует свой проект Закона о внесении изменений и дополнений в Конституцию КР и представляет его в Жогорку Кенеш КР 6 ноября 2006 года. Но и это не решает создавшейся проблемы.

Возникшие разногласия практически не затрагивали положений о правах и свободах человека и гражданина. Они приобрели острый характер по ключевым вопросам разделения полномочий двух ветвей власти - законодательной и исполнительной. Постепенно оппозиционное большинство, осознав свои политические интересы, твердо заняло позицию недопущения сильной президентской власти. С этой целью организовываются бессрочные митинги. При таких обстоятельствах принимается решение создать Согласительную комиссию, куда вошли представители Президента, депутатов и общественности. Президент внес на обсуждение свои предложения, при этом призвал участников к выработке компромиссного текста на базе всех проектов. Многие предложения Президента были подвергнуты критике участниками Согласительной комиссии. Работа над согласованием положений проекта постепенно зашла в тупик.

В результате, нарушив конституционные процедуры, Жогорку Кенеш принимает Закон КР "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики" от 9 ноября 2006 года, внося перед этим новую главу 16-1 "Принятие новой редакции Конституции КР" в Закон КР "О Регламенте Жогорку Кенеша КР" от 3 января 2005 года (в редакции от 8 ноября 2006 года). В такой очень сложной политической обстановке Президент подписывает этот Закон и он вступает в силу.

В декабре другая группа депутатов снова инициирует принятие другой новой редакции Конституции Кыргызской Республики, ссылаясь на противоречивость многих положений принятой в спешке ноябрьской Конституции, и во втором чтении Жогорку Кенеш 30 декабря 2006 года принимает еще одну новую редакцию Конституции Кыргызской Республики. Таким образом, Парламент в течение двух месяцев принимает две новые редакции Конституции.

Однако и на этом политические страсти вокруг Конституции не улеглись и продолжали будоражить народ митингами. Президент своим Указом от 3 апреля 2007 года "О дальнейшем совершенствовании системы государственного устройства и управления в Кыргызской Рес-

публике" поручает тогдашнему премьер-министру А. Атамбаеву образовать рабочую группу по выработке консолидированных предложений по совершенствованию системы государственного устройства и управления. Премьер-министр своим распоряжением от 5 апреля 2007 года сформировывает персональный состав рабочей группы из представителей всех заинтересованных сторон путем встреч и консультаций для разработки еще одного согласованного проекта Закона о внесении изменений и дополнений в Конституцию. Эта группа разрабатывает такой законопроект, который 10 апреля 2007 года был внесен Президентом КР на рассмотрение Парламента. Согласно пункту 3 статьи 98 Конституции КР (в редакции от 30 декабря 2006 г.) Жогорку Кенеш 11 апреля 2007 года направляет его в Конституционный Суд КР для дачи заключения⁴.

Дальнейшие произошедшие в Республике события относительно Конституции можно назвать переломными, но правильными с юридической точки зрения. 14 сентября 2007 года решением Конституционного Суда Кыргызской Республики⁵ по представлению двух депутатов глава 16-1 Закона КР "О Регламенте Жогорку Кенеша Кыргызской Республики" была признана неконституционной, что повлекло отмену действий двух законов о новой редакции Конституции Кыргызской Республики, принятых Парламентом в ноябре и декабре 2006 года.

Конституционный Суд в данном случае принял обоснованное и законное решение. При принятии новых редакций Конституции от 9 ноября и 30 декабря 2006 года не были соблюдены, прежде всего, конституционные процедуры порядка внесения изменений и дополнений в действующую Конституцию.

Прежде чем перейти к вопросу "Какие именно конституционные процедуры были нарушены?", необходимо дать некоторое толкование таким терминам, как "новая Конституция", "внесение изменений и дополнений в Конституцию", "новая редакция Конституции", которые вызвали дискуссию в обществе.

Одним из наиболее демократичных способов принятия Конституции считается принятие ее специально избранным для этой цели учредительным собранием (Конституции Италии 1974 г., Намибии 1990 г., Болгарии 1991 г. и др.)⁶. Как правило, принятие *новой Конституции* исторически обусловлено определенным этапом общественного развития, сопряжено с какими-то поворотами в политической жизни, отражающими изменение баланса сил, борющихся за власть. Конституции

⁴ Конституционное судопроизводство о даче заключения на проект Закона КР «О внесении изменений и дополнений в Конституцию КР», внесенный Президентом КР К.С. Бакиевым на рассмотрение Жогорку Кенеша КР, было прекращено 17 сентября 2007 году в связи с отменой действия новой редакции Конституции КР от 30 декабря 2006 года // Текущий архив Конституционного Суда КР за 2007 год.

⁵ «Слово Кыргызстана» от 19 сентября 2007 года.

⁶ Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. - М., 2005. - С.44-45.

всегда меняются, когда происходит коренное изменение формы правления, общественно-политического устройства государства, переход от одного политического режима к другому, то есть речь идет о принятии совершенно новой Конституции.

Принятие конституций на различных этапах исторического развития кыргызской государственности имело задачей отразить все эти качественно новые явления, обеспечить динамику государственного, экономического и социально-культурного строительства. Так, в соответствии с этим выделены следующие этапы принятия новых конституций в Кыргызстане⁷:

1. Первая Конституция - Конституция Кыргызской Автономной Советской Социалистической Республики 1929 г. Это Конституция кыргызской государственности в период перехода от патриархально-феодального строя к социализму, минуя капитализм. Иначе говоря, Конституция кыргызской государственности в форме автономии.
2. Вторая Конституция - Конституция Кыргызской Советской Социалистической Республики 1937 г. Это Конституция кыргызской государственности в период упрочения и завершения строительства социализма. Иначе говоря, Конституция кыргызской государственности в форме союзной республики в составе СССР.
3. Третья Конституция - Конституция Кыргызской Советской Социалистической Республики 1978 г. В соответствии с трактовкой советских ученых-правоведов Конституция СССР 1977 года и последующие конституции союзных республик законодательно закрепили построение в СССР развитого социализма. Иначе говоря, Конституция, закрепившая дальнейшее развитие кыргызской государственности.
4. Четвертая Конституция - Конституция Кыргызской Республики 1993 г. - Конституция независимого кыргызского народа, установившая курс на построение демократического, правового, светского государства.

Принятие новой Конституции КР 1993 года - Конституции независимого государства - обусловили следующие основные факторы⁸:

- 1) 31 августа 1991 г. Кыргызстан объявил свою независимость, 8 декабря того же года СССР прекратил свое существование - появилась необходимость в юридическом закреплении нового статуса и легимитизации государства;

⁷ См.: Сооданбеков С.С., Укушев М.К. Конституционное право Кыргызской Республики (Общая и особенная части). - Бишкек, 1999. - С. 58-84

⁸ Там же. - С. 85-86.

- 2) действовавшая Конституция Киргизской ССР 1978 года, насквозь идеологизированная, вступила в прямое противоречие с проводимыми экономическими и политическими реформами;
- 3) в Основном Законе необходимо было закрепить курс на построение правового государства, демократические нормы Всеобщей декларации прав и свобод человека 1948 года и общепризнанные принципы и нормы международного права по правам человека.

Теперь относительно *внесения изменений и дополнений* в действующую Конституцию. Как и принятие новой Конституции, оно сопряжено с какими-то переменами в общественно-политической жизни общества. В демократическом государстве, кроме нормального и неизбежного процесса совершенствования текста Основного Закона, в изменении Конституции обычно бывают заинтересованы силы, консолидирующиеся вокруг законодательной и исполнительной властей. Смысл изменения Конституции в этом случае состоит в стремлении ослабить полномочия противостоящей ветви государственной власти. Для того, чтобы эта борьба чем-то легитимно сдерживалась и не привела к общему ослаблению государственности, сама Конституция устанавливает "жесткие" правила игры. Тем самым она обязывает любого инициатора перемен к учету общественного мнения и к соблюдению демократической процедуры. Поэтому практически во всех конституциях для придания им стабильности и предупреждения произвольных изменений предусматривается порядок ее изменений.

Изменение Конституции всегда - явление экстраординарное, вызывающее всплеск политических страстей или даже сдвиг в общественном сознании. Бывает и так, что поправки к Конституции в корне меняют ее смысл, отражая стремление ведущих политических сил к крутым переменам в политической системе.

Ныне действующая Конституция КР на своем жизненном пути подверглась изменениям и дополнениям семь раз следующими актами:

- 1) Законом КР "О внесении изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики" от 16 февраля 1996 года N 1⁹;
- 2) Законом КР "О внесении изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики" от 21 октября 1998 года N 134¹⁰;
- 3) Законом КР "О внесении изменений в статью 5 Конституции Кыргызской Республики" от 24 декабря 2001 года N 112¹¹;
- 4) Законом КР "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики" от 18 февраля 2003 года N 40¹²;

⁹ "Свободные горы" от 17 февраля 1996 года N 27.

¹⁰ "Эркин-Тоо" от 23 октября 1998 года N 167-168.

¹¹ "Эркин-Тоо" от 26 декабря 2001 года N 91.

¹² "Эркин-Тоо" от 19 февраля 2003 года N 12.

- 5) Законом Кыргызской Республики "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики" от 9 ноября 2006 года N 180¹³;
- 6) Законом КР "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики" от 15 января 2007 года N 2¹⁴;
- 7) Законом КР "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики" от 23 октября 2007 года N 157¹⁵.

На протяжении всего этого процесса выдвигались различные предложения о коренном изменении Конституции, включая отмену президентства, введение парламентаризма и т.д. Конституция должна себя защищать от произвольных экстремистских намерений, но в то же время она не исключает возможности изменений, но с соблюдением всех норм конституционного института внесения изменений и дополнений.

До принятия Конституции КР (в редакции Закона от 18 февраля 2003 года) вопрос об изменении Конституции решался только одним путем - в форме внесения изменений и дополнений в Конституцию¹⁶. На наш взгляд, такой путь был предусмотрен неслучайно. Нам представляется, что порядок принятия новой Конституции специально не был включен в целях исключения возврата к старому правлению.

Термин "новая редакция" в законодательство КР впервые вводится Законом КР "О новой редакции Конституции КР", принятым на референдуме 2 февраля 2003 года. Хотя вопрос внесения изменений и дополнений в Конституцию именно в форме новой редакции в самой Конституции не был предусмотрен. В сфере доктринального толкования это в принципе то же самое, что и внесение изменений и дополнений, но устанавливаются более строгие условия ее принятия. Для принятия Конституции в новой редакции и внесения поправок созыва учредительного собрания не требуется, но в некоторых странах, к примеру в Болгарии, для изменения "укрепленных" статей Конституции (нормы о территории государства, государственном строе и др.) это необходимо (созывается специально избранное для этой цели Великое народное собрание). Поправки принимаются по решению Парламента или на основании итогов референдума, однако принятие таких решений связано со специальными требованиями. Прежде всего, само предложение о внесении поправок требует соблюдения определенных условий. Если проект обычного закона в ряде стран может внести один член парламента, то проект изменения Конституции вносится только главой государства, правительством, определенной группой депутатов (в Турции - 1/3 всего состава Парламента, в Болгарии

¹³ "Эркин-Тоо" от 6 декабря 2006 года N 90.

¹⁴ "Эркин-Тоо" от 16 января 2007 года N 3.

¹⁵ "Эркин-Тоо" от 24 октября 2007 года N 83.

¹⁶ Мнение автора по аналогичному вопросу см.: «Жаы ордо» 4-ноябрь, 2006-жыл, №37 (128).

- 1/4), субъектами федерации (в Бразилии - половиной штатов) и т.д. В Венесуэле проект может быть внесен 15% избирателей¹⁷.

В Кыргызстане согласно статье 96 Конституции КР (в редакции от 18 февраля 2003 года), действующей к моменту принятия новой редакции Конституции КР от 9 ноября 2006 года, изменения и дополнения в Конституции КР могли быть приняты двумя путями:

- 1) референдумом, назначаемым Президентом КР;
- 2) Жогорку Кенешем КР, учитывая заключения Конституционного Суда КР (не ранее чем через три месяца, но не позднее шести месяцев со дня поступления предложений в Жогорку Кенеш), по предложению:
 - Президента КР;
 - большинства от общего числа депутатов Жогорку Кенеша КР;
 - не менее 300 тысяч избирателей.

Согласно статье 58 Конституции КР (2003 г.) Парламент вправе внести изменения и дополнения в Конституцию, но только в установленном Конституцией порядке, то есть в порядке, указанном статьей 96 Конституции КР (2003 г.).

На тот период в силу определенных причин отсутствовал кворум в Конституционном Суде КР. Жогорку Кенешу следовало бы доизбрать недостающее количество судей Конституционного Суда КР, что входило в его компетенцию. Однако Жогорку Кенеш вносит дополнение к Закону КР "О Регламенте Жогорку Кенеш КР" - заведомо противоречащую действующей Конституции новую главу 16-1, где устанавливает процедуру принятия изменений и дополнений в Конституцию КР без заключения Конституционного Суда КР, что нарушает также и требование пунктов 1, 2 статьи 12 Конституции КР о высшей юридической силе, прямом действии Конституции и то, что на основе Конституции принимаются законы и другие нормативные акты, а не наоборот.

Кроме того, Жогорку Кенеш не учел еще одно обстоятельство - Конституция КР (в редакции Закона от 18 февраля 2003 года) была принята референдумом от 2 февраля 2003 года. А согласно пункту 7 статьи 1 Закона КР "О нормативных правовых актах КР" изменение либо отмена закона, принятого референдумом, возможно только путем референдума. Поэтому единственно возможным законным путем внесения изменений и дополнений в Конституции на тот период являлся референдум.

¹⁷ Чиркин В.Е. Указ соч. - С. 44-45.

Таким образом, в результате принятия решения Конституционного Суда Кыргызской Республики от 14 сентября 2007 года о признании главы 16-1 Закона КР "О Регламенте Жогорку Кенеша Кыргызской Республики" неконституционным и отмены действий двух редакций Конституции от 9 ноября и 30 декабря 2006 года Кыргызстан вернулся к Конституции в редакции 2003 года. Поэтому в целях завершения конституционной реформы, начатой в 2005 году, совершенствования конституционного устройства и управления Президент в соответствии с действующей Конституцией (2003 г.) назначает референдум на 21 октября 2007 года¹⁸, в итоге которого приняты законы "О новой редакции Конституции Кыргызской Республики" и "О новой редакции Кодекса Кыргызской Республики о выборах в Кыргызской Республике".

Итак, с 23 октября 2007 года, с момента опубликования, Кыргызстан снова живет по новой редакции Конституции.

Конституция как Основной Закон — акт долговременного действия. Одним из основных юридических свойств этого акта является его стабильность, то есть устойчивость его содержания. Стабильность Конституции обеспечивает устойчивость всей правовой системы, государственной и общественно-политической жизни страны. Однако стабильность Конституции не означает ее абсолютной неизменяемости. Изменившиеся общественные отношения, экономические, социальные и политические условия требуют периодического приведения конституционных норм в соответствие с этими изменившимися условиями. В противном случае Конституция перестает работать как "живой" закон, как аккумулятор социально-правового опыта динамично развивающегося общества¹⁹.

С другой стороны, в силу того, что Конституция закрепляет основы организации общества и государства, она не может перекраиваться в угоду сиюминутным интересам. Частичный или полный пересмотр действующей Конституции бывает оправдан только в том случае, если изменения общественных отношений, составляющих предмет ее регулирования, действительно носят существенный характер²⁰.

Юридическая гарантия стабильности Конституции — установление особого, усложненного порядка ее полного или частичного пересмотра, призванного обеспечить одновременно и стабильность, и динамичное развитие Основного Закона. В дальнейшем Кыргызстану следует стараться избегать практики частого изменения Конституции и чрез-

¹⁸ Указ Президента КР от 19 сентября 2007 года УП N 410 "О проведении референдума (всенародного голосования) в Кыргызской Республике" // «Эркин-Тоо» №68 от 20 сентября 2007 года.

¹⁹ См.: Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации / Отв. ред. В.В. Лазарев. 2-е изд., доп. и перераб. - М.: СПАРК, 2001. - С. 638.

²⁰ См.: Юдин Ю. Законодательная процедура внесения изменений в Конституцию РФ // В сб.: Проблемы парламентского права России. - М.: Центр конституционных исследований Московского общественного научного фонда, 1996. - С. 117.

мерного использования института референдума, дабы не потерять его демократические свойства.

Этот небольшой экскурс событий 2007 года относительно Конституции лишней раз доказывает, что в своей деятельности органы власти и общественные структуры должны исходить из интересов каждого, не забывая, конечно, соотносить их с совокупными интересами большинства. И все же современная теория прав человека исходит из того, что никакими благими намерениями нельзя оправдать лишение человека права на участие в решении вопросов, касающихся его повседневной жизни, а также права на нормальные условия существования. Человек как творец и общества, и государства должен представлять для них наивысшую ценность.

Права человека в новой редакции Конституции от 23 октября 2007 г. года остались в том же виде, что и в редакциях Конституций от 9 ноября и 30 декабря 2006 г. Важнейшая задача любой Конституции — нахождение баланса между властью и правами и свободами человека.

Выступая с критикой отдельных недостатков и дефектов действующей редакции Конституции Кыргызской Республики, нельзя применять одни лишь методы огульного отрицания действующей Конституции - в действительности у нее несомненных достоинств все-таки больше, чем недостатков, особенно в области прав и свобод человека.

Новая редакция Конституции 2007 г., вынесенная на референдум 21 октября, в разделе свобод и прав человека и гражданина, безусловно, делает шаг вперед по сравнению с редакцией 2003 г., соответствует лучшим международным образцам, где права человека занимают ведущее место. Многие эксперты-юристы согласны с данной оценкой, и действительно новая редакция Конституции является более прогрессивной в части защиты прав человека. Так, по мнению депутата Зайнидина Курманова²¹, предложенные и принятые в Конституции изменения, включая передачу права выдачи санкции на арест от прокуратуры к судебным органам, отмену смертной казни, запрет на выдачу лиц другому государству, если в нем существует угроза применения пыток и смертной казни, значительно повышают возможности защиты прав человека. По словам Гульнары Искаковой²², эксперта по конституционному праву, нормы, признанные позитивными в плане защиты прав человека, были введены еще в "ноябрьский" проект Основного Закона страны, что, по ее мнению, послужило одним из оснований для включения их в Конституцию, принятую на референдуме 21 октября 2007 г.

²¹ Курманов З. Права и свободы в Кыргызстане: анализ достижений // Специально для Открытого Кыргызстана. См.: <http://www.centrasia.ru/newsA.php?st=1192088160>.

²² См.: Торалиева Г. «Права человека в Кыргызстане в 2007 году» // Специально для правозащитного издания «Голос свободы» 09.12.2007. www.vof.kg

Глава 2 Конституции "Свободы и права человека и гражданина" включает 29 статей, подавляющая часть которых посвящена конкретным правам и свободам. Они представляют собой определенную систему, имеющую логические основания, отражающую специфику самих этих прав и свобод, тех сфер жизнедеятельности человека и гражданина, которых они касаются. Система основных прав и свобод характеризуется и порядком расположения, который устанавливается в Конституции. Это имеет далеко не техническое значение, а отражает соответствующую концепцию правового статуса личности, которой придерживается государство. В действующей редакции Конституции, также как и в предыдущих, основанной на новой концепции прав человека, перечень прав и свобод зафиксирован в такой последовательности: сначала указаны личные, затем политические, а потом социально-экономические права и свободы. Именно такова последовательность во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 году. В законодательстве КР такая последовательность впервые была воспроизведена в редакции Конституции КР 1993 года. Во всех предшествующих конституциях, вплоть до Основного Закона 1978 года в его первоначальной редакции, последовательность закрепления прав и свобод была иной. Сначала фиксировались социально-экономические, затем политические и личные права и свободы. Это свидетельство иной системы приоритетов, при которой личные права отодвигались как второстепенные.

Так или иначе, конституционно-правовое регулирование прав и свобод человека в Кыргызстане нуждается в серьезных законодательных, организационных гарантиях, а также в финансовом обеспечении. Задача в целом состоит в том, чтобы новая Конституция КР стала реально действующим Основным Законом. Конституция должна претворять в жизнь фундаментальные предписания демократического общества, а не стараться объединить постоянно меняющиеся законы, как это происходит сейчас. С помощью системы правовых, организационных, нравственных мер необходимо активно создавать в обществе глубокое уважение к правам личности. Высшая юридическая сила Конституции и ее непосредственное (прямое) действие обязывает на практике к тому, чтобы она была не декоративным украшением общества, а стала работающим законным актом, которым следует руководствоваться всем ветвям власти. Все должны подчиняться Конституции и законам. Законы должны сдерживать власть, а она должна вести себя в рамках предписанных и публично оглашенных правил.

В настоящее время Кыргызстан находится на стадии закрепления проведенной конституционной реформы. В этой связи есть надежда, что эти меры, наконец, приведут Кыргызскую Республику к соответствующему уровню развития.

SUMMARY

During the recent years the Constitution of Kirgiz Republic has passed a difficult way especially in 2007. The whole process of the constitutional construction has passed through the hot discussions on the necessity of making amendments in the Constitution or considerable reviewing of it. So it has been edited during the last 15 years for several times, including the acting Constitution adopted by the referendum of 21 October 2007.

The new edition of the Constitution of 2007 in the chapter on human rights and freedoms has made a new step forward in comparison with the edition of 2003 and now corresponds to the best international samples where the human rights have a leading role.



**THE CONSTITUTIONAL COURT
AND THE SUPREME ADMINISTRATIVE
COURT ROLES IN THE PROTECTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PARTIES
TO ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS
IN THE CZECH REPUBLIC**

STANISLAV BALIK

Justice of the Constitutional Court of the Czech Republic

Four years ago when I was appointed a judge of the Constitutional Court of the Czech Republic I almost may have had a feeling that I was entering a highly competitive environment. An article which was supposed to frighten me then in this respect was entitled "Competition between the Constitutional and Supreme Administrative Courts"; it had been written by a person who had been a member of the Chamber of Deputies of the Parliament of the Czech Republic at that time, and had made some predictions shortly after the Supreme Administrative Court had renewed its performance.

After a lapse of time in the current situation when the Supreme Administrative Court has been fully established I dare say that the fears of that member of Parliament were quite groundless and I did the right thing not to pay too much attention to them in 2004.

In this connection I will try to briefly go through the history of the relationship between the Constitutional Court and the Supreme Administrative Court, and to give you a few selected examples of what roles in protecting fundamental rights of parties of administrative proceedings in the Czech Republic they play.

In the Czech lands the co-existence of the Constitutional Court and of the Supreme Administrative Court is not a new thing. By enacting Law No. 3/1918 of the Collection of Laws and Regulations the first Czechoslovak Republic took over a slightly modified model of the Austrian Administrative Court of Justice established by Law No. 36/1876 of the Imperial Code. The doctrine of the First Republic was aware that the institute of the administrative court "was formed at that period of the political

transformation, when - in the footprints of this victory - an idea of the legal state was being established as a reaction against the so-called police state".

In Czechoslovakia the Constitution of 1920 established for the first time in Europe the institute of the Constitutional Court vested with the authority to assess the constitutionality of legal regulations.

It could seem that post-November Czechoslovakia and later on the Czech Republic could have followed up the tradition established in the Czech lands already in the twentieth of the 20th century. However, this was not the case. The First Republic Constitutional Court was not vested with the authority to make decisions in regard to individual constitutional complaints, so it could not have intervened in any way in the matters of the parties to the administrative judicial proceedings. It meant that both Courts basically stood next to one another. While rich judicature is left after the Supreme Administrative Court from 1918 to 1938 related to the administrative proceedings and legal matters, published in the Collection of Rulings of the Supreme Administrative Court in Administrative and Financial Matters, the Constitutional Court conducted up to fifty cases regarding the constitutionality of legal regulations in the duration of its First Republic existence.

Currently we are just recalling the seventieth anniversary of the Munich Agreement, which discontinued the democratic development in the Czech lands for a long period of time. After the communist putsch in 1948 the administrative judicial system was eliminated, the Constitutional Court was not established by the Constitution of 1948, and the attempt for its recovery in 1968 remained only on the paper.

It means that in the post-November Czech Republic constitutors and legislators started de facto from scratch in the sphere of the constitutional administrative justice system.

The Constitution of the Czech Republic No. 1/1993 Coll. regulates the position of the Constitutional Court and of the Supreme Administrative Court in the chapter four on the judicial power. While the Constitutional Court is a judicial body striving to defend constitutionality, the Supreme Administrative Court is included in the system of general courts mainly focusing on the protection of rights in a way stipulated by law.

If I go back and look at the lapsed fifteen years, I can metaphorically say with a certain overstatement that the Supreme Administrative Court was a Constitutional Court's younger brother established through defiance.

After 1 January 1993 the Constitutional Court of the Czech Republic could have followed up with the activities of the Constitutional Court of the

Czech and Slovak Federative Republic. The law on the Constitutional Court No. 182/1993 Coll. came into effect on 1 July 1993 and shortly after this, judges were appointed by the President of the Republic with the consent of the Senate of the Czech Republic Parliament.

The legal form of the administrative justice system remained on the verge of interest of the legislators for a long period of time. The Supreme Administrative Court was not established, and the administrative justice was included in the Code of Civil Procedure and there was only one instance to it, only with a cassation or confirming authority.

The above facts led to the situation when there was no instance in the framework of the administrative justice system that would unify the judiciary, and the unifying role was therefore often forced by the circumstances upon the Constitutional Court which, in order to defend the constitutionality, in many times had to have its say with regard to administrative decisions, particularly, for example, with regard to restuating matters concerning agricultural property or to a numerous group of tax-related matters.

The unbearable situation and the legislators' dilatoriness resulted in several complainants and the Fourth Panel of Judges of the Constitutional Court submitting a proposal to the Plenum of the Constitutional Court in the framework of the cases related to constitutional complaints, for the cancellation of a part of the Code of Civil Procedure regulating administrative justice. By its finding dated 27 June 2001, File Ref. Pl. ÚS 16/99, the Plenum of the Constitutional Court nullified Part Five of the Code of Civil Procedure in its entirety effective as of 31 December 2002. In the finding the Plenum of the Constitutional Court particularly expressed the following legal statements:

"The current legal form of the administrative justice system embodies material constitutional and statutory deficiencies. In particular some activities of the public administration and/or its possible inactivity are not under the control of the judicial power at all. Furthermore, not everybody whose rights may be affected by an administrative decision has the right to address the court. But even if such a person has such a right, he/she does not form a party in a full, fair process according to Article 6 (1) of the Treaty, even through it should be this way in a number of matters. In such cases the issued court decision is final and (with the exception of a constitutional complaint) non-reformable, which leads to inconsistent judicature and to an unequal position of the administrative authority; and this is the status contradictory to the requirements of the legal state. The finality of some decisions (discontinuation of the proceedings) can then lead also to the rejection of justice. Ultimately, the performance of an administrative justice system is organized in a way which ignores the fact that in Article

91 the Constitution defines the Supreme Administrative Court as part of the court system."

The legislators were then indirectly forced to adopt a form of the administrative justice system conforming to the Constitution by the end of 2002, which resulted in the creation of Code of Administrative Procedure No. 150/2002 Coll., coming into effect on 1 January 2003.

The legal framework of the administrative procedure and of the administrative justice system was then completed by Legal Order No. 500/2004, effective as of 1 January 2006, which superseded the Legal Order adopted in 1967 during the totalitarian regime.

Metaphorically said, the brother younger by almost ten years was born. Now the question was: Would he - as younger brothers or sisters often do - attract all the attention? Another question was whether this situation would bring about fratricidal fight - similar to the one that started ten years previously between the Supreme Court whose decisions had been inviolable by that time and the young Constitutional Court, which was given the power to nullify the Supreme Court's decisions on the grounds of their unconstitutionality.

The answer to the first above question was clear very soon after 1 January 2003. The principle of subsidiariness applies in the proceedings concerning constitutional complaints; it means that the complainant has an obligation to exploit all procedural means the law provided to him/her for the protection of his/her right. A cassation complaint became a new procedural means against the decision of the first-instance court in the administrative judicial system. First of all this - quite naturally - brought about the effect that the incidence of constitutional complaints regarding administrative and financial matters to the Constitutional Court stopped until the cassation complaints were settled. In the second run the number of constitutional complaints was reduced because the Supreme Administrative Court nullified the decision challenged with it by means of the cassation complaint and returned the matter to the adjudication court for further proceedings.

From the Collection of Constitutional Court Decisions the type of decisions by which judicature was unified gradually moved to the Collection of Supreme Administrative Court Decisions. The change of the judicature in administrative or financial matters became procedurally more complex. If some panels make different decisions at the Supreme Administrative Court, the authority is given to the so-called extended panel to issue a binding decision. The Plenum of the Constitutional Court made use of the possibility provided to it by the law on the Constitutional Court and assumed the authority to make decisions on constitutional complaints

directed against the decision of the extended panel of the Supreme Administrative Court.

The younger Constitutional Court's brother is not younger only by the date of its establishment. While the age of forty years is minimal for the judges of the Constitutional Court, for the judges of the Supreme Administrative Court the age limit is thirty years of age. The staffing of the Supreme Administrative Court was brand new; there was no heritage of some judges who would have operated here even before 1989, as it was in the case of the Supreme Court. Even the fact that those chosen for this post from the ranks of more senior (age wise) lawyers or judges could have been assessed also according to the references concerning their over ten-year performance in a democratic regime proved to be ideal.

However, yet another phenomenon occurred. Brno, as the old as well as new seat of the Supreme Court, also became the seat of the Constitutional Court and of the Supreme Administrative Court. It is no surprise that among the judges of the Supreme Administrative Court we can find such ones who were appointed to this post after having worked for many years as assistants of the Constitutional Court judges. Even in the community of current assistants working with both above Courts we find a lot in common with their members, starting with the fact that they are often graduates of the same Faculty of Law of Masaryk University in Brno, and attended also lectures of judges or assistants of both above Courts - this time in the role of University lecturers.

It is quite obvious that the circumstances outlined then lead to the situation when the Supreme Administrative Court judicates much more than the Supreme Court not only in the sphere of legality, but also in the sphere of constitutionality and with the knowledge of the binding judicature of the Constitutional Court and of the European Court of Human Rights.

Ultimately we can also observe a statistic fact that there is a relatively low number of cases in which the Constitutional Court nullifies the decision of the Supreme Administrative Court as compared to the decisions of the Supreme Court. And this is often in the cases in terms of which there is no unified legal opinion even at the Supreme Administrative Court. In the matters judicated in a standard manner the likelihood of the cassation intervention of the Constitutional Court is minimal.

In a way this means that the Constitutional Court left the authority of intervention in the matters arising from the administrative proceedings to the Supreme Administrative Court, and intervenes - while complying with the principle of minimising the intervention - only in essential matters, and its decisions are then retroactively respected by the Supreme Administrative Court.

So I can only commend the younger brother for the first years of its performance; and I will definitely not be the only one to do so in the Czech legal community.

What other contact points of both Court are there?

One of the contact points I will selectively discuss is a possibility for the panel of the Supreme Administrative Court to interrupt the proceedings and refer the matter to the Constitutional Court to check the norms with the proposal of nullifying a legal regulation or a part thereof. It is necessary to note that this institute has been used right from the beginning of the Supreme Administrative Court's performance and that the proposals referred in this way to the Constitutional Court - whether they ended with a rejecting or accepting finding - concerned essential issues regarding the protection of human and fundamental rights. I can randomly state some examples, such as different retirement ages of men-fathers as opposed to women-mothers, or the discrimination of fathers taking care of children younger than three years of age, or single fathers in the registration of background documentation for retirement purposes.

The last Constitutional Court's decision I will mention with regard to the collaboration of both Courts is - by coincidence - the decision regarding the matter of retirement of the former judge of the Constitutional Court.

The mentioned decision concerns the subsidiary principle I have noted.

According to Section 75 of Law on the Constitutional Court, the Constitutional Court shall not reject the acceptance of the constitutional complaint due to the non-exploitation of all procedural means inter alia also if the significance of the complaint substantially exceeds the complainant's own interests and if the procedural means is ineffective at the same time.

A complaint was filed in the above matter, together with the proposal of nullifying the first part of the law on social security due to its alleged unconstitutionality, directly against the decision of the Czech Social Security Administration without the complainant's filing an administrative action, suggesting an interruption of the proceedings and filing a motion for the control of norms by the Administrative Court, and possibly filing a cassation complaint.

In this matter, which must have been quite tricky with regard to the collegial relationships, the Constitutional Court did not find the administrative judicial proceedings ineffective at the time of the constitutional complaint

being filed, and rejected the complaint and the proposal connected with it.

After a certain period of time it is possible to say that this could have been also caused by the fact that the view of the former Constitutional Court's judge, active at the time when the Supreme Administrative Court did not exist, was different from the view of his junior colleagues who could have practically monitored the entrance of this Court and its input in the field of the judicial power and taken them into consideration when making the decision.

What can I say in conclusion?

Up to now we have witnessed a five-year co-existence of the Czech Constitutional Court and the Supreme Administrative Court. I had an opportunity recently to meet the colleague in whose matter the issue of the roles of both Courts in defending fundamental rights of the parties to the administrative proceedings in the Czech Republic was newly assessed in a crucial way.

The fact that we could have had a friendly discussion gave me a great relief also because we both could have objectively seen for almost five years that the system had been set in a good way, and that we could nothing but recommend the Czech model.

РЕЗЮМЕ

Существование Конституционного и Административного Судов для Чешской Республики не новость. Чешская Республика переняла модель Административного Суда Австрии, а в 1920 году в Чехословакии впервые в Европе был основан Конституционный Суд. Конечно, со дня основания внесено много изменений и время требует новых преобразований. Например, с 1 января 2003 года лицо, подающее жалобу, должно исчерпать все установленные законом средства судебной защиты.

Кассационная жалоба становится новым процессуальным средством против решений суда первой инстанции в административной юридической системе. Во-первых, это привело к тому, что процесс рассмотрения жалобы относительно административных и финансовых дел в Конституционном Суде приостанавливался до тех пор, пока по этому

делу не принималось решение в Кассационном Суде. Во-вторых, количество конституционных жалоб сократилось, так как Высший Административный Суд принимает решения о признании недействительными связанных с кассационными жалобами решений и возвращает их для последующего рассмотрения.

Из-за изменений в праве административные и финансовые дела процессуально стали более сложными. В случае, когда отдельные составы судей Высшего Административного Суда принимают разные решения, так называемый расширенный судейский состав вправе данной ему властью приостановить действие такого решения. Пленум Конституционного Суда использует возможность, данную ему Законом о Конституционном Суде, и принимает решения на основе конституционных жалоб против решений, принятых расширенным судейским составом Высшего Административного Суда.



СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ОБЩЕСТВО

ВАЛЕРИЙ ПОГОСЯН

член Конституционного Суда Республики Армения

Одним из действенных средств реализации утверждения и защиты прав и свобод человека является судебная защита. Совсем не случайно, что в международных правовых документах есть постоянное обращение к праву человека на судебную защиту. В частности, во Всеобщей декларации прав человека закреплено: "Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом" (ст. 10). Такая же мысль использована и в статье 6 "Право на справедливое разбирательство" Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В такой же формулировке дано определение и в Международном пакте о гражданских и политических правах (ст. 14). Логически совпадающее с имеющейся в упомянутых документах формулировкой положение закреплено и в Конституции РА: "Каждый для восстановления своих нарушенных прав, а также выяснения обоснованности предъявленного ему обвинения имеет право на публичное рассмотрение своего дела в разумные сроки независимым и беспристрастным судом в условиях равенства, с соблюдением всех требований справедливости" (ч. 1 ст. 19).

Ссылаясь на положение о праве на справедливое разбирательство, становится очевидным, что реализация этого права предполагает соблюдение ряда обстоятельств, каковыми являются "независимый суд", "беспристрастный суд", "в условиях равенства", "соблюдение требований справедливости", "разумный срок", "публичное рассмотрение". Причем из сказанного также становится ясно, что правосудие возможно только и только при совместном и одновременном наличии всех указанных обстоятельств. В этой статье обратимся к понятию "публичное рассмотрение".

Естественно возникает вопрос, что подразумевается под понятием "публичное рассмотрение"? Первый ответ, который рождается в связи с этим вопросом - открытые судебные заседания, означающие, что в этих заседаниях может участвовать (присутствовать) каждый. Кстати, по законодательству РА гласность рассмотрения дел в основном

сводится к открытым заседаниям (ст. 20 Судебного кодекса РА, ст. 8 Гражданского процессуального кодекса РА, ст. 16 Уголовно-процессуального кодекса РА, п. 5 ст. 5 и ст. 22 Закона РА "О Конституционном Суде").

Однако гласность невозможно обеспечить только посредством открытых заседаний, так как она по своему характеру и объему более общая и объемлющая и предполагает более непосредственное и глубокое взаимоотношение с обществом, максимально возможную прозрачность, что дает обществу возможность непосредственно вникнуть в лабиринт правовых вопросов и сформировать общественное мнение. Для подобного представления основанием служит Конвенция о защите прав человека и основных свобод (второе предложение первой части ст. 6) и Конституция РА: "Из соображений защиты общественной нравственности, общественного порядка, государственной безопасности, личной жизни участников судебного процесса или интересов правосудия участие представителей средств информации и общественности в ходе судебного разбирательства или одной его части может быть запрещено" (ч. 2 ст.19).

Приведенная ссылка фактически раскрывает содержание понятия "публичное рассмотрение", делая акцент не на открытость судебных заседаний (что само собой подразумевается), а на участие в этих заседаниях представителей средств информации и общественности. Конечно, можно предполагать, что если в судебных заседаниях может участвовать каждый, то это значит, что участие какого-либо представителя средств информации или общественности не запрещается и особо указывать на это нет необходимости. Однако, мы считаем, более того - уверены, что потребность в этом не только есть, но это и необходимость, и это обстоятельство обусловлено той ролью средств информации, которую они имеют в демократическом обществе. В странах, прошедших длительный этап развития демократии, в этом, может быть, и нет необходимости, так как в этих странах свобода средств информации в достаточной степени состоялась, осознана свобода слова и в общем сформировалось гражданское общество, тогда как в странах, находящихся в переходном периоде, где еще не утвердились целостные демократические порядки, где не на должном уровне осознана, оценена и утверждена свобода средств информации и не создано гражданское общество, указание на участие представителей средств информации и общественности вовсе не "расточительность". Кроме того, указание на важность и необходимость участия представителей средств информации и общественности одновременно становится способом реализации публичности судебного разбирательства.

Так или иначе, Конституция РА высказала свое отношение, и, следовательно, этому необходимо следовать. На уровне законов "публичное

рассмотрение" предполагает определенную степень обеспечения публичности, но достаточно ли этого для обеспечения истинной публичности, и вообще, зачем она необходима при осуществлении правосудия? Мы считаем, что ответ на вопрос вытекает из упомянутой в Конституции РА и международных документах важности участия представителей средств информации и общественности на заседаниях. То есть та важность, что свобода средств информации обеспечивает нормальное развитие демократического общества. Свобода средств информации дает возможность устанавливать в отношении имеющих место событий в обществе, в частности разных действий властей, реальный гражданский контроль: осведомленное общество в форме общественного мнения разрабатывает свое отношение и проявляет его. Причем общественное мнение превращается в средство конституционного ограничения властей, в том числе судебной власти. Сказанное относится также к участию представителей общественности в судебных заседаниях. Хотя здесь еще есть необходимость уточнить смысл и значение понятия "представители общества". На самом ли деле в этом случае имеется в виду любой человек, потому что он сам по себе как индивид одновременно является членом общества и как таковой, находясь в судебном заседании, превращается ли в представителя общества? Считаю, что подчеркнутое в указанных документах понятие "представители общества" использовано не в этом смысле, а имеется в виду настоящее гражданское общество, где сформировались и действуют общественные объединения разного толка (общественные, неправительственные организации, формальные и неформальные движения и т.д.), политические, экономические, экологические, специализированные, любительские и тому подобные организации и т. д. То есть "представители общества" это представители именно перечисленных объединений и организаций, которые, исходя из интересующих их проблем, могут стать "представителями общества" и участвовать в судебных заседаниях, одновременно имея возможность представить свои точки зрения обществу, обеспечивая тем самым настоящую публичность. В зависимости от того, какой вопрос обсуждается в суде, какой спор будет решаться, в судебном заседании могут участвовать представители разных слоев общества, разных общественных организаций. Скажем, если в заседании Конституционного Суда обсуждается относящийся к выборам вопрос, в этом заседании могут присутствовать как представители средств информации, которые могут свободно, без какого-либо ограничения посредством этих средств информации высказывать свою точку зрения, так и представители партий, интересующихся правовыми, политическими (избирательными) вопросами, представители общественных организаций (скажем, осуществляющих наблюдательную, правозащитную миссию), которые также могут высказать свою точку зре-

ния не только посредством обычных средств информации, но и научных, специализированных журналов и периодической печати. Что касается конкретно правосудия, то в условиях гражданского контроля независимый суд не может в ходе рассмотрения "предать забвению" обсужденные вопросы, игнорировать какие-либо выявленные детали, какие-либо "мелкие" доказательства и принимать своевольные, необоснованные решения.

Кроме указанного, важно также то обстоятельство, что общество, при участии представителей средств информации и общественности, по существу становится участником судопроизводства, и благодаря этому повышается правосознание людей, знание законов, что, в свою очередь, учит членов общества уважать закон. В результате, по отношению к суду и к судебной власти в целом формируется атмосфера доверия. Добавим также, что, в конце концов, без соответствующего уровня правосознания не может быть правового государства.

Относительно обсуждаемого вопроса можно сделать следующее заключение: закрепленное Конституцией РА положение об "участии представителей средств информации и общественности в ходе судебного разбирательства" однозначно обязывает соблюдать публичность рассмотрения в широком смысле слова. Следовательно, какое-либо действие, ограничивающее гарантированную Конституцией РА "свободу средств информации и иных информационных средств" (ст. 27) подвергает опасности не только демократическое развитие общества, в целом, но и, в частности, существование независимого суда и осуществление правосудия.

В общем, исходя из логики указанных документов, можно утверждать, что публичное рассмотрение в своем непосредственном содержании может осуществиться в том случае, когда есть свобода слова, свободная деятельность средств информации и когда, по существу, сформировалось гражданское общество.

SUMMARY

In this article the author touches upon the problem of interrelation of judicial power and the society. The author states that from the interpretation of the theses on fair trials it becomes clear that the realization of the law presupposes the provision of some circumstances such as, for example, the public trial. According to our Constitution, public trial is limited to

open court sitting, though it is more inclusive, and general in its nature and size. This thesis is confirmed in the Declaration of Human Rights and in the European Convention on Human Rights. From the interpretation of these theses it is deduced that public trial refers not only to the open court sitting, but to the participation of the Mass Media and Public representatives. The freedom of press gives an opportunity to establish a real civil control over public events.

The fact of the public representatives' participation is important in the sense that members of different public units gain the opportunity of expressing their point of view in public thus providing real publicity. Actually, the public becomes a participant of the court procedure and thus people's legal consciousness and the level of law awareness is increased.



THE POSITION OF THE CONSTITUTION IN THE DUTCH JUDICIARY

HERMAN VAN DER MEER

President of Tribunal of Haarlem, the Netherlands

Introduction

If I am well informed this is the first time that someone from the Netherlands has the privilege of addressing one of the Yerevan International Conferences. This is the result of a visit of one of the boardmembers of my Court, Mr. Takvor Avedissian, to the Constitutional Court of Yerevan earlier this year. He is of Armenian origin and proud to visit the land of his ancestors. In Holland he is the chairman of the criminal sector of the District Court of Haarlem, of which I am a president. It is the fourth largest court in the Netherlands: over 150 judges and almost 500 collaborators. We are both very honoured with our invitation to this conference. As I am not a constitutional specialist I will not fatigue you with a theoretical thesis on fundamental constitutional values. I will nevertheless try to inform you on the position of the Dutch constitution in the daily practice of the Dutch judiciary.

The Dutch constitution although almost 200 years old, is neither very important, nor even well-known in public life. [The Dutch government wants to end with this impopularity and unawareness by a series of advertisements in the Dutch media, although scientific research shows that such measures are highly ineffective]. The most recent item in the public debate on the constitution refers to the inclusion of animal rights in the constitution: the right to be treated in reflection of human dignity.

So you might say that the position of the Netherlands in constitutional matters is quite different from that of many other democratic countries. I may refer to the outcome of the Dutch referendum on what was called the European Constitution (the people voted against the coming of such a constitution, which is so remarkable, considering the role a constitution it is expected to have).

There are two reasons why their position in constitutional matters makes the Dutch special:

1. the absence of a constitutional court and

2. the content of Article 120 of the Dutch constitution which says: *'It is forbidden for judges to review laws and treaties on a contradiction with the constitution'*.

So on one side there is no Dutch constitutional court to address for questions on constitutional matters in the cases brought for Dutch judges and on the other side it is forbidden for the Dutch judges to put aside any article of any law on the basis that it contradicts to the content of the constitution.

The question might raise how such a stunning situation is possible in an old democracy with a constitutional tradition of almost 200 years. There are several explanations possible.

One of them is the relatively stable political climate in the Netherlands in the last century, when the need for correction of unconstitutional laws is rare. [This stable political climate was shocked recently, when we were confronted with political murder of a potential prime minister, as well as an enormous growth of new political parties representing dissatisfied citizens.] In the current system of checks and balances between the powers of State in the public opinion there was no sense of urgency about the impossibility to constitutional review of laws that had vast majorities in Parliament and society. No task was foreseen for judges. It was up to Parliament to consider whether a law contracted to constitutional rights. But it seems that the trust in politicians is diminishing, while the confidence in judges is stable.

The second explanation is that the review of laws given by the democratically elected Parliament was said to be widely preferable above the review by judges, appointed for life without democratic influence. This explanation was until recently supported by the major political parties. In recent years the relations between politicians and the judiciary have become less harmonious than before.

Politicians (including even the minister of Internal Affairs) publicly criticise sentences in criminal procedures and suggest that judges are too mild and ask for harder punishment. This leads to irritation in the judiciary, which is sometimes even shown in their sentences. On their side politicians openly speak of their irritation on judges interfering with their political objectives through sentences where the authorities are being corrected. The conclusion might be that the relations between politics and judiciary recently have become more complicated than they were decades before.

The third explanation is that the Dutch system does know an "a priori" review of laws on violation of constitutional rights. Parliament is advised a priori by the Council of State. Within Parliament especially the First Chamber (the "Chambre de reflection" as it is liked to be called) is supposed to consider the constitutional aspects of new laws. But the diminishing amount of lawyers in Dutch Parliament and the growing necessity

of political compromises are said to lead to lesser influence of juridical remarks of the Council of State, that are sometimes also seen as objections of a more political nature. It is likely that the influence of "a priori" review is diminishing. It is also obvious that in a complex society it is impossible to foresee if a law might theoretically violate anyone's constitutional rights. The complex more society gets the less the role of a priori review will be.

Last but not least it is of course the possibility of review on treaties as the European Convention of Human Rights and EU regulations that diminishes the sense of urgency on a review on the Dutch constitution. The constitution itself makes a direct effect on treaties possible, but only if the article is suitable for direct effect.

In this changing climate a few years ago the debate on constitutional review intensified as a left-winged politician proposed to change Article 120 of the constitution. Her proposition did not concern the founding of a Constitutional Court, but introduced the possibility for every judge in every legal proceedings to review laws on the classical constitutional rights. Referring to the thesis of Ms. Groppi on the Italian situation, the first three phases she mentioned were passed and the task to implement constitutional rights in cases brought before them would be directly given to every Dutch judge.

This proposition to change Article 120 of the constitution was supported by the 2/3 majority of the Second Chamber, necessary as the first step for changing the Constitution. The Dutch constitution can only be changed with a 2/3 majority in the Second and in the First Chamber of Parliament, but only after a new Second Chamber also supports this change of the constitution with a 2/3 majority. So a change of the constitution always needs to wait for new general elections for Parliament.

The result of this system is that changing the constitution is a long and difficult way and it needs a broad and lasting support in Parliament.

In this case the First Chamber (the "Chambre de reflection") had, in the first term, severe doubts about the proposition to change Article 120 of the constitution.

One of the important issues in the debate is the increasing risk that the judiciary gets a more political role. Nowadays judges are increasingly screened by groups of dissatisfied civilians for their social and political background. If judges get a more political role this will emerge the risk that some judges or even in the end the complete judiciary will be said to have political commitment or even prejudice. This might endanger the large confidence in the judiciary that is still present nowadays.

The current situation is that the First Chamber waits for the answers on their many questions. This situation has not changed for 1,5 year, so it is uncertain whether this proposal will pass the First Chamber. After that it

has to wait for new general elections for a new Second Chamber, that has to support the proposal with a 2/3 majority. These elections are not foreseen for the next three years.

РЕЗЮМЕ

Несмотря на то, что Конституция Голландии почти 200 лет, она не столь важна и значима для общества. Позиция Нидерландов в конституционных делах отличается от других демократических стран. Два следующих обстоятельства делают Конституцию Голландии особенной. Во-первых, отсутствие Конституционного Суда, а во-вторых, закрепленное в статье 120 Конституции Голландии положение о том, что "судьям запрещается пересматривать законы и соглашения, даже в случае их противоречия Конституции."

Возникает вопрос, возможна ли такая странная ситуация в стране с довольно давними конституционными традициями и демократией? Есть несколько объяснений этому. Одно из них - это довольно стабильная обстановка в Нидерландах за последний век, когда почти не было необходимости в изменении неконституционных законов. Считать закон соответствующим или несоответствующим Конституции является правом Парламента, однако доверие к политикам постепенно исчезает, но остается доверие к судьям.

Второе объяснение заключается в том, что пересмотр законов Парламентом, избранным на демократической основе, более предпочтительнее, чем точка зрения судей, которые избраны пожизненно, но не демократическим путем. Это объяснение до последнего времени поддерживалось основными политическими партиями. Политики, включая министра внутренних дел, публично критиковали принятые по уголовным делам постановления, обвиняя судей в излишней мягкости и требуя более суровых наказаний. Именно поэтому отношения между политиками и юристами в последнее время заметно ухудшились по сравнению с тем, какими они были десять лет назад.

Третье объяснение состоит в том, что в голландской системе пересмотр "a priori" законов относительно нарушения конституционного права Государственный Совет советуется Парламенту.

Конституционность новых законов в Парламенте устанавливает Первая Палата.



FUNDAMENTAL VALUES AND HUMAN RIGHTS IN THE CROATIAN CONSTITUTION

MARIO JELUŠIĆ

Justice of the Constitutional Court of the Republic of Croatia

Let me on behalf of the Constitutional Court of Croatia extend my sincere regards to the justices of the Constitutional Court of Armenia, academics, specialists and justices participating at this conference, guests and delegates. It is a pleasure for me to participate at such a conference which provides an opportunity to exchange experiences and views with other participants. I prepared a speech to give some reflections on the principal values of the Croatian Constitution concerning the guarantee and protection of basic human rights and freedoms and their implementation in its norms.

The Constitution of the Republic of Croatia expresses the importance of the guarantee of fundamental rights and freedoms. Following some modern European constitutions concerning the regulation of individual rights and freedoms (personal rights, political rights, economic, social and cultural freedoms), Article 3 of the Constitution prescribes what such basic values are.

Article 3

"Freedom, equal rights, national equality and equality of genders, love of peace, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, conservation of nature and the environment, the rule of law, and a democratic multiparty system are the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia and the ground for interpretation of the Constitution."

The meaning of these values is the following:

- freedom, as the basic right of each individual in a democratic political system,
- equal rights, as the equality of all people before the law regarding the protection of their rights and freedoms,
- national equality, as the basis of a democratic national state that does not discriminate but that protects national minorities,

- equality of genders, as an ideal of the democratic order, that has still not been completely realised,
- love of peace, as the traditional orientation of the Croatian state, that in effect does not exclude the right of defence against aggression or taking part in international peace making and peace keeping actions,
- social justice, as the basic concept of a social state that protects the living conditions of all citizens, no matter what their social position,
- respect for human rights, as the basis for the operation of state and other bodies, but also as the basis for relations among individuals in the state,
- inviolability of ownership, as the basic foundation for entrepreneurial liberties and a free market economy,
- conservation of nature and the environment, as one of the key issues of sustainable development in the contemporary world,
- the rule of law, as the ideal of the concept of constitutionalism and the basic principle underlying relations between government and governed,
- a democratic multiparty system, as a guarantee of freedom and realisation of basic constitutional principles.

The majority of these concepts is precisely regulated by the Constitution that guarantees particular human rights and freedoms. However, the provisions in Article 3 serve as the basis for the interpretation of other constitutional norms, and at the same time as a directive to the legislator when regulating certain rights and freedoms. The Constitutional Court, after some doubts, has taken the position that the basic constitutional principles mentioned do not make the basis for protection by the constitutional complaint, but ought to be considered when they are connected to other guarantees of rights and freedoms. These basic constitutional values must also come into consideration as orientation for judges when deciding in actual cases because courts, under Article 117 of the Croatian Constitution, administer justice according to the Constitution and law.

These basic principles best suggest how the protection of human rights cannot be excluded from the other basic principles of constitutional law and depend on an adjusted application of the whole system. That is to say, the protection of human rights is inseparable from the development of democratic political institutions, an independent judiciary, and generally from the rule of law, which summarize constitutional norms as the highest values of the constitutional order.

Prohibition of discrimination in exercising rights and freedoms

The basic legal principle of the equality of all people, Croatian citizens as well as foreigners, in exercising their rights is well regulated in the Constitution. Article 14 of the Croatian Constitution prohibits any discrimination among people no matter on what basis, and is statutorily formulated as follows: *Everyone in the Republic of Croatia shall enjoy rights and freedoms, regardless of race, colour, gender, language, religion, political or other belief, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics.* The guarantee of equality before the law is not restricted to Croatian citizens only but protects all people on the territory of the Republic of Croatia. This is additionally emphasized in the second paragraph of the same article: *All shall be equal before the law.* All citizens of the Republic of Croatia and aliens shall be equal before the courts, government bodies and other bodies vested with public authority, which is regulated by Article 26.

It must be kept in mind that this does not mean that all people have the same rights in everything. It is obvious that the rights of children and minors differ from the rights of adults, and political rights of aliens differ from the rights of citizens. Women are not obliged to do military service in peace time, and they retire earlier than men, etc. But, they are all equal before the law and none of them may be put in a weaker position regarding the exercise of their constitutional rights, on whatever basis mentioned in this article of the Constitution. This article means that there can be no discrimination among people on the basis of the characteristics mentioned in Article 14, or any other characteristics.

National rights and the protection of national minorities

The democratic constitutional order is based on the rule of the majority, within the framework of constitutionally established limits to that rule in order to protect various minorities. Protection of minorities in nationally mixed political communities is essential for their democratic position and survival. This protection requires correction of the system based on fostering the individual rights of citizens as individuals, which is supplemented with certain collective rights that belong to members of certain communities as a whole.

Equality of genders

The question of substantial discrimination against women in their use of various rights, such as equality to men in rights of labour, education, equal treatment and social security, is still a problem in the contemporary world. The General Assembly of the UN adopted in 1979 the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, which entered into legal force in 1981.

The problem exists in Croatia as well. While working on the Constitution of the Republic of Croatia, it was considered that the principle of gender equality was included in the constitutional principles of equality before the law and the prohibition of the discrimination. This is why this issue was not emphasized in the Constitution of 1990. Later developments and the work of human rights activists, especially those for women's rights, proved that this was not sufficient and that there had to be additional constitutional and legal guarantees that would enable action both by the state authorities and civil society to achieve a long term programme for the elimination of discrimination against women. The principle of gender equality was included in the list of the basic values of the constitutional order of the Republic of Croatia by the constitutional amendments of 2000. The law on the equality of genders adopted in 2003, together with other laws, make it possible to implement the basic constitutional principle by laying down several norms for the elimination of the existing discrimination against women in the Croatian society. Equality of genders is prescribed by Article 5, "*Equality of genders means that women and men are equally present in all areas of public and private life, having the same status, equal possibilities as well as equal benefit of results achieved.*"

Anyone can appeal to the *ombudsman for equality of genders* if this law is violated, regardless of whether he or she is personally affected, except if the injured party is strictly against it. The ombudsman for equality of genders is allowed to *warn*, to *propose*, and to *give recommendations*.

Limits to the exercise of rights and freedoms

There are limits to the exercise of guaranteed rights by individuals or groups. The equal rights and freedoms of other people, as well as common interests of the people in the political community, require limits to the exercise of rights and freedoms. These limits must be established because certain rights are in conflict with one another and individual rights may not be misused to cause damage to others. The decision concerning such limits cannot be left to the free decision of bodies vested with public powers, but must be regulated by law. The exercise of rights and freedoms can also not be left to the will of any individuals. Constitutional rights regulated by laws, sometimes even against the selfish interest or will of individuals, have to assure the equal protection of other people's interests, as well as the interests of the political community and state. In fact, every legal regulation means restricting the abstract absolute freedom of the individual. A political community is always created to assure *security* and *freedom*. Sometimes one can limit the other, and this is why the exercise of constitutional rights should be regulated by the law.

Declarations of freedoms and rights emphasize that human rights are lim-

ited by the same rights of other citizens and the common interests of the political community. Therefore individual rights are not absolute but subject to the limits that arise from the fact of common living in a certain area: taking into consideration the same rights of other individuals and the common interests of the community in which we live. The essence of this problem was expressed by the Justice of the American Supreme Court O. W. Holmes as follows: It is true that the 1st Amendment protects the freedom of speech, but without doubt this does not mean that it protects somebody who in a crowded and dark cinema, in the middle of the performance, without reason shouts "fire!"

In the American tradition setting the limits has been conferred on the independent judiciary, which by its decisions with the strength of precedent reacts to individual cases creating, in a long-term process, limits to the exercise of rights and freedoms, or perhaps changing them and establishing new limits or widening the areas of individual freedom.

In the continental European legal tradition the importance of laws as general rules is always accentuated, which make the criteria for limiting rights and freedoms. But this does not mean that the judiciary has no role or that it is not important. In first place, the enormous jurisprudence of the European Court of Human Rights is relevant. And in a single country, there is the great importance of the constitutional court that establishes the meaning of constitutional rules, both when it expresses judicial review of laws and other regulations, and when it secures the protection of individual rights deciding on a constitutional complaint.

Both systems bring certain dangers. The legislator may neglect the spirit of the constitution and the totality of relations that it regulates, changing the meaning of constitutional guarantees.

The basic criteria for limits in the area of human rights and freedoms are given in the Croatian Constitution (Article 16), they can only be made by laws and are the following:

- protection of other people's rights and freedoms,
- protection of the legal order,
- protection of public morality,
- safeguarding health.

Article 50 of the Croatian Constitution gives additional criteria for limiting the freedom of enterprise and property rights:

- protection of the interests and security of the Republic of Croatia,
- protection of nature and the human environment, and

- safeguarding the health of people.

We consider that the criteria in Article 16 of the Constitution: other people's rights and freedoms, the legal order and safeguarding health are not questionable, provided that they are correctly interpreted. The legal standard of "public morality" is difficult to define precisely and the legislator must certainly recommend low key interpretation, as understood by the majority of the population.

The criteria in Article 50 allow enough space for the legislator to restrict or prohibit an entrepreneur's or other economic activities that would endanger the protected values. As an example: the freedom of enterprise does not protect the import of tanks and explosives, because this would endanger state security and many other rights. Natural resources are under the special protection of the state and the measures of environmental protection are laid down in laws. It is not permitted to produce and sell medication and narcotics, and such market activities must be strictly limited and controlled to protect the health of people.

These are just a few examples of how to coordinate the fundamental constitutional values and public practice.

РЕЗЮМЕ

Конституция Республики Хорватия отмечает важность гарантирования основных прав и свобод. Следуя некоторым современным европейским конституциям в области регулирования прав и свобод человека, статья 3 Конституции устанавливает такие основные ценности, как "свобода, равноправие, национальное равенство и равенство полов, стремление к миру, социальное равенство, уважение прав человека, неприкосновенность собственности, охрана природы и окружающей среды, верховенство права и демократическая многопартийная система". Они являются высшими ценностями для установления конституционного порядка в Республике Хорватия и основой для толкования Конституции. Нормы статьи 3 могут служить основанием для толкования также других конституционных норм.

Конституционный Суд после некоторых колебаний принял за основу то, что основные конституционные принципы не могут быть основанием конституционной жалобы, но они должны учитываться, когда связаны с другими гарантиями прав и свобод. Эти основные консти-

туционные ценности должны быть ориентиром для судей, осуществляющих правосудие по Конституции и законам в конкретных случаях. Эти основные принципы предполагают, что защита прав человека не может быть исключена из других основных принципов конституционного права и зависит от применения всей совершенствованной системы. То есть защита прав человека неотделима от развития демократических политических институтов, независимой правовой системы и верховенства права, вообще.



CONSTITUTIONAL VALUES IN PRACTICE WITH A SPECIAL REFERENCE TO THE SLOVENIAN SYSTEM OUTLINE

ARNE MAVČIČ

*Head of the Analysis and International Cooperation Department
of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia*

Abstract:

In a contemporary State governed by the rule of law, the constitutional review was introduced following the realization that regulations of State bodies can also violate the constitution, and is the highest form of the legal protection of constitutionality as well as of the protection of human rights. Constitutional review is a remedy against anomalies concerning the concentration of powers within other state bodies. In particular, an excess of State legislative activities oppresses individuals within the political system. Constitutional review is a remedy for balancing processes which could lead to State intervention into certain fields of human activity.

Several observers generally praised the progress achieved by Slovene authorities in the field of reforms since its independence in June 1991, notably the adoption of a democratic Constitution in December 1991¹ and its recent amendments to enhance protection of human rights and fundamental freedoms. However, discussing the protection of human rights in Slovenia in details, it is possible to state that various problems are also appearing. It is about time that we learned that a democratic society means much more than just pluralism - the coexistence of people who come from different cultures or subcultures, or have different lifestyles, who tolerate each other to greater or lesser degree.

Therefore, it is necessary to emphasise that it is not enough for the state only to formally guarantee the special rights of certain group of people, but also that it is their duty to enable them to be exercised effectively in everyday life as well.

1. The Character of Social Relations and the Constitutional Review

For the implementation of constitutionality, proper social circumstances and political and legal guarantees (remedies) must be provided².

¹ Official Gazette 1991, nr. 33, 1997, nr. 42, 2000, nr. 66, 2003, nr. 24, 2004, nr. 69, 2006, nr. 68.

² See Rupnik, J., Ustavnost, demokracija in politični sistem, Založba Obzorja Maribor 1975, p. 15-150.

The particular social conditions those are important for the implementation of constitutionality, and which are essential for democratic political systems are as follows:

- Social stability. This involves material stability for the protection of a particular constitutional system against eventual sudden changes which could be caused by social powers that do not favor the present political system.
- Social homogeneity or heterogeneity. This involves the social group composition of society. If the society is more homogeneous concerning social position and social consciousness, there are advantages for implementing constitutionality and legality. Therefore their social structure influences the implementation of constitutionality.
- Social consciousness and public opinion. Consideration of constitutionality and legality is dependent on social consciousness and public opinion and involves the understanding that the constitution and statutes must be considered. Such a democratic consciousness is dependent on the duration of the tradition and existence of democratic institutions.

The protection of the basic political relations determined by the constitution is guaranteed by the different guarantees or remedies (political and legal) for the protection of constitutionality and legality of a democratic political system. Constitutionality and legality can be exercised only within appropriate social circumstances. There are socio-political and legal remedies that guarantee the implementation of constitutionality and legality.

In a contemporary State governed by the rule of law, the first legal remedies are the judiciary and - on the highest level - the constitutional justice.

2. Some Specialities of the Slovenian Constitutional Review

The Slovenian Constitutional Court acquired the status of an independent institution carrying out the constitutional review in relation to the Legislature characterized by the explicit power to abrogate statutes adopted by the Legislature. The former function of the Constitutional Court before 1991 due to the Principle of the Unity of Powers and the Supremacy of the Parliament, focused on the assessment of the unconstitutionality of a statute, changed after 1991 into an active relationship not only involving the cassation of statute, but also guidance of the Legislature in its legislative activity. However, a concession by the Constitutional Court to the Legislature is still possible in that the Court may not abrogate a disputable statutory provision, but rather enables the Legislature to reconcile the disputable statutory regulation with the *Constitution* within a period of time, pursuant to the guidelines of the Constitutional Court in a specific decision (see Article 48 of the *Constitutional Court Act*⁴).

⁴ Official Gazette RS, No. 64/07

In the period after 1991 the Constitutional Court has played a more important role based on its new extended powers. In the sense of contemporary trends, the Slovenian Constitutional Court has assumed the role of a negative Legislature⁵. In this period of transition the Legislature is not always able to follow developments or to impose standards for all shades of the legal system and its institutions. This results in the so-called interpretative decisions⁶ taken by the Court or the appellate decisions or certain declaratory decisions that include certain instructions by the Constitutional Court to the Legislature on how to settle a certain question, or a specific issue (Article 48 of the *Constitutional Court Act*). However, in compliance with the Principle of Judicial Self-Restraint, a clear limit has been imposed on the Slovenian Constitutional Court due to the fact that the Court has actively been creating the legal rule both negatively (e.g. by abrogation) and positively (e.g. by appellate, interpretative and the declarative decisions), a function theoretically reserved for the Legislature. On the other hand there arises the question whether the Constitutional Court, in deciding on the existence or non-existence of a specific provision, actually creates the law, because it carries out a review of legislative activity. In any case, the Legislature cannot avoid the existence of constitutional case-law in its activity.

3. Human Rights Protection as a Fundamental Constitutional Value

3.1 Basic

The Constitution guarantees each individual equal human rights and fundamental freedoms (Article 14(1), Constitution). It ensures the rights and freedoms that form the basis of a society and a state and that constitute the baseline or starting point for all other legislation.

The Constitution distinguishes two groups of fundamental rights and freedoms: the first group applies to everyone, to each human being (human rights), the second group to citizens only (citizens' rights). Furthermore, under the Constitution human rights and fundamental freedoms are only limited by the rights of others and in those cases for which provision is made in the Constitution (Article 15(3), Constitution).

⁵ The basic difference between the so-called intervention of the Constitutional Court into the field which belongs to the Legislature, and other forms of intervention by which the Constitutional Court would exceed its authorization to be sometimes transformed into a reserve Legislature, would be in fact that the Constitutional Court abrogating a statute only "takes away", but the Legislature may also amplify. On the other hand, the abrogation of statute by a Constitutional Court decision does not create law to a low degree in comparison with writing new statutory provisions. It may depend on the context where the abrogated legal provision is situated, on the type of provision, but sometimes only on pure coincidence concerning which legislative technique was used by the Legislature, if the Constitutional Court really executes its supposed undisputable function of negative Legislature, or participates in the creation of a new provision. How much space will belong to the Legislature concerning the extraction of determined unconstitutionality and how much space has to be occupied by the Constitutional Court, may in cases of the highest degree partially depend also on the intensity of the activities of the Legislature (Testen, F., *Techniques of the Decision-Making Process of the Constitutional Court in the Abstract Constitutional Review*, Legal Journal (Pravna praksa), No. 1/99, p. 5).

⁶ It is exactly by "interpretation" as a decision-making technique that the Constitutional Court can enter the space which is otherwise reserved for the Legislature. This interpretation entails a technique which is used in Constitutional Court sentences describing the particular contents of a legal norm in an affirmative manner (Testen, F., *The Techniques of Constitutional Court Decision-Making Process in the Abstract Constitutional Review*, Legal Journal (Pravna praksa), No. 1/99, p. 5).

Like most current constitutions, the Constitution stipulates that the manner in which human rights and fundamental freedoms are exercised may be regulated by law whenever the Constitution so provides or where this is necessary due to the particular nature of an individual right or freedom (Article 15(2), Constitution). The general, basic provisions relating to all human rights and fundamental freedoms are:

- equality before the law (Article 14, Constitution);
- the exercise and limitation of rights (Article 15, Constitution);
- the temporary suspension or restriction of rights (Article 16, Constitution);
- equality in the protection of rights (Article 22, Constitution), and
- the due process of the law (Article 23, Constitution).

The most important constitutional provisions are as follows:

- the provisions on the protection of human rights against possible repressive state interventions as well as against the abuse of power (Article 16, Article 17, Articles 18-31 and Articles 34-38, Constitution);
- the provisions on the protection of economic, social and cultural rights (generally, Part II, Constitution);
- the provisions on ensuring legal and other measures for the effective protection of human rights and freedoms (Article 15, Articles 129-134 and Articles 155-159, Constitution);
- the provisions providing for the constitutional complaint (Article 160, Constitution).

Article 15(1) of the Constitution stipulates that human rights and fundamental freedoms are to be exercised directly on the basis of the Constitution, while paragraph 2 of the same article provides that the exercise of these rights and freedoms may be regulated by law. In conjunction with Article 125 this means that these rights and freedoms are protected in all judicial proceedings before every court. After all other remedies have been exhausted, individuals also have the possibility of filing a constitutional complaint before the Constitutional Court, i.e. the instrument specially intended for the protection of human rights and fundamental freedoms.

Article 125 of the Constitution provides that judges must be independent in the performance of the judicial function and that they are bound by the Constitution and laws. If a court, when adjudicating a case, deems a law it is required to apply to be unconstitutional, it must stay the proceedings and commence review proceedings before the Constitutional Court. The proceedings before the court continue once the Constitutional Court has reached a decision. If a court takes the view that an executive regulation does not comply with the Constitution or the law, it will not or must not apply it - the so-called *exceptio illegalis* (exception of illegality).

3.2 Protection before the Constitutional Court - The Individual as an Applicant before the Constitutional Court

The right to the judicial review of the acts and decisions of all administrative bodies and statutory authorities which affect the rights and legal entitlements of individuals or organizations is guaranteed (Article 120(3), Constitution; Article 157(1), Constitution).

Proceedings before the Constitutional Court have the nature of proposed proceedings (*juridiccion voluntaria*). In principle, the Constitutional Court cannot itself initiate proceedings; as a rule, the proceedings before the Constitutional Court are based on (restricted to) the corresponding application lodged by a special, duly qualified (privileged) constitutional institution (the so-called legitimate petitioners)⁷. On the other hand, the constitutional review system also allows for a private individual's access to the Constitutional Court (concerning abstract as well as concrete review, based on a constitutional complaint, or on a popular complaint (*actio popularis*) or on other forms of constitutional rights' protection. This involves the so-called subjective constitutional review, the violation of individual rights and the protection of individual rights against the State (in particular against the legislature)⁸. In the countries with a diffuse constitutional review and in some countries with a concentrated constitutional review, the individual citizen is offered the possibility of requesting the constitutional review of statutes, administrative measures or judgments in special proceedings. Only after the complaint has been lodged with the Constitutional Court do proceedings begin. Even then, as a rule, the complainant may withdraw their complaint in order to thereby terminate the respective proceedings.

The individual's standing as complainant before the Constitutional Court has been influenced by extensive interpretation of provisions relating to the constitutional complaint, as well as by ever more extensive interpretation of provisions relating to concrete review. In some systems the individual's access to constitutional courts has become so widespread that it already threatens the functional capacity of the Constitutional Court. Therefore, the legislature is trying to find some way for constitutional courts to eliminate less important or hopeless proceedings (e.g. the restriction of abstract reviews by standing requirements). All these proceedings envisage the condition that the complainant must be affected by a certain measure taken by the public authority. With a growth in the number of complaints, efficiency decreases. Nevertheless, citizens should have many opportunities to apply for the protection of their constitutional rights.

Prevailing petitioners before the Slovenian Constitutional Court have been and remain individuals. The current system of constitutional review under

⁷ Articles 23 and 23a of the Constitutional Court Act

⁸ Articles 24 and 50 of the Constitutional Court Act

the Constitution of 1991 preserved the prior (under the Constitutions of 1963 and 1974) unlimited, individual popular complaint (*actio popularis*), but now restricted by the legal interest to be demonstrated by the petitioner (*actio quasi-popularis*) (Art. 162(2), Constitution; Art. 24, Constitutional Court Act). On the other hand, the newly introduced constitutional complaint increasingly intensified the role of the individual before the Constitutional Court (Arts. 160-162, Constitution; Art. 50, Constitutional Court Act). Since the Slovenian system is a system of concentrated constitutional review, the ordinary courts cannot exercise constitutional review while deciding in concrete (incidenter) proceedings. An ordinary court must interrupt the proceedings and refer the law to the Constitutional Court for a review of its constitutionality (Art. 156, Constitution; Art. 23, Constitutional Court Act). The ordinary court may continue the proceedings only after the Constitutional Court has reviewed the constitutionality of the respective law (so the Slovenian model, too, adopted the principle that a law can only be eliminated from the legal system by the Constitutional Court).

4. Problems Concerning the Realisation of Some Constitutional Values in the Slovenian Practice - Some Current Issues Concerning Human Rights Protection

Several international observers generally praised the progress achieved by Slovene authorities in the field of reforms since its independence in June 1991, notably the adoption of a democratic Constitution in December 1991⁹ and its recent amendments to enhance protection of human rights and fundamental freedoms. Generally speaking, the observers also welcomed the fact that the treaties concerning human rights protection are directly enforceable as part of the domestic legal order and that they have been directly enforced by the Supreme and the Constitutional Courts, and praised several other advances in the area of law and institutional development undertaken by the Slovene Government during the last period.

However, discussing the protection of human rights in Slovenia in details, it is possible to state that various problems continue to recur, and new ones are also appearing. It is about time that we learned that a democratic society means much more than just pluralism - the coexistence of people who come from different cultures or subcultures, or have different lifestyles, who tolerate each other to greater or lesser degree. It means the personal and social choice of two-way relations and cooperation between different social groups and at the same time the rejection of intolerant practices in the everyday and political life of society. It is the striving to achieve an inclusive society which does not marginalise 'others', but tries to take advantage of the wealth of differences in order to achieve a new quality of life.

⁹ Official Gazette 1991, nr. 33, 1997, nr. 42, 2000, nr. 66, 2003, nr. 24, 2004, nr. 69, 2006, nr. 68.

A lifestyle decision, which is based on tolerance, cannot be conceived of as a matter of a benevolent attitude of the majority groups in society towards minorities; the foundations of tolerance come from a respect for human rights. Tolerance does not simply mean passively "putting up with others and people who are different from yourself", but arises from the conviction that one must consistently respect the rights of people exactly as they are: universally accepted (apply to everyone without exception), inalienable (no-one may take them away from anyone for any reason) and indivisible (it is not possible that we would be entitled to some rights and not to others). The relations mutual: advocacy of human rights is a key element of tolerant behaviour; and without the decision to be tolerant it is impossible to achieve a proper level of respect and the exercising of human rights¹⁰. Unfortunately, even some international observers are extremely concerned about the continuous public manifestations of hate speech and intolerance by some Slovenian politicians. Several observers call for greater responsibility of politicians and media in this regards and for the full respect of the rights and values laid down in European Convention on Human Rights and other international instruments¹¹.

This illustrates a problem which is also common in other areas, where rights which are guaranteed by the Constitution or by law can not be exercised in full due to discrepancies between what is declared and what actually exists. Therefore, it is necessary to emphasise that it is not enough for the state only to formally guarantee the special rights of certain group of people, but also that it is their duty to enable them to be exercised effectively in everyday life as well.

The following repeated problems concerning human rights respecting have been recorded during the last period:

4.1 Reasonable Delay in Judicial Proceedings-References to the Slovenian Experiences

4.1.1 International case law and concluding observations of expert committees adopted during the period under scrutiny and their follow-up

The Constitution provides for the right to a fair trial, and an independent judiciary generally enforced this right; however, the judicial system was overburdened and, as a result, the judicial process frequently was protracted. In some cases, criminal trials have lasted from 2 to 5 years¹².

The applicant alleged under Article 6 (1) of the Convention¹³ that the

¹⁰ HUMAN RIGHTS OMBUDSMAN, Tenth Annual Report 2004, Ljubljana, July 2005; VARUH ÈLOVEKOVIH PRAVIC, Enajsto redno poroèilo, Ljubljana, junij 2006

¹¹ Follow-up Report on Slovenia (2003-2005), Assessment of the progress made in implementing the recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, 29 March 2006, CommDH(2006)8, Original version, page 12.

¹² State Department 2004 Human Rights Report, Slovenia HRR04

¹³ E.g. Zakon ratifikaciji Konvencije o varstvu èlovekovih pravic in temeljnih svobošèin, Act Ratifying the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Official Gazette - Treaties 1994, nr. 7

length of the proceedings before the domestic courts to which he was party was excessive. In substance, he also complained about the lack of an effective domestic remedy in respect of the excessive length of the proceedings (Article 13 of the Convention). In the Court's view, the overall length of the proceedings in the instant case was excessive and failed to meet the "reasonable-time" requirement. In particular, the duration of the proceedings before the first-instance court, which exceeded four years, is not compatible with the standards set by the Court's case-law¹⁴. Here has accordingly been a breach of Article 6 (1) of the Convention. The applicant complained that the remedies available in Slovenia in length-of-proceedings cases were ineffective. In substance, he relied on Article 13 of the Convention. The Court reiterates that the standards of Article 13 require from a party to the Convention to guarantee a domestic remedy allowing the competent domestic authority to address the substance of the relevant convention complaint and to award appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision. In the present case, the Government has failed to establish that an administrative action, a tort claim, a request for supervision or a constitutional appeal can be regarded as effective remedies. For example, when an individual lodges an administrative action alleging a violation of his or her right to a trial within a reasonable time while the proceedings in question are still pending, he or she can reasonably expect the administrative court to deal with the substance of the complaint. However, if the main proceedings end before it has had time to do so, it will dismiss the action. Finally, the Court also concluded that the aggregate of legal remedies in the circumstances of these cases is not an effective remedy. Accordingly, there has been a violation of Article 13 of the Convention¹⁵.

4.1.2 Legislative initiatives, national case law and practices of national authorities

Within their competences, the Government, the courts and other judicial bodies should take additional measures to provide for the enforcement of the right to the trial in the reasonable time, laying great stress on the quality and efficiency of judicial proceedings on all levels of judicial decision making¹⁶.

Repeated complaints about violations of the right to adjudication within a reasonable time frame is an annual constant, and there is nothing new to report this year, although there is constant talk of improvement. Very few courts respect the statutory deadline for scheduling trials in criminal matters. Unfortunately, it is the opinion of the Supreme Court that the two-month

¹⁴ E.g., A.P. v. Italy [GC], no. 35265/97, 28 July 1999

¹⁵ Eur. Ct. H.R., Lukenda v. Slovenia judgment of October 2005, Application no. 23032/02

¹⁶ Priporočila Državnega zbora Republike Slovenije, št 700-01/93-0019/0042, EPA 293-IV, sprejeta na 10 redni seji dne 27/10-2005 ob obravnavi Desetega rednega letnega poročila Varuha človekovih pravic za leto 2004, obj. Poročevalec DZ, št. 83/05

statutory deadline pursuant to Article 286 of the Criminal Procedure Act¹⁷ "is not a true statutory deadline, but is a so-called instructional or monitory deadline, which is intended to provide procedural discipline..."? Frequently there are also violations of the statutory deadlines for drawing up court rulings in civil and criminal procedure. Even though the law binds judges to draw up a judgment in writing within 30 days, and within 15 days in detention cases, we observed cases where the defendant waited for adjudication for up to as much as half a year. It is difficult to accept the assertion that statutory provisions do not apply to judges, since it is the judges above all others who must stand as examples to other citizens by obeying the laws. In addition, the majority of complaints lodged with the European Court of Human Rights from Slovenia refer to adjudication within a reasonable time frame, which confirms our findings. Any delay of a court ruling has serious consequences, and this is especially true for social and labor disputes, which further increase the already serious existential problems of the complainant¹⁸.

During the last period, the applicants challenged the delay of judicial proceedings, making the point of the particular stages of proceedings (e.g. waiting for oral hearings, waiting for the written copy of the judgment, waiting for the respective decision on their appeal etc.). Due to such difficulties, by the Act on Changes and Amendments of the Court Act¹⁹ enforced in 2004, the legislator explicitly determined that judges should decide on the rights and duties as well as on charges without unreasonable delay, independently and impartially.

Moreover, in 2004 continued the State endeavoring for changes and amendments in particular organizing and procedural legislation that may contribute to the efficient judicial system. Therefore also Article 72 of the Court Act was changed and amended again by the Act on Changes and Amendments of the Courts Act²⁰ regulating the supervisory appeal. On the basis of the new regulation, the mentioned appeal became an "arm of the party" who challenges the court's violation of his/her right to the trial in the reasonable time. Under the new regulation, the filing of a supervisory appeal may be founded in case of violation of rules on priority order in resolving cases and /or in case of violation of legally binding deadlines for hearings and issue of judgments²¹.

The number of unresolved cases and delays indicates that most Slovenian courts are overloaded. The Human Rights Ombudsman has been permanently calling the attention to the State's duty to provide for the enforce-

¹⁷ E.g. Zakon o kazenskem postopku, Criminal Procedure Act, Official Gazette 1994, nr. 63, 1998, nr. 49, 1998, nr. 72, 1999, nr. 6, 2000, nr. 66, 2001, nr. 111, 2003, nr. 56, 2003, nr. 116, 2004, nr. 43, 2004, nr. 96

¹⁸ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005

¹⁹ E.g. Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o sodišèih, Act on Changes and Amendments of the Court Act, Official Gazette 2004, nr. 73

²⁰ E.g. Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o sodišèih, Act on Changes and Amendments of the Courts Act, Official Gazette 2004, nr. 73

²¹ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005

ment of the right to the trial in reasonable time in the judicial proceedings before ordinary courts as well as before specialized courts. The Human Rights Ombudsman has been also calling the attention to the duty of judges to respect all competences of their judicial function. Only in this way it is possible to provide for the efficient, impartial and fair judicial proceedings. It is worth mentioning that the two thirds of appeals filed to the European Court for Human Rights refer to the violation of the right to the trial in the reasonable time. Such situation should not be overlooked by the judicial branch of power²².

The new Labor and Social Courts Act (E.g. *Zakon o delovnih in socialnih sodnih, Labor and Social Courts Act, Official Gazette 2004, nr. 2, 2004, nr. 10*) enforced on 1 January 2005 introduced some new procedural rules to accelerate the proceedings in labor and social disputes. Among others, the new Act promotes settlements as the most efficient way for resolving cases. More discipline on the part of the parties to the proceedings and a higher level of responsibility in judicial decision making were introduced too²³.

The Human Rights Ombudsman is aware of endeavoring of several ordinary courts to promote the efficiency of judicial decision making in order to reduce the number of unresolved cases. The settlement was promoted as an alternative method of resolving cases. Additionally, in this way the parties to the proceedings gained higher responsibility. It is also necessary to point out to the project of so called "accelerated civil proceedings" that introduced the principle of the concentrated hearing. Moreover, this project determines more clear and efficient tasks of all parties to the proceedings. However, until the respective legal regulation is changed and amended, the cooperation of parties during the proceedings can be implemented under the Civil Procedure Act in force. Out of legally binding procedural provisions, the parties to the proceedings may be bound during the proceedings only on the basis of their consensus. Among current endeavoring for more efficient proceedings there is worth mentioning the establishment of the so called Family Department for decision making on cases that under the Act on Changes and Amendments of the Marriage and Family Relations Act²⁴ fall under the competency of county (regional) courts. Such specialized County Court's Family Department should promote the quality and speed of the judicial decision making²⁵.

The Constitutional Court²⁶ decided on the constitutionality of the Administrative Dispute Act²⁷. The Constitutional Court discussed the issue if the affected persons have an efficient judicial protection of their right to

²² Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005

²³ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005

²⁴ E.g. *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, Act on Changes and Amendments of the Marriage and family Relations Act, Official Gazette 2004, nr. 16*

²⁵ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005

²⁶ (CC (Constitutional Court), nr.U-I-65/05, 22 September 2005, Official Gazette 2005, nr. 92)

²⁷ E.g. *Zakon o upravnem sporu, Administrative Dispute Act, Official Gazette 1997, nr. 50, 1997, nr. 65, 2000, nr. 70*

the trial in the reasonable time (based on Article 23 (1) of the Constitution) in the situation of already terminated proceedings where this right was presumably violated. The Constitutional Court decided that the Administrative Dispute Act is not in conformity with the Constitution.

Under the so far existing Constitutional Court's statement, taking into account the legislation in force, the affected person may file an appeal for compensation (based on Article 26 of the Constitution) whenever the proceedings was finally terminated if the person's right to the trial in the reasonable time was presumably violated. It means that such appeal should be judged by the ordinary court in the civil proceedings applying general rules of the compensation law established by the Code of Obligation²⁸. On these grounds, the competent court may award to the affected person only a compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage, provided that the conditions for the liability for damages are fulfilled. Irrespective of the above position, the Constitutional Court decided that - taking into account the case law of the European Court for Human Rights - it is necessary (in the spirit of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) to interpret Article 15 (4) of the Constitution of the Republic of Slovenia, that guarantees the judicial protection of human rights and the right to eliminate consequences of their violation, in the way that this provision provides for the request to ensure (Within the scope of the judicial protection of the right to the trial in the reasonable time) the possibility of enforcement of equitable compensation even when the violation over. Accordingly, the criteria established by the European Court for Human Rights shall be applied for evaluation if the reasonable duration of the trial was exceeded.

Because the Administrative Dispute Act, referring to Article 157 (2) of the Constitution and providing for the judicial protection of the right to the trial in the reasonable time, does not contain any special provisions, adapted to the nature of the discussed right that would also provide for the claiming of a just compensation if the violation of the discussed right is over, the Constitutional Court decided that the Act is not in conformity with Article 15 (4) of the Constitution (in connection with Article 23 (1) of the Constitution).

The Constitutional Court decided only on the issue if the legislation in force provides for the efficient judicial protection of the right to the trial in the reasonable time if the violation is over. However, the Court calls the attention that - in reference to the case-law of the European Court for Human Rights - the reasonable question is also raised about the efficiency of the judicial protection of the discussed right if the proceeding is still in

²⁸ Obligacijski zakonik, Code of Obligations, Official Gazette 2001, nr. 83, 2004, nr. 32

course. As the Constitutional Court stated, in the process of adoption of future legal regulation that will eliminate the unconstitutional provisions declared by the Court's decision, there is also necessary to provide for the appropriate protection of the discussed right if the proceedings is still in course. Additionally, it is necessary to harmonize these issues with the standards adopted by the European Court for Human Rights. Moreover, the basic concern of the State and/or of the all three branches of power is to provide for the efficient enforcement of the judiciary function²⁹.

4.1.3 Act on Protection of the Right to Trial without Undue Delay

The Act on Protection of the Right to Trial without Undue Delay was adopted on 26 April 2006 and came into force on 27 May 2006³⁰; however, due to some new measures and methods it instituted and new powers it conferred upon the judicial branch and the Office of the State Attorney General, it only began to be applied on 1 January 2007.

The Act institutes two categories of legal remedies for the protection of the right to trial without undue delay provided for in Article 23/1 of the Constitution. The first category includes the so-called expedition remedies, namely the supervisory appeal and the motion for a deadline, while the second category incorporates the so-called satisfaction remedies, i.e. the payment of monetary compensation for just satisfaction, the publication of the judgement determining the violation of the right to trial without undue delay and the written statement of the violation of the right to trial without undue delay.

Anyone who considers that the judicial proceedings he or she is a party in have been pending for too long or have been unduly delayed may bring a supervisory appeal before the court hearing the case. The president of that court is in charge of examining the appeal and deciding upon it. If the appeal is rejected or the party does not receive an answer within two months or if the appropriate procedural acts are not performed within the time limits set by the president, the party may proceed with the motion for a deadline. The competence to decide upon such motions is conferred to the president of the higher court in a specific judicial area. He or she may reject the clearly unfounded motions and dismiss those which do not contain all the required elements as well as those lodged after the expiry of the time limit. If the president establishes that the court does not unduly delay the adjudication on the case, he or she rejects the motion by way of decision; if, on the other hand, it is established that the case is unduly delayed, he or she orders the appropriate procedural acts to be performed by the judge deciding the principal case and sets the time limit for their performance.

If the supervisory appeal filed by the party was granted or if the motion

²⁹ CC (Constitutional Court), nr.U-I-65/05, 22 September 2005, Official Gazette 2005, nr. 92

³⁰ Official Gazette RS, No. 49/06

for a deadline was lodged, the party may claim just satisfaction which may be given by way of pecuniary compensation for damage caused by a violation of the right to trial without undue delay and the above-mentioned publication of the judgement or a written statement. The Act limits the amount of pecuniary compensation attributable to individuals for violating their right to trial without undue delay to 5000 EUR. The criteria to be considered in the determination of the amount of compensation include in particular the complexity of the case, actions of the State and actions of the party as well as the importance of the case for the party. The written statement may be made without monetary compensation if the State Attorneys Office reaches an appropriate agreement with the party whose right has been violated; in cases of serious violations of the right to trial without undue delay, however, the State Attorneys Office may in addition to the written statement also grant pecuniary compensation.

The proceedings to enforce a claim for just satisfaction are instituted by a party by way of a motion for settlement filed with the State Attorneys Office; if a settlement is not reached out of court the party may bring an action for damages before the local court in whose district the plaintiff is a permanent or temporary resident or has registered office. If, considering the damage incurred by the party and all circumstances of the case, the local court decides that just satisfaction for non-pecuniary damage might be afforded merely by establishing a violation of the right, it may issue a declaratory judgement stating that the party's right has been violated. At the request of the party it may also decide to publish the judgement.

4.2 Fight against incitement to racial, ethnic, national or religious discrimination

4.2.1 Erased persons

Many of the 'erased' permanent residents of Slovenia, who were legally residing in Slovenia as citizens of ex-Yugoslavia have after the unlawful erasure still not yet been able to regularize their status. The Government should devote its attention to the issue of 'erased' immediately and to explicitly and publicly recognize the discriminatory nature of the removal from the population registry of the individuals concerned and to ensure that their status of permanent residents is retroactively restored³¹.

The Government and the Ministry of Interior should as soon as possible draft the Constitutional Act on the Regulation on Position of Erased Persons³².

³¹ European Roma Rights Centre and Amnesty International Slovenia Urge Slovene Government to Act on Key Concerns Identified by the Human Rights Committee, Budapest, Ljubljana, 6 September 2005.

³² Priporočila Državnega zbora Republike Slovenije, št. 700-01/93-01/93-0019/0042, EPA 293-IV, sprejeta na 10. redni seji dne 27/10-2005 ob obravnavi Desetega rednega letnega poročila Varuha človekovih pravic za leto 2004, obj. Poročevalac DZ, št. 83/05.

Regularization of status for non-Slovenian former Yugoslav citizens remained an issue. Some Yugoslavs residing in the country at the time of independence did not apply for citizenship in 1991-92 and subsequently found their records were "erased" from the population register. The deletion of these records from the population register has been characterized by some as an administrative decision and by others as an ethnically motivated act. The Constitutional Court³³ ruled unconstitutional portions of a law governing the legal status of former Yugoslav citizens because it does not recognize the full period in which these "erased" persons resided in the country, nor does it provide them the opportunity to apply for permanent residency. The Government had still not completed legislation to resolve the Court's concerns³⁴.

On the issue of arbitrary deprivation of durable status in Slovenia to persons who should otherwise have access to it by dint of acknowledging their real and effective ties to Slovenia, an issue of particular concern to a number of categories of persons including Roma in Slovenia, the Advisory Committee on the Supervision of the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities stated, "the Committee remains concerned about the situation of those persons who have not yet been able to regularize their situation in the State party" and recommended that "the State party should seek to resolve the legal status of all the citizens of the successor States that formed part of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia who are presently living in Slovenia, and should facilitate the acquisition of Slovenian citizenship by all such persons who wish to become citizens of the Republic of Slovenia"³⁵.

Furthermore, the Slovenian Constitutional Court issued several decisions³⁶ to redress this situation, which it considered in breach of the Constitution and of international standards. Disappointingly, the measures adopted by the authorities did not include all the "erased" and they failed to provide other forms of reparation, including compensation, for the human rights violations suffered by the individuals concerned.

Many of the "erased" lost their jobs and could no longer be employed legally as a consequence of their status as foreigners without a permanent residence permit. The loss of employment often meant losing years of pen-

³³ C.C. (Constitutional Court), nr. U-I-246/02, 3 April 2003, Official Gazette 2003, nr. 36

³⁴ State Department 2004 Human Rights Report, Slovenia HRR04; Follow-up Report on Slovenia, (2003 - 2005), Assessment of the progress made in implementing the recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, 29 March 2006, CommDH(2006)8, Original version.

³⁵ Published at the visit of the Council of Europe Advisory Committee on the Supervision of the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities in Slovenia, 4-8 April 2005, Mnenje Svetovalnega odbora Sveta Evrope o uresničevanju Okvirne konvencije za zaščito narodnih manjšin s strani RS, sprejeto 12. septembra 2002; Svetovalni odbor je Mnenje sprejel po prejemu Začetnega državnega poročila o izvajanju Okvirne konvencije v Sloveniji leta 2000.

³⁶ C.C. (Constitutional Court), nr.U-I-295/99, 18 May 2000, Official Gazette 2000, nr. 54; nr.U-I-246/02, 3 April 2003, Official Gazette 2003, nr. 36; nr.U-II-3/03, 12 December 2003, unpublished; nr.U-II-1/04, 26 February 2004, Official Gazette 2004, nr. 25; U-II-3/04, 20 April 2004, Official Gazette 2004, nr. 44; nr.U-II-4/04, 17 June 2004, Official Gazette 2004, nr. 72; nr. -II-5/04, 8 July 2004, Official Gazette 2004, nr. 82; nr.U-I-2/04, 16 June 2005, unpublished.

sion contributions and even entitlement to a pension. The removal of the individuals concerned from the registry of permanent residents has therefore had serious negative effects on the individuals' right to work and social rights, as enshrined in particular in Articles 15 and 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

As a result of their "erasure", the individuals concerned were also deprived of or given limited access to comprehensive healthcare after 1992, in some cases with serious consequences for their health. The ex officio removal from the registry of permanent residents thus resulted in inequality in the ability to access healthcare, contrary to article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Furthermore, some children removed from the registry of permanent residents in 1992, or whose parents were removed from the registry, lost access to secondary education. While Amnesty International notes that no such recent cases have been reported, concerns remain about the ongoing effects of the lost years of education for some of the "erased" and of the delays in the completion of their studies. This situation has therefore had serious negative effects on the individuals' right to education, as enshrined in Article 14 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Therefore, many people are still without a legally regulated status. Many of those who were "erased" in 1992, and who subsequently had their status regulated, are still suffering from the consequences of their "erasure" and have not been granted full reparation. Others were forced to leave the country and among those, some find themselves in limbo, being expelled from one country to another³⁷.

4.2.2 Xenophobia

There were many legal provisions adopted regulating prohibition of discrimination and/or xenophobia.

Article 63 of the Constitution prohibits "any incitement to national, racial, religious or other discrimination, and the inflaming of national, racial, religious or other hatred and intolerance." Article 300 of the Penal Code of the Republic of Slovenia³⁸ determines "Stirring up Ethnic, Racial or Religious Hatred, Strife or Intolerance" as a criminal offence.

The Media Act³⁹ determines in Article 8 that the dissemination of programming that encourages ethnic, racial, religious, sexual or any other inequality, or violence and war, or incites ethnic, racial, religious, sexual or any other hatred and intolerance shall be prohibited." Article 47 of the same Act prohibits advertising which would "incite racial, sexual or ethnic dis-

³⁷ Amnesty International's Briefing to the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", 35th Session, November 2005; Amnesty International's EU Office's letter to the President of the European Commission, nr. b509, 28 November 2005.

³⁸ E.g. Kazenski zakonik Republike Slovenije, Penal Code of the Republic of Slovenia, Official Gazette 1994, nr. 63, 1999, nr. 23, 2004, nr. 40.

³⁹ E.g. Zakon o medijih, Media Act, Official Gazette 2001, nr. 35.

crimination, religious or political intolerance. The Media penalty in the amount of at least 2,500.000 SIT follows in a case of a violation of any of these two provisions.

The Personal Data Protection Act places the data concerning racial, national or ethnical background, political, religious or philosophical affiliation and sexual life among the "sensitive personal data"⁴⁰.

According to the Societies Act⁴¹ a society ceases to exist by law in case it incites to ethnic, racial, religious or other inequality or inflames ethnic, racial, religious or other hatred and intolerance.

The Aliens Act⁴² imposes in Article 82/3 an obligation that within their overall operations, national and other authorities, organizations and associations must ensure protection against any type of discrimination against aliens based on racial, religious, national, ethnic or any other type of differentiation. In the Resolution on the Immigration Policy of the Republic of Slovenia⁴³ it is explicitly stated in the preamble to the chapter "Foundations of the Immigration Policy" that at the creation of the Policy it was considered that the State must respect the fundamental human rights and avoid any ethnic, racial, religious or sexual discrimination. The Resolution on the Migration Policy of the Republic of Slovenia⁴⁴ acknowledges among the principles of Slovenian migration policy the Conclusions of the Tampere European Council.

Slovenia is a State Party to the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination⁴⁵. In 2001, the Government issued a Statement (foreseen by Article 14 of the Convention) that Slovenia recognizes to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination competence to receive and consider communications from individuals or groups of individuals within its jurisdiction claiming to be victims of a violation by the Republic of Slovenia of any of the rights set forth in the Convention, with the reservation that the Committee shall not consider any communications unless it has ascertained that the same matter has not been, and is not being, examined under another procedure of international investigation or settlement.

The Implementation of the Principle of Equal Treatment Act⁴⁶ is a general act aimed to determine common grounds for the assurance of equal rights of everyone at the exercise of their rights and duties and at the exercise

⁴⁰ E.g. Zakon o varstvu osebnih podatkov, Personal Data protection Act, Official Gazette 2004, nr. 86.

⁴¹ E.g. Zakon o društvih, Societies Act, Official Gazette 1995, nr. 60, 1999, nr. 89.

⁴² E.g. Zakon o tujcih, Aliens Act, Official Gazette 1999, nr. 61, 2002, nr. 87.

⁴³ E.g. Resolucija o imigracijski politiki Republike Slovenije, Resolution on the Immigration Policy of the Republic of Slovenia, Official Gazette 1999, nr. 40.

⁴⁴ E.g. Resolucija o migracijski politiki Republike Slovenije, Resolution on the Migration Policy of the Republic of Slovenia, Official Gazette 2002, nr. 106.

⁴⁵ E.g. Konvencija o odpravi vseh oblik rasne diskriminacije, International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Official Gazette SFRJ 1967, nr. 31; Akt o o notifikaciji nasledstva glede konvencij OZN in konvencij, sprejetih v mednarodni organizaciji za atomsko energijo, Act Notifying Succession to Treaties of the United Nations and Treaties Adopted by the International Atomic Energy Organization, Official Gazette 1992, nr. 35.

⁴⁶ E.g. Zakon o uresničevanju načela enakega obravnavanja, Implementation of the Principle of Equal Treatment Act, Official Gazette 2004, nr. 50.

of their fundamental freedoms in any field of social life, in particular in the fields of employment, employment relations, affiliation with unions and interest societies, upbringing and education, social security, access to goods and services and provision of them regardless of their personal circumstances, including the racial or ethnic background and religious or other belief. This act is based on the Directive nr. 2000/43/EC and the Directive nr. 2000/78/EC.

The Principle of Equal Treatment Act also provides for the consideration by the Advocate of the Principle of Equality of informal complaints linked with anti-discrimination rules. The Advocate of the Principle of Equality is a body that investigates complaints regarding alleged breaches of the principle of equal treatment and determines the circumstances in which the Advocate shall transmit a case to the competent inspection service⁴⁷.

The Penal Code does not contain a definition of racism, identical to the definition determined by Article 4 of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Therefore, the acts, described by the aforementioned Convention, must be found in different incriminations contained in the Penal Code. Besides the obvious incrimination, contained in Article 300 of the Penal Code, the incrimination contained in Article 141 ("Violation of the Right to Equality) must also be considered⁴⁸. Whoever, due to differences in respect of nationality, race, color of skin, religion, ethnic roots, gender, language, political or other beliefs, birth status, education, social position or any other circumstance, deprives or restrains another person of any human right or liberty recognized by the international community or laid down by the Constitution or the statute, or grants another person a special privilege or advantage on the basis of such discrimination shall be punished by a fine or sentenced to imprisonment for not more than one year

Article 300 of the Penal Code was amended in 2004 in order to meet the requirements, determined in the Convention on Cyber crime and the Additional Protocol to the Convention on Cyber crime, concerning the Criminalization of Acts of Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems⁴⁹. Thus, denial, gross minimization, approval or justification of genocide or crimes against humanity was added to the elements of crime, and Paragraph 3 was amended since confiscation is almost impossible in an information system. Instigating, aiding or abetting to such conduct could be punishable according to Articles 26 to 29 of the Penal Code. In case the crime was committed by means of the media, Articles 30 to 32 of the Penal Code could also apply.

⁴⁷ Government of the Republic of Slovenia, Office for Equal Opportunities, National report of Slovenia, July 2004.

⁴⁸ Source: Bulletin of the National Assembly of the Republic of Slovenia, nr. 93/2003: (Violation of Right to Equality).

⁴⁹ E.g. Zakon o ratifikaciji Konvencije o kibernetiski kriminaliteti in Dodatnega protokola h Konvenciji o kibernetiski kriminaliteti, ki obravnava inkriminacijo rasističnih in ksenofobičnih dejanj, storjenih v informacijskih sistemih, Act Ratifying the Convention on Cyber crime and Additional Protocol to the Convention on Cyber crime, concerning the Criminalisation of Acts of Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, Official Gazette 2004, nr. 17.

Article 15 (3) of the Constitution determines that human rights and fundamental freedoms shall be limited only by the rights of others and in such cases as are provided by the Constitution. With regard to the principle of proportionality, the freedom of expression may be limited by the prohibition of incitement to discrimination and Intolerance and the prohibition of incitement to violence and war, determined by Article 63 of the Constitution. Human rights can also be limited on the basis of Article 10 (2) of the European Convention on Human Rights. With regard to the "protection of the reputation or the rights of others", the state may prohibit the dissemination of racist and xenophobic ideas, whereby the state and judiciary act according to the principle of proportionality.

4.2.3 Protection of Gypsies/Roma

The adoption of the new Strategy of Education of Roma in Slovenia and the new measures, which aim at full integration of Roma in the mainstream education, should be welcomed. However, it is regrettable, however, that the new measures have not yet been fully implemented in all the schools. The new Strategy, at present only a concept paper, should be developed into an operational Action Plan as soon as possible with sufficient resources to ensure its effective implementation.

Regarding the several models implemented in some elementary schools, the separation of Roma children from the others in important subjects does not fulfill the criteria of full integration. It also increases the risk of Roma children being taught at a lower standard than the others, which could have serious consequences for the Roma children and their prospects for the future. It is of concern that the model currently implemented represents a step back from the already achieved levels of integration and falls short of the impressive ambitions contained in the national strategy.

It was recommended that the authorities revise the mentioned implementation model and ensure full integration of Roma children in the normal classroom for all the subjects. The model should be revised in consultation with experts on education and Roma representatives. Additional support should be made available to the school, teachers and the Roma pupils and their families⁵⁰.

Several efforts were made by the employment services in assisting Roma in gaining employment and accessing public services and recommends that these types of projects are implemented in all the regions where Roma reside, regardless of their status.

Additionally, several efforts have been made in developing the National Action Plan on Social Inclusion for 2004-2006 as well and a new National Action Program for Employment and Social Inclusion of Roma is being

⁵⁰ Follow-up Report on Slovenia, (2003 - 2005), Assessment of the progress made in implementing the recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, 29 March 2006, CommDH(2006)8, Original version.

drawn up. The projects improving the situation of Roma in different fields, be it housing, employment, or education, should be given a high priority in the allocation of financial resources, as they remain one of the most disadvantaged groups in Slovenian society. It will be important to involve Roma communities in all stages of the cycle, from planning and implementing, to monitoring the impact of the program, also at a local level.

Unfortunately, only piece-meal progress appears to have been made in addressing the housing difficulties faced by many Roma. Information on concrete projects, or results so far, do not seem to be available. The Slovenian authorities should pay particular attention to the local level implementation of the strategy of the Housing Fund of the Republic of Slovenia and to ensure that housing improvement programs are adequately resourced. For the most marginalised groups greater efforts and specific programs are needed to secure their right to adequate housing. The recent Recommendation by the Committee of Ministers of Council of Europe on improving the housing conditions of Roma and Travelers in Europe provides useful and detailed policy guidance⁵¹.

The Government has not yet managed to tackle very high levels of racial antipathy in Slovenia. These results in a number of systemic abuses, including the deprivation of Slovene citizenship to Roma who should have access to it, arbitrary expulsion from the country, racially segregated schooling arrangements, and a number of extremely substandard slum settlements⁵².

With respect particularly to Roma in Slovenia, there are several specific areas of concern: A special issue is the difference in the status between the so-called 'autochthonous' (indigenous) and 'non autochthonous' (new) Roma communities in the State. The State should consider eliminating discrimination on the basis of status within the Roma minority and provide to the whole Roma community a status free of discrimination, and improve its living conditions and enhance its participation in public life. While nothing measures undertaken to improve the living conditions of the Roma community, the Roma community continues to suffer prejudice and discrimination, in particular with regard to access to health services, education and employment, which has a negative impact on the full enjoyment of their rights. The State should take all necessary measures to ensure the practical enjoyment by the Roma of their rights by implementing and reinforcing effective measures to prevent and address discrimination and the serious social and economic situation of the Roma⁵³.

⁵¹ Follow-up Report on Slovenia, (2003 - 2005), Assessment of the progress made in implementing the recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, 29 March 2006, CommDH(2006)8, Original version.

⁵² European Roma Rights Centre and Amnesty International Slovenia Urge Slovene Government to Act on Key Concerns Identified by the Human Rights Committee, Budapest, Ljubljana, 6 September 2005.

⁵³ European Roma Rights Centre and Amnesty International Slovenia Urge Slovene Government to Act on Key Concerns Identified by the Human Rights Committee, Budapest, Ljubljana, 6 September 2005.

The Roma minority does not have comparable special rights and protections. The Constitution provides that "the status and special rights of Roma communities living in Slovenia shall be such as are determined by statute." The National Assembly had not enacted laws to establish such rights for the Roma community. A study funded by the European Community estimated that 40 percent of Roma in the country were autochthonous.

Many Roma lived in settlements apart from other communities that lacked basic utilities such as electricity, running water, sanitation, and access to transportation. Roma representatives reported that some local authorities developed segregated substandard housing facilities to which Roma communities were forcibly relocated. Roma representatives also reported that Roma children often attend segregated classes and were selected by authorities in disproportional numbers to attend classes for students with special needs. The Government provided funding for a program to desegregate and expand Roma education by training Roma educational facilitators and create special enrichment programs in public kindergartens. The Government has not developed a bilingual curriculum for Roma on the grounds that there is not a standardized Roma language. However, the Government has funded research into codification of the language. Roma representatives also reported discrimination in employment, which complicated their housing situation, and that Roma were disproportional subject to poverty and unemployment.

In Slovenia, many people of Roma origin are still being denied their basic human rights, after they were unlawfully removed ("erased") from the country's registry of permanent residence in 1992. As the UN Committee on Economic, Social and Cultural rights (CESCR) has just concluded: "this situation entails violations of these persons' economic and social rights to work, social security, health care and education". In the report Amnesty International had submitted to the CESCR, it found that the practice of "erasing" individuals has disproportionately affected Roma and in general non-ethnic Slovenes, as well as other marginalized people. This constitutes a violation of the principle of non-discrimination enshrined in international and European law, and in particular of Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. "Erased" members of Roma communities, by virtue of their condition of minority without a "kin-state", were placed in an even more disadvantaged position than "erased" belonging to other ethnic groups, as they have faced greater difficulties in regulating their status elsewhere in the former Yugoslavia.

The Government should discuss possibilities for adoption of a law regulating special rights of the Roma community and the politics in the fields such as education, housing, social protection and employment⁵⁴.

⁵⁴ Priporočila Državnega zbora Republike Slovenije, št. 700-01/93-0019/0042, EPA 293-IV, sprejeta na 10. redni seji dne 27/10-2005 ob obravnavi Desetega rednega letnega poročila Varuha človekovih pravic za leto 2004, obj. Poročevalec DZ, št. 83/05.

The National Council supports several initiatives for urgent comprehensive regulation of status and special rights of the Roma community in the Republic of Slovenia in accordance with Article 65 of the Constitution of the Republic of Slovenia through system law. Beside such normative regulation it is necessary that the State provide for the sufficient funds for implementation of all adopted and necessary measures. Implementing the already taken measures of positive discrimination on the basis of several special laws and the governmental programs as well as strategies, the competent governmental bodies and local bodies should also consider - beside the Roma's needs - wishes and needs of the majority population, due to its direct involvement into the Roma issues. In this way potential conflicts between majority population and the Roma would be avoided and the mutual understanding would be established⁵⁵.

The Government adopted a plan for providing education for the Roma, which we welcome, but it is still only a partial solution, since there is still no law which would regulate the arrangement of the special rights of the Roma community in a comprehensive and systematic way, nor coordinated policies in all areas: education, residence problems, employment and social security. Many people and all too often politicians as well, see increased police surveillance as the only solution to Roma issues. Owing to years of avoiding the taking of a comprehensive approach, and especially the transferring of the solution of Roma issues to the municipalities where the Roma live, as well as agitation by various politicians, during the last period we have seen increased and more high-profile disputes and the overt expression of intolerance towards the Roma⁵⁶.

Accordingly to the Constitutional Court's decision, several municipal charters⁵⁷ are inconsistent with the Local Self-Government Act⁵⁸, as they do not determine that also Roma community representatives are members of municipal councils. The municipalities are obliged to remedy the illegality established in the previous item of the disposition in a time limit of forty-five days from the first session of the newly elected municipal councils. The municipal councils of the municipalities determined in Item 1 of the disposition must call the election of members of municipal councils, the representatives of the Roma community, if for the 2002 regular elections they did not ensure the election of the representatives determined by

⁵⁵ Državni svet Republike Slovenije, mnenje k Desetemu rednemu poročilu Varuha človekovih pravic za leto 2004, št. 700-01/93-0019/0042, EPA 293-IV, sprejeto na 37. seji, dne 19. 10. 2005.

⁵⁶ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005

⁵⁷ The Charter of Beltinci Municipality (E.g. Statut Občine Beltinci, Charter of Beltinci Municipality, Official Gazette 2000, nr. 46, 2000, nr. 118 and 2001, nr. 67), the Charter of Grosuplje Municipality (E.g. Statut Občine Grosuplje, Charter of Grosuplje Municipality, Official Gazette 1999, nr. 42 and 2002, nr. 36), the Charter of Krško Municipality (E.g. Statut Občine Krško, Charter of Krško Municipality, Official Gazette 2000, nr. 98), the Charter of Semiš Municipality (E.g. Statut Občine Semiš, Charter of Semiš Municipality, Official Gazette 1999, nr. 37, 2001, nr. 67 and 2002, nr. 23), the Charter of Šentjernej Municipality (E.g. Statut Občine Šentjernej, Charter of Šentjernej Municipality, Official Gazette 2001, nr. 4), and the Charter of Trebnje Municipality (E.g. Statut Občine Trebnje, Charter of Trebnje Municipality, Official Gazette 1995, nr. 50 and 1998, 80).

⁵⁸ E.g. Zakon o lokalni samoupravi, Local Self-Government Act, Official Gazette 1993, nr. 72, 1994, nr. 57, 1995, nr. 14, 1995, nr. 63, 1997, nr. 26, 1997, nr. 70, 1998, nr. 10, 1998, nr. 74, 2000, nr. 70 and 2002, nr. 51.

the charters, pursuant to the provisions of the Local Self-Government Act⁵⁹ that apply to premature elections, in a time limit of thirty days after the promulgation of the charters in the Official Gazette of the Republic of Slovenia⁶⁰. Most of affected municipalities responded respectively⁶¹. However, the Grosuplje Municipality still did not response⁶².

The Bill on the Roman Community proposed by the Deputy Group of the Slovenian National Party was based on Article 65 of the Constitution of the Republic of Slovenia⁶³ which imposes that the position and rights of the Roma community living in Slovenia shall be regulated by law. The Bill was intended to fill in the legal gape. The Bill determines that the Roma community in the Republic of Slovenia shall not have any special rights and any special position. Thereby the proponent invokes Article 14 of the Constitution of the Republic of Slovenia on equality of anyone before law as well as particular comparable laws of several European countries. Additionally, the proponent believes that it is wrong to use a term Roma in the Republic of Slovenia without considering the basic division to Roma and Sinti. Both groups are treated separately by several European countries. Therefore the proponent of the Bill believes that the wording of Article 65 of the Constitution of the Republic of Slovenia is not appropriate. It uses the term "the Roma" without mentioning "the Sinti". It is however evident that with reference to their settlement in the Republic of Slovenia the Roma can not be autochthonous citizens because they live on the Slovenian territory for at maximum 50 years⁶⁴.

The Constitution imposes on the legislator to provide to the Roma special rights based on the recognition of their particular situation. Unfortunately, there was no evident progress achieved in terms of the regulation of the Roma's collective rights. Accordingly, such omission of normative regulation and/or such unclear position of the Roma constitutes one of the key system reasons for the tensions, disputes or even ever growing evident expression of intolerance to the Roma. According to the existing partial regulation the local communities should provide for the specific Roma's rights of par-

⁵⁹ E.g. Zakon o lokalni samoupravi, Local Self-Government Act, Official Gazette 1993, nr. 72, 1994, nr. 57, 1995, nr. 14, 1995, nr. 63, 1997, nr. 26, 1997, nr. 70, 1998, nr. 10, 1998, nr. 74, 2000, nr. 70 and 2002, nr. 51.

⁶⁰ E.g. C.C.(Constitutional Court), nr.U-I-345/02, 14 November 2002, Official Gazette 2002, nr. 105.

⁶¹ Changes of the Charter of Krško Municipality (E.g. Spremembe Statuta Občine Krško, Changes of the Charter of Krško Municipality, Official Gazette 2003, nr. 5) that determined one post in the Municipal Council for a member of the Roma Community. Changes and Amendments of the Charter of Belitinci Municipality (E.g. Spremembe in dopolnitve Statuta Občine Beltinci, Changes and Amendments of the Charter of Belitinci Municipality, Official Gazette 2003, nr. 11) that determined one post in the Municipal Council for a member of the Roma Community. The Charter of Semië Municipality (E.g. Statut Občine Semië, Charter of Semië Municipality, Official Gazette 2003, nr. 24) that determines one post in the Municipal Council for a member of the Roma Community. The Changes and Amendments of the Charter of Šentjernej Municipality (E.g. Spremembe in dopolnitve Statuta Občine Šentjernej, Changes and Amendments of the Charter of Šentjernej Municipality, Official Gazette of Šentjernej Municipality 2003, nr. 2) that determined one post in the Municipal Council for one member of the Roma Community. The Šentjernej Municipality also realized the subsequent elections. The Trebnje Municipality already has a Roma representative in the Municipal Council, the respective changes of the Municipal Charter is under preparation.⁶² State Department 2004 Human Rights Report, Slovenia HRR04.

⁶³ (E.g. Ustava Republike Slovenije, Constitution of the Republic of Slovenia, Official Gazette 1991, nr. 33, 1997, nr. 42, 2000, nr. 66, 2003, nr. 24, 2004, nr. 69.

⁶⁴ Predlog Zakona o romski skupnosti, vložila ga je Poslanska skupina Slovenske nacionalne stranke 3. decembra 2004; Državni zbor predloga ni sprejel.

ticular Roma's rights. As the State does not sufficient funds for this purpose, local communities are dissatisfied with such situation. They believe that the provision of the specific Roma's rights constitutes an additional financial burden affecting other local projects. Such situation, however, arouses a negative attitude to the Roma's special rights and to their community itself. Yet, the settlement of the Roma problems does not mean that negative reactions of individual member of this community should be neglected⁶⁵.

4.2.4 Protection of religious minorities

While there are no governmental restrictions on the Muslim community's freedom of worship, services commonly are held in private homes under cramped conditions. There are no mosques in the capital of Ljubljana. The lack of a mosque has been due, in part, to a lack of Muslim community organization and to complex legislation and bureaucracy in construction and land regulations. The Muslim community has conceptual plans to build a new facility in Ljubljana. The Ljubljana Municipality Council already selected one of five potential sites that the city previously had identified for the facility and tasked the city's planning department to begin preparing the materials necessary to move ahead with the project. Later, Ljubljana city officials expressed support for the Mosque and the location on which it was to be built. Plans for building the mosque were stalled in part because of discovery that part of the land the city identified as for sale to the Muslim community was subject to a denationalization claim by the Catholic Church. The Church has agreed to forgo its claim if the city will compensate it with another piece of property⁶⁶.

The Government should discuss possibility of supervision concerning granting of State funds to the religious communities in the Republic of Slovenia⁶⁷.

4.2.5 Protection of linguistic minorities

Some international observers regret the reluctance on the part of the Slovenian Government to strengthen the regime of minority protection and encourage the Slovenian authorities to engage in a constructive dialogue with all minority groups regarding the measures that are necessary to improve the situation of all minorities in Slovenia⁶⁸.

The Constitution provides special rights and protections to autochthonous Italian and Hungarian minorities, including the right to use their own national symbols and have bilingual education and the right for each to be represented as a community in Parliament⁶⁹. There are two members of

⁶⁵ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005.

⁶⁶ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005.

⁶⁷ Poročilo Državnega zbora Republike Slovenije, št. 700-01/93-0019/0042, EPA 293-IV, sprejeta na 10. redni seji dne 27/10-2005 ob obravnavi Desetega rednega letnega poročila Varuha človekovih pravic za leto 2004, obj. Poročevalec DZ, št. 83/05).

⁶⁸ Follow-up Report on Slovenia, (2003 - 2005), Assessment of the progress made in implementing the recommendations of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg, 29 March 2006, CommDH(2006)8, Original version.

⁶⁹ State Department 2004 Human Rights Report, Slovenia HRR04.

minorities in the 90-seat National Assembly and none in the 40-seat National Council. The Constitution provides the "autochthonous" (indigenous) Italian and Hungarian minorities the right, as a community, to have at least one representative in the Parliament. However, the Constitution and law do not provide any other minority group, autochthonous or otherwise, the right to be represented as a community in Parliament. The U.N. Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) already issued a report recommending that the Government take further measures to ensure that all groups of minorities are represented in Parliament⁷⁰.

Ethnic Serbs, Croats, Bosnians, Kosovo Albanians, and Roma from Kosovo and Albania were considered "new" minorities; they were not protected by the special constitutional provisions for autochthonous minorities and faced some governmental and societal discrimination⁷¹.

Concerning the position of other national groups as well as of the German speaking minority and groups of Non-Slovenians from the former Yugoslavia, it would also be possible to include into the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities such groups (including non-citizens when appropriate). The Government should discuss this issue with all concerned groups⁷².

Pursuant to Article 4 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities⁷³ that grants to minority members the right to equality before law and the equal legal protection, the Advisory Committee encourages the judicial authorities to introduce more efficient legal remedies (especially considering a low number of tried cases by the courts) in order to guarantee compensation for the victims of discrimination⁷⁴.

The Government should apply appropriate measures for efficient exercising of the constitutionally and legally determined special rights of the officially recognized national communities in the practice and/or in everyday life⁷⁵.

Concerning the Italian and Hungarian minorities, the main issue has been concerning due to the decreasing membership of both minorities between the two censuses. In addition, there is still a problem with the actual possibilities for using the languages of both minorities when dealing with state

⁷⁰ State Department 2004 Human Rights Report, Slovenia HRR04.

⁷¹ State Department 2004 Human Rights Report, Slovenia HRR04.

⁷² Published at the visit of the Council of Europe Advisory Committee on the Supervision of the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities in Slovenia, 4-8 April 2005, Mnenje Svetovalnega odbora Sveta Evrope o uresničevanju Okvirne konvencije za zaščito narodnih manjšin s strani RS, sprejeto 12. septembra 2002; Svetovalni odbor je Mnenje sprejel po prejemu Začetnega državnega poročila o izvajanju Okvirne konvencije v Sloveniji leta 2000.

⁷³ E.g. Zakon o ratifikaciji Okvirne konvencije za varstvo narodnih manjšin, Act Ratifying the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Official Gazette-Treaties 1998, nr. 4.

⁷⁴ Published at the visit of the Council of Europe Advisory Committee on the Supervision of the Implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities in Slovenia, 4-8 April 2005, Mnenje Svetovalnega odbora Sveta Evrope o uresničevanju Okvirne konvencije za zaščito narodnih manjšin s strani RS, sprejeto 12. septembra 2002; Svetovalni odbor je Mnenje sprejel po prejemu Začetnega državnega poročila o izvajanju Okvirne konvencije v Sloveniji leta 2000.

⁷⁵ Priporočila Državnega zbora Republike Slovenije, št. 700-01/93-0019/0042, EPA 293-IV, sprejeta na 10. redni seji dne 27/10-2005 ob obravnavi Desetega rednega letnega poročila Varuha človekovih pravic za leto 2004, obj. Poročevalac DZ, št. 83/05.

bodies, mainly due to the employment of civil servants who do not speak the minority languages. This illustrates a problem which is also common in other areas, where rights which are guaranteed by the Constitution or by law can not be exercised in full due to discrepancies between what is declared and what actually exists. Therefore we must again emphasize that it is not enough for the state only to formally guarantee the special rights of both of the constitutionally recognized minorities, but also that it is their duty to enable them to be exercised effectively in everyday life as well⁷⁶.

Also, the protection of the collective rights of national minorities not specially defined in the Constitution is not sufficiently regulated. The Ministry of Culture provides financial assistance to various associations, but this is insufficient. The lack of clarity surrounding the definition of the concept of autochthony and the poorly defined competencies of the Government Office for Nationalities further contributes to the lack of arrangement of the status of these minorities. With regard to the fact that some of these minorities in Slovenia are made up of fairly large groups of people, the Government must propose solutions in discussions with representatives of these minorities as soon as possible which will guarantee their continued existence as cultures and nationalities in Slovenia. During the last period, the problem of the ethics of public speech became especially pronounced, frequently underscoring the helplessness of individuals when the media, especially the commercial media, make unjustifiable intrusions into their privacy, disclosed their identity or issued false information. We have also seen that legal remedies are often ineffective. The fact that politicians are often the first in line to express intolerance towards various minorities is also especially worrisome⁷⁷.

5. Some Views on the Future - Adoption of the European Standards

By following the Strasbourg case-law, the framers of the *Constitution* were able to stipulate the necessary safeguards concerning urgent needs of society which allow only for a narrow margin of discretion on the part of State bodies introducing restrictions of human rights and fundamental freedoms.

The *Statute of the Council of Europe* came into force for Slovenia on 14 May 1993 when Slovenia was surrounded by several conflict zones. However, even in that time the efforts of the State were of positive character: to follow the European standards as much as possible and as faithful as possible. The promotion of the human rights protection was one of the then most important issues. The result of such governmental politics was the accelerated ratification of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (hereinafter

⁷⁶ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005.

⁷⁷ Human Rights Ombudsman, Annual Report 2004, Ljubljana, May 2005.)

Convention). The *Convention* was ratified on 31 May 1994. The *Ratification of the Convention Act (in respect of ratification also of Article 25, Article 46, Protocol No. 1, and Protocols Nos. 4, 6, 7, 9, and 11)* was published on 13 June 1994⁷⁸ and came into force on the fifteenth day following publication. On 28 June 1994 Slovenia formally ratified the *Convention* in Strasbourg by depositing the appropriate instruments with the Secretary General of the Council of Europe. When ratifying the *Convention* Slovenia made no reservations because new legislation had been prepared following international standards and the *Convention*. It is also interesting to note another evidence of the then Slovenian enthusiasm " that Slovenia was the first member state to ratify *Protocol No. 11*. Slovenia recognized the competence of the European Commission and the jurisdiction of European Court of Human Rights under former Articles 25 and 46 of the *Convention* for an indeterminate period. In addition, the Slovenian declarations included a restriction *ratione temporis*, to the effect that the competence of the Commission and the jurisdiction of Court are recognized only for facts arising after the entry into force of the *Convention* and its *Protocols* with respect to Slovenia on 28 June 1994.

During the early period of the Slovenian transition some decisions of the Slovenian Constitutional Court directly referred to the *Convention* even before it became formally binding for Slovenia⁷⁹. There is no doubt that Slovenia has been inspired by the same ideals and traditions of freedom and rule of law principles as the framers of the *Convention*. While Slovenia is reintroducing and developing the legal culture of human rights after almost half a century of arrears, it cannot be said that it has no tradition concerning the protection of human rights and fundamental freedoms.

The Slovenian Constitutional Court and the whole system of ordinary courts have been ensuring the conformity of domestic legal provisions with the provisions of the *Convention*. In addition, the provisions of the

⁷⁸ Official Gazette RS, No 33/94

⁷⁹ Decision No. U-I-98/91 of 10 December 1992 (Official Gazette RS, No. 61/92, OdlUS I, 101) The Constitutional Court decided that statutory provisions which allowed administrative organs not to state the reasons for an individual administrative decision made on the basis of discretion and which decreed discretionary decisions in a bylaw are contrary to the legal system of the Republic of Slovenia and cannot be used according to their intention. As one of the reasons for its decision, the Court recalled that Article 13 of the ECHR ensures to everyone an effective legal remedy following the violation of his or her rights and freedoms specified therein. The Court observed that Slovenia had not yet signed and ratified the *Convention*, but considering its desire to join the Council of Europe it would necessarily have to do so, for which reason it was appropriate that Slovenian legislation be adjusted to meet the criteria of the *Convention* as soon as possible.

Ruling No. U-I-48/92 of 11 February 1993 (Official Gazette RS, No 12/93, OdlUS II, 15) The Constitutional Court, taking into consideration the case law of the European Court of Human Rights concerning Article 11 of the *Convention* (freedom of association), decided that obligatory association with a chamber of doctors does not constitute a limitation of the constitutional freedom of association guaranteed under Article 42 of the Slovenian Constitution.

The Constitutional Court based its decision on the case-law of the European Court of Human Rights, which, when considering mandatory membership of the *Ordre des Médecins* (medical association) of Belgium, had taken the position that the *Ordre des Médecins* was an institution of public law exercising public control over medical practice. As such, the *Ordre* could not be considered to be an 'association' in the sense of Article 11 of the *Convention*. Mandatory membership of the *Ordre des Médecins* does not entail any restrictions of the right ensured by Article 11 of the said *Convention*.

Ruling No. U-I-60/92 of 17 June 1993 (OdlUS II, 54) The Constitutional Court, taking into consideration the case-law of the European Court of Human Rights concerning Article 6 of the *Convention* (the right to a fair trial), Article 2 of Protocol No. 7 (the right of appeal in criminal matters) and Article 13 of the *Convention* (the right to an effective remedy) decided that the regulation of legal remedies before the courts of associated labour was not contrary to Article 14 (equality before law), Article 15 (the exercise and restriction of rights) Article 22 (the equal protection of rights), nor Article 25 (the right to a legal remedy).

Convention complement national constitutional provisions. Beyond that, the case-law of the European Court of Human Rights is also directly applicable in the decision making process of the Constitutional and other courts in Slovenia. Thus the jurisdiction of the European Court of Human Rights and Slovenian national courts overlap in several ways.

Additionally, consideration of Strasbourg case-law is explicitly determined by the Slovenian national law: The decisions of the European Court of Human Rights are to be directly executed by the competent ordinary courts of the Republic of Slovenia (Article 113 of the Court Act).

When Slovenija joined to the EU, consequently adopted standards of contemporary EU legal culture in which it has become normal that national courts are influenced by the case-law of the national and (international) regional European courts, thus raising the level of human rights protection⁸⁰. However, a legal rule and its implementation in everyday practice are two different things. Real, half-real, and often only apparent general interests of society may be extraordinarily strong, especially if they incite national socialist, ideological, or political emotions. At such a time people may forget principles which they had followed until recently, but they still demand and efficient functioning of ordinary courts. Judicial and political independence are almost the sole guarantees against the transformation of law into a tool of some or other ideological and political movement based on impatience.

Regarding the EU system of Human Rights protection, the National Assembly on 1 February 2005 ratified the Treaty Establishing a Constitution for Europe and the Final Act⁸¹. Furthermore, Slovenia considers the development of the common European constitutionalism through the Treaty, especially the promotion of common European standards (based on extended catalogue of human rights) of human rights protection. For Slovenia, the Treaty itself is an important milestone for the European Union as a whole, since it represents a further step in the development of the European Union and underscores the unity of the Member States.

The signing of the Treaty means without any doubt a new big step towards a new regulation of already rather extended European Union. Generally speaking, we can only state that the Preamble of the Treaty enforces and guarantees all those values and goals which are nowadays as a rule considered in Slovenia and in other member states as fundamental characteristics or principles of the current western democracy, a rule of law and a social state.

Additionally, regarding the Treaty as a *sui generis* document it was also

⁸⁰ Bavcon, L., 1997, note 7 above, pp. 436-437.

⁸¹ E.g. Zakon o ratifikaciji Pogodbe o Ustavi za Evropo s Sklepno listino, Act Ratifying the Treaty Establishing a Constitution for Europe and the Final Act, Official Gazette 2005, nr. 15, Mednarodne pogodbe (Treaties) 2005, nr. 1.

very important the active participation of Slovenia within the treaty as a full member state of the European Union. By such participation the Slovenian national self-confidence has been reinforced. Bearing in mind the Slovenian voluntary decision to enter into the European Union and an opportunity for voluntary secession from the Union explicitly determined by the Treaty (Slovenia retained this right also on the basis of the internationally recognized inalienable right to self-determination, we may look into the future with a considerable feeling of "security" concerning the Slovenian national identity. However, all this may be on the other hand at any time only an illusion or an outward form.

In one of newest cases decided by the Slovenian Constitutional Court⁸² the question of the implementation of the Treaty arised. The petitioner challenged the unconformity of the particular law with the provisions of the Treaty as well. The Constitutional Court stated that the Treaty (including the Charter of Human Rights) was already published in the Official Journal of the European Union as well as in the Official Gazette of the Republic of Slovenia v Uradnem listu RS, however the Treaty is not yet in force and it is not a direct legal source. Therefore the Court decided the case only considering the Slovenian Constitution in force as a legal basis for its decision-making.

There were no special preliminary discussions on the contents of the Lisabon Treaty.

The Slovenian National Assembly ratified on Tuesday the Lisbon Treaty on 29 January 2008, enabling Slovenia to be the second EU country to ratify the document after Hungary⁸³. The document, which was endorsed in a 74-to-6 vote, is to ensure efficient operation of the enlarged European Union and strengthen its role in the world.

Monitoring the ratification of the Lisbon Treaty was one of Slovenia's priorities as the EU president during the first half of 2008.

Accordingly, the human rights protection should be expected in any case. Therefore, a special European Union's body - Agency for Human Rights dealing with these issues should was established, however having an independent position (not to be influenced by pragmatic politics). This would be a basis for the promotion of the achieved European standards of this field. The both treties are adopted the complete provisions as well as a modern catalog of human rights and fundamental freedoms, based on the so far created European experiences and standards. Such level of human rights protection determined by the European Union, when reached should be intensively expanded and developed.

⁸² Ruling No. U-I-268/05 of 5 July 2007 (published on the www.us-rs.si).

⁸³ Representatives of EU Member States, including Prime Minister Janez Janša and Minister of Foreign Affairs Dimitrij Rupel, signed the Lisbon Treaty on 13 December 2007 at a signing ceremony in Lisbon.

РЕЗЮМЕ

В современном государстве, которое руководствуется верховенством закона, конституционный контроль осуществляется за деятельностью государственных органов, которые могут нарушить Конституцию, и это является высшей формой правовой защиты конституционализма и прав человека. Конституционный контроль - средство борьбы с аномалиями, касающимися концентрации власти в других государственных органах. В частности, избыток законодательной деятельности государства угнетает индивидумов внутри политической системы. Конституционный контроль - средство уравнивания процессов, которые могут привести к вмешательству государства в конкретные сферы деятельности человека.

Некоторые исследователи позитивно высказываются относительно прогресса, которого достигла власть Словении в сфере реформ, начиная с провозглашения независимости в июне 1991 года, принятия демократической Конституции в декабре того же года и последующих поправок для защиты прав человека и основных свобод. Но при детальном рассмотрении можно отметить, что в связи с защитой прав человека в Словении возникли некоторые проблемы. Пришло время, когда мы поняли, что демократическое общество означает намного больше, чем только плюрализм и совместное существование индивидов, являющихся носителями разных культур и имеющих различный образ жизни.

Таким образом, необходимо подчеркнуть, что государство обязано не только гарантировать права людей, но и помогать им в осуществлении этих прав в повседневной жизни.



НА УРОВНЕ СТАНДАРТОВ СОВРЕМЕННОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

ДУМИТРУ ПУЛБЕРЕ

Председатель Конституционного Суда Республики Молдова

27 августа 1994 года вступила в силу Конституция Республики Молдова, принятая Парламентом 29 июля того же года. Учитывая этот факт, остановимся на предыстории и значимости данного события, сути конституционных принципов, на вопросах современного конституционализма в целом.

Конституция как Высший Закон государства является свидетельством определенного этапа в развитии общества, определенного уровня зрелости членов общества. Характер верховенства Конституции определяется не только местом в иерархии нормативных актов, но и тем, что она находится на службе у народа, а не защищает интересы лишь определенной социальной группы. Данный политико-правовой акт устанавливает порядок организации и осуществления власти и подчиняет своей авторитетностью и правовой силой любое решение, принятое правящими властями. Концепт Конституции превышает пределы права, олицетворяя политическую и государственную реальность, которая отождествляется с обществом.

В любой демократической стране Конституция является опорой для всей правовой системы. В случае возникновения трещин создается угроза разрушения всей правовой системы общества, появления законодательного вакуума, что неизбежно ведет к нестабильности.

Принятием Декларации о суверенитете 23 июня 1990 года первым Парламентом, избранным в результате свободных и демократических выборов, была вписана новая страница в развитие государственности Республики Молдова. Согласно Декларации народ стал источником и носителем суверенитета, осуществляемого через своих представителей. Республика Молдова была провозглашена единым и неделимым государством, открытым для сотрудничества с другими государствами, стремящимся вступить в ООН и международные организации, построившим свою деятельность на принципах разделения властей в государстве и защиты прав человека. Данная Декларация явилась основой конституционной реформы, предусмотрев в последнем пункте, что провозглашенные в ней принципы послужат базой для разработки новой Конституции.

Принципы государственного устройства, провозглашенные в Декларации о суверенитете, стали отправной точкой в установлении новой демократии в Республике Молдова, а Декларация заняла высшую ступень по отношению к Конституции 1978 года. В отличие от многих других социалистических государств, Республика Молдова не сразу приняла новую Конституцию. После 1989 года на базе Конституции Молдовы 1978 года путем конституционных и законодательных реформ был установлен демократический режим правления. На основании Декларации о суверенитете 26 июля 1990 года Парламент принял Закон №194-XII, которым внес изменения в ст. 74 Конституции, закрепив, что в дальнейшем акты, принятые органами государственной власти СССР, будут действовать на территории Молдовы только после их ратификации высшим законодательным органом. Принятое в последующем законодательство в полной мере способствовало демократизации общества и либерализации экономики. Отметим, в частности, Земельный кодекс, законы о собственности, о приватизации, о предпринимательстве и предприятиях, об иностранных инвестициях, об акционерных обществах, о партиях и других общественно-политических организациях, о выборах Президента страны, о Правительстве и др.

Основные этапы на пути к современной Конституции.

19 июня 1990 года постановлением Верховного Совета МССР была создана Комиссия по разработке проекта новой Конституции. Комиссия основывалась в своей работе на положениях, нашедшие отражение в проектах, предложенных Отделом по законодательным и правовым вопросам Секретариата Парламента, Правительством, Академией наук и группой независимых авторов. Безусловно, во внимание были приняты замечания и предложения, высказываемые на заседаниях Конституционной комиссии.

12 марта 1993 года, обсудив проект Конституции, Парламент Республики Молдова не успел принять его в первом чтении, однако принял Постановление по проекту Конституции Республики Молдова, в котором были утверждены основные положения.

15 мая 1993 года Президиум Парламента Республики Молдова принял Постановление о мерах по организации и проведению всенародного обсуждения Конституции.

29 июля 1994 года после неоднократных обсуждений проекта закона Парламент принимает Конституцию Республики Молдова. В этот же день Конституция промульгируется Указом Президента Республики Молдова и вступает в силу (ст. I раздел VII) с 27 августа 1994 года. С этого же дня признается утратившей силу Конституция Республики Молдова от 15 апреля 1978 года, законы и другие нормативные акты действуют в части, не противоречащей Конституции.

Конституция 1994 года - это первая Конституция в истории нашего государства, установившая демократический режим, который основан на приоритете основных прав и свобод, направленных на благо граждан и общества. В отличие от Румынии, России и других стран, Конституция Республики Молдова не явилась спасательным кругом для новой демократии. Большинство принципов и конституционных норм были претворены в жизнь до принятия Конституции на протяжении 5 лет правления в условиях новой демократии, будучи проверенными временем и обществом и являясь основой для принятия новой Конституции. Выявление накопленного политического и социального потенциала - это одна из основных задач Конституции 1994 года. Таким образом, Конституция Республики Молдова узаконила установившиеся общественные отношения, послужив основой для их дальнейшего регламентирования.

Наряду с существующими конституционными отношениями, Конституция установила новые отношения и политические институты, роль которых состоит в обеспечении и защите конституционных прав и свобод.

Впервые в истории нашего государства Конституция провозгласила Республику Молдова суверенным, независимым, нейтральным правовым государством, основанным на принципах верховенства Конституции, разделения и взаимодействия властей в государстве, законности, приоритетности и защиты прав человека, политического плюрализма - принципах, способных устранить любую попытку к возрождению диктатуры и тоталитаризма, установлению официальной идеологии.

Конституция установила порядок учреждения, полномочия и отношения между главными институтами правового государства (Парламент, Правительство, Президент Республики Молдова и судебная власть). Провозгласив принцип верховенства Высшего Закона, Конституция установила атрибуты государственности, иерархию законодательных актов, принятых Парламентом, разграничила компетенции высших политических институтов государства и конкретизировала области, которые регламентируются нормативными актами Правительства.

Конституция Республики Молдова закрепила основные права и свободы гражданина, провозглашенные Всеобщей декларацией прав человека и двумя международными пактами в данной области, и посвятила отдельную главу принципам, применяемым к основным правам и свободам. Таким образом, Всеобщая декларация прав человека была поднята на уровень конституционных норм.

Пересмотрев отношения между гражданином и государством, Конституция установила принцип ответственности государства перед гражданином, гарантом соблюдения которого является Конституционный Суд.

В новом видении было регламентировано взаимодействие внутреннего и международного права. Международный принцип о праве догово-

ров был применен не только по отношению ко Всеобщей декларации прав человека, но и к другим пактам и договорам, к которым Республика Молдова присоединилась. Согласно конституционным нормам международные договоры, не соответствующие Конституции, вступают в силу только после пересмотра Конституции.

Провозгласив суверенитет и независимость нашего государства, Конституция предоставила представителям народа возможность разрешать национальные проблемы без вмешательства извне. Республика Молдова стала полноправным членом таких престижных международных и региональных структур, как ООН, ОБСЕ, Совет Европы и др.

Особое место в Конституции занимают положения о местном публичном управлении, согласно которым публичное управление в административно-территориальных единицах основывается на принципах местной автономии, децентрализации общественных служб, выборности властей местного публичного управления и консультаций с гражданами по важнейшим вопросам местного значения. Впервые в истории нашего государства была установлена процедура народной инициативы пересмотра Конституции, в отдельном разделе регламентируются процедура и пределы пересмотра Конституции под строгим контролем Конституционного Суда.

На Конституцию возложена одна из важнейших миссий - быть стабилизирующим фактором общества. Конституция обеспечила мирный переход к демократической системе правления, от унитаризма и однопартийности к плюрализму мнений и многопартийности.

В результате внедрения конституционных норм Республика Молдова имеет в настоящем правовую управленческую систему, основанную не только на строгом разделении властей в государстве, но и на их эффективном взаимодействии.

Правовая система была приведена в соответствие с положениями международных норм. В целях оптимизации защиты прав человека и обеспечения реализации принципа свободного доступа к правосудию была реформирована судебная система, были созданы Институт парламентского адвоката и Центр по правам человека, открыт доступ в Европейский суд по защите прав человека.

Принятие Конституции ускорило развитие частной собственности, предпринимательской деятельности, создание рыночной экономики в целом.

Конституция создала свой бастион - Конституционный Суд, вверив ему такие функции, как защиту конституционных норм, обеспечение и реализацию принципа разделения властей в государстве, гарантирование ответственности государства перед гражданином, устранение конфликтов между ветвями власти.

На протяжении своей деятельности, путем санкционирования нормативных актов, противоречащих Высшему Закону, Конституционный Суд создал эффективный механизм конституционного контроля законов. Посредством заключений по инициативам о пересмотре Конституции и решений о толковании конституционных положений Суд внес свой вклад в совершенствование и понимание истинного смысла конституционных норм.

Создав специальные процедуры, Конституция установила относительно жесткий механизм изменения конституционных норм. В результате, в Конституцию были внесены две новые статьи и изменены 33 конституционные нормы, касающиеся различных областей.

Практически не существует идеальных правовых норм даже в государствах с развитыми демократическими конституционными традициями. Безусловно, некоторые положения Конституции Республики Молдова могут быть подвергнуты разнообразным толкованиям, по данному основанию необходима их взвешенная оценка. Конституция может быть подвергнута критике и в связи с отсутствием норм по регламентации некоторых институтов. Однако в настоящее время, в целях более эффективного управления обществом, следует сосредоточиться не на недостатках, а на выявлении потенциала Конституции, осуществлении конституционных положений в полном объеме.

Республика Молдова, как и любое демократическое государство, желает иметь прочную Конституцию, которая своим авторитетом и силой своих норм верховенствует над правовой системой и обеспечивает социальную стабильность. Вносимые изменения преследуют и должны преследовать именно эту цель.

Право, будучи динамичным социальным явлением, подвержено происходящим в обществе изменениям. И нормы, и конституционные принципы следуют этому правилу, поскольку являются нормами права. С политической точки зрения любая Конституция отражает реальную политическую деятельность на момент принятия. Глубокие изменения в области социальных отношений требуют внесения изменений в Конституцию с тем, чтобы она не стала серьезным препятствием на пути социального и политического прогресса государства.

Наглядным примером в этом смысле может служить необходимость учреждения института конституционной жалобы. Опросы, консультации специалистов и ученых в данной области и особенно поток обращений граждан нашей страны в Европейский суд по правам человека свидетельствуют о том, что внесение соответствующих изменений в Конституцию не может быть более отсрочено. Этому же мнению придерживаются лидеры партий, представленных в Парламенте, была четко выражена и политическая воля руководства страны. Считаем, что наделение правом обращения в Конституционный Суд любого лица,

ущемленного в своих правах и свободах принятым публичными властями актом, станет еще одним важным этапом в становлении правового демократического государства.

Все более выраженное стремление общества к уважению и соблюдению Конституции является результатом равнения конституционной национальной юрисдикции на стандарты прогрессивного мирового конституционализма. Однозначная направленность Конституционного Суда Республики Молдова на признание четких европейских требований совпадает со стремлением народа к установлению порядка и справедливости по всей вертикали правового государства.

SUMMARY

The Constitution is considered to be the fundamental law of a state which is invested with supreme legal force. The historic experience proves that each state establishes its way of organizing and exercising of power in the Constitution. Both governors and those governed perceive that political and legal act as the fundamental Law of the state, Supreme Law, fundamental Pact. According to the classical theory of the constitutional law, each state necessarily has its own constitution. The emergence of a new state establishment corresponding to the principles of social and political justice and being specific to the Western constitutional democracy and legal state presupposes the formation of some generations of jurists in the spirit of the most democratic concepts about the role, constitutional functions, historical evolution of the incorporated institutions etc. Metaphorically and euphorically saying, the constitution is considered sometimes to be a magic word and a miraculous dimension of a lawful state.

Nowadays, in our literature it is used in the meaning of a fundamental legal act which is composed of a system of norms implying supreme juridical force and regulating social relations in the way of establishing, keeping and exercising of state power as well as setting concurrently the competence limits of these powers, rights and fundamental liberties of citizens. Hence, it is that juridical act that regulates the organization of the society in a state.

Therefore, the social organism cannot exist and function only through its own veneration expressed towards a faith. Being subordinated to profound human and earthly senses, it should function as the clock mechanism. Keeping the pace of the metaphorical space, the Constitution can also be considered as the technical book of the social mechanism.



СОДЕРЖАНИЕ

Вступительные слова на XIII Ереванской международной конференции

Гагик Арутюнян Председатель Конституционного Суда Республики Армения	5
Серж Саркисян Президент Республики Армения	10
Джианни Букикио Секретарь Венецианской комиссии Совета Европы	15
Сергей Капинос Руководитель Ереванского офиса Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе	21

Доклады на XIII Ереванской международной конференции

Гагик Арутюнян Гарантии реализации основополагающих конституционных ценностей на уровне государственной политики и в общественной практике	27
Евгений Танчев Верховенство права и правовое государство	37
Сокол Бербери Защита конституционных ценностей гражданского общества посредством конституционного контроля	56
Николай Бондарь Конституционные ценности в практике Конституционного Суда России: опыт разрешения социальных противоречий и конфликтов	65
Игорь Рогов Фундаментальные конституционные ценности как основа государственности суверенного Казахстана	91
Богдан Зжиеницкий Защита конституционных прав и свобод в свете изменений правового порядка	96

Отто Люхтерганд Человеческое достоинство как основная ценность Конституции Германии и его значение для конституционной практики	111
Таня Гропи Роль Конституционного Суда в защите и развитии конституционных ценностей в Италии	118
Владимир Мокряк Фундаментальные конституционные ценности как фактор стабильности конституционного строя	137
Виктор Скудра Защита конституционных ценностей Конституционным Судом Республики Латвия	148
Джеймс Гамильтон Основополагающие ценности, наличествующие в Конституции Ирландии, и их применение	157
Барнабаш Ленкович Собственность, свобода, безопасность	168
Предраг Сеткович Основные конституционные ценности в практике Конституционного Суда Республики Сербия	181
Виллем Верихт Восстановление аннулированного закона: Конституционный Суд Бельгии и законодательный рецидив	200
Юрий Баулин Нормативное выражение конституционных ценностей и их значение в деятельности Конституционного Суда Украины	218
Леонид Рябцев О конституционной основе реализации права граждан Республики Беларусь на судебную защиту	223
Микалис Кристодулос Независимость судебной власти на Кипре	230
Чинара Мусабекова Конституция Кыргызской Республики и права человека: новые испытания	235
Станислав Балик Роль Конституционного Суда и Высшего Административного Суда в защите основных прав сторон при осуществлении административного правосудия в Чешской Республике	247

Валерий Погосян	
Судебная власть и общество	255
Герман Ван Ден Миер	
Положения Конституции в судебной системе Голландии	260
Марио Елушич	
Основополагающие ценности и права человека в Конституции Хорватии	264
Арне Мавчич	
Конституционные ценности в практике: на примере системы Словении	271
Думитру Пулбере	
На уровне стандартов современного конституционализма	300

CONTENTS

Opening speeches at the XIII Yerevan International Conference

Gagik Harutyunyan President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia	5
Serge Sargsyan President of the Republic of Armenia	10
Gianni Buquicchio Secretary of the Venice Commission of the Council of the Republic of Europe	15
Sergey Kapinos Head of Organization of Security of Council of Europe Office in Yerevan	21

Presentations of the XIII Yerevan International Conference

Gagik Harutyunyan Guarantees of the realization of the fundamental constitutional values in the state policy level and public practice	27
Evgeni Tanchev Rule of law and state governed by Law	37
Sokol Berberi Protection of the constitutional values from civil society through the constitutional review	56
Nikolai Bondar Constitutional values as a judicial and legal factor of solution of the social contradictions and conflicts	65
Igor Rogov Fundamental constitutional values as the basis of the statehood of the sovereign Kazakhstan	91
Bohdan Zdziennicki Protection of constitutional rights and freedoms in light of changes in the legal order	96

Otto Luchterhandt	
Human dignity as the fundamental value of the Constitution of Germany and its importance for the constitutional practice	111
Tania Groppi	
The role of the Constitutional Court in the protection and development of constitutional values in Italy	118
Vladimir Mokryak	
Fundamental constitutional values as a factor of stability of the constitutional order	137
Viktors Skudra	
Protection of constitutional values by the Constitutional Court of the Republic of Latvia	148
James Hamilton	
The fundamental values contained in the Constitution of Ireland and their application	157
Barnabas Lenkovics	
Property, freedom, security	168
Predrag Cetkovic	
Fundamental constitutional values in the practice of the Constitutional Court of the Republic of Serbia	181
Willem Verrijdt	
Re-enacting an annulled law: the Belgian Constitutional Court and legislative recidivism	200
Yuri Baulin	
Normative expression of the fundamental values and their significance in the activity of the Constitutional Court of Ukraine	218
Leonid Ryabtsev	
On constitutional basis of the realization of the rights of the citizens of the Republic of Belarus	223
Michael Christodoulou	
The independency of the judiciary in Cyprus	230
Chynara Mousabekova	
Constitution of Kirgizia and human rights: new ordeals	235
Stanislav Balik	
The Constitutional Court and the Supreme Administrative Court roles in the protection of fundamental rights of parties, to administrative proceedings in the Czech Republic	247

Valeri Poghosyan	
Judicial power and society	255
Herman Van Der Meer	
The position of the Constitution in the Dutch judiciary	260
Mario Jelušić	
Fundamental values and human rights in the Croatian Constitution	264
Arne Mavčič	
Constitutional values in the practice with a special reference to the Slovenian system outline	271
Dumitru Pulbere	
On the level of the standards of the contemporary constitutionalism	300

**INTERNATIONAL ALMANAC
CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE NEW MILLENIUM**

**ALMANACH INTERNATIONAL
JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AU NOUVEAU MILLENAIRE**

**INTERNATIONALER ALMANACH
VERFASSUNGSJUSTIZ IM NEUEN JAHRTAUSEND**

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ АЛЬМАНАХ
КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ В НОВОМ ТЫСЯЧЕЛЕТИИ**

**Над выпуском работали:
At the publication worked:**

(Руководитель группы) А. АКОПЯН А. НАКОВЯН (Head of the group)

И. ДАНИЕЛЯН I. DANIELYAN
Н. АЛЕКСАНИЯН N. ALEXANYAN
Л. КАЗАРЯН L. GHAZARYAN
Н. ХАЧИКЯН N. KHACHIKYAN

**Материалы Альманаха публикуются в авторской редакции
The materials of Almanac are published in author's edition**

Тираж/circulation: 1000



Адрес редакции:
375019, Ереван, пр. Баграмяна 10
Тел.: 529991, 588189
Факс: 529991
E-mail: armlaw@concourt.am
centercon@concourt.am
URL:<http://www.concourt.am>



XIV Yerevan International Conference

“The interaction between constitutional courts and parliaments in guaranteeing the supremacy of the Constitution”

XIV Conférence internationale d'Erevan

“L'interaction entre des cours constitutionnelles et des parlements dans la garantie de la primauté de la Constitution”

XIV Ереванская международная конференция

“Содействие конституционных судов и парламентов в обеспечении верховенства Конституции”

1-3 OCTOBER
OCTOBRE
ОКТАБРЯ **2009**