

International Almanac
Constitutional justice in the new millennium
2002
CONTENTS

Preface

Ludwig Adamovich

"Practical problems of modern constitutional justice" (In German, Summary in Russian)

Gagik Harutyunyan

"Logic of development of the constitutional justice system: experience and perspectives" (In Russian, Summary in English)

Luzius Wildhaber

"Aspects of the freedoms of expression and association under the European Convention on Human Rights: Articles 10 and 11"(In English, Summary in Russian)

Yves Guena

"Constitutional Council of France" (In French, Summary in English)

Dimitar Gotchev

"Equality before the law and the practice of the Constitutional Court" (In French, Summary in English)

Rolf Knieper

"Separation and unity in the organization of a state: constitutional principles and constitutional-judicial specification" (In German, Summary in Russian)

Otto Luchterhandt

"Protection of fundamental rights in the Constitutional Courts on the basis of individual complaints. General survey" (In German, Summary in Russian)

Jan Mazak, Gabriela Dobrovicova

"Fundamental Rights Protection and Abstract Constitutional Review after the Amendment to the Constitution of the Slovak Republic" (In English, Summary in Russian)

Rafael Papayan

"Constitutional Review. Bible source" (In Russian, Summary in English)

Georghios Piki

"The Application of the Principle of Separation of Powers under the Cyprus Constitution"(In English, Summary in Russian)

Dominique Rousseau

"Legitimacy of the constitutional justice" (In French, Summary in English)

Marek Safjan

"Constitutional Complaint - a Tentative Summary of the Early Experience" (In English, Summary in Russian)

Boris Strashun

"Perspectives of democracy and constitutional justice" (In Russian, Summary in English)

Vladimir Tumanov

"Constitutional justice in the practice of the European Convention on Human Rights (example of Russia)" (In Russian, Summary in English)

Constitutional Court of the republic of Hungary (In English, Summary in Russian)

Kachyke Esenkanov

"Constitutional proceeding in Kyrgyz Republic: particularities and problematic aspects" (In Russian, Summary in English)

INSTEAD OF A FOREWORD

The humanity has entered the new millennium with a need for revaluing many basic values of social consciousness and for a serious search of ways to regulate social life and ensure sustainable development. "Globalisation", "universalism", "super-state constitution", "international terrorism and struggle against it", and a number of other concepts in use require not only general but also thorough juridical and political interpretation as well as some correlation with basic principles of democracy and rule of law in order to determine criteria of sustainable civil development and the frames of effective international cooperation.

The major factors to dictate new solutions are - in general outline - as follows:

1. The democratic developments in the international aspect have reached such a height that new level and quality of harmony and stability is required;
2. A severe contradiction has arisen between the introduction of democracy into relationships within a state and command of force in interstate relations;
3. The economic globalisation has created a completely new state of social integration which gave rise to unprecedented international coalitions, such as the European Union, in the framework of which the concept of a common Constitution inevitably comes forth. In the meanwhile, boundaries between democratic systems within a state and economic relations between states are loosening ;
4. The problem of conciliation of universalism and national peculiarities is growing more urgent. Instead of consonance, the contradictions between nation-focused and person-focused public structures are sharpening;
5. In the course of time, human society is transforming from a spiritual-cultural community into a mercenary-material one;
6. Religion and the spiritual area, having lost their essential role of inspiration the people with divine values, are transforming into a formal, reserved, in-church phenomenon, alien to man. Also, fanatic extremism with various sect manifestations is blooming;
7. In conditions of expansion of free market and global economic competition, moral norms are losing their primary role of social relations regulators and stimulators;
8. The gap between wealth and poverty has become so extremely polarized that they are becoming incompatible ;
9. The role of international law in the international legal area is essentially changing. In the same time, the distinctions of traditional legal systems are getting more relative. In European legal system precedent has become an important source of law, while human rights - in spite of national boundaries - have become an object of international protection;
10. Terrorism has become the most horrible world evil; it has its economic, social, and political motives and is opposed to the value system which presently is the basis of establishment of democratic relationships reached by civil consent ;
11. New fulcrums of international balance are being searched for in the post-cold war conditions of democratic developments in the post-Soviet area. The bi-polar world has transformed into unstable uni-polar system with real trends to multi-polarity. On the one side, the fulcrums of international system stability are still in the process of defining, on the other side, existing institutions designed for that purpose are losing their primary role;
12. In the same time, many countries have got into the zone of uncertainty caused by reforms, when the creation of new value system to be the base of problem salvation has become inescapable;
13. The mankind has long ago created enough premises for self-destruction and either a casual factor or natural calamities can make that probability real;
14. The need for united fight against all-planet dangers has become urgent;
15. Achievements of scientific thought and modern possibilities of providing information, including experiments on creation - in technical or biological way - of an artificial man, dictate new approaches to

the overall value system.

The above list may be continued. However, what is mentioned is enough to convince that all basic issues related to sustainable and coordinated society development, in both, national and international aspects, should be discussed in this context.

Naturally, the problem of human rights legal protection, which has lately become one of the major European constitutional development problems, also belongs to those basic issues.

Since establishment of the UN and conclusion of a number of fundamental international agreements, norms of human rights have occupied a fundamental position in interstate and in-state relations. However, the activities of the European Court on Human Rights, Court of Justice of the European Union, and starting from 2002 also the International Criminal Court make it obvious that the mankind has entered the new millennium "crashing" the national models of legal concepts and protection of law, and the issue of protection of law has become a super-state phenomenon. This was stipulated also by the fact that establishment of civil society and rule of law, creation of a democratic state have become universal ideals and also precondition for best realization of man's virtue and creativeness. It was not by a chance that all constitutions adopted or radically amended in the world, especially, in Europe after World War II, have stipulated as a norm-purpose and a norm-principle the importance of being and a democratic state of rule of law, and they also recognize the superiority of international legal norms over national constitutional norms.

Value system integration process was more active in Europe, where economic, political, humanitarian, and, generally, value systems cooperation based on mutual interests has brought to such a quality of interstate cooperation that the created common economic, legal, and structural base, quite normally, brings an urgent necessity of creation of a constitution common for all states. This is a completely new quality of legal globalization which has been inherent only in the European Union so far. Thus, a common legal system with its inherent features and effective impact is gradually spreading throughout the world.

The changing world puts forward new issues for flawless process of dynamic and harmonious development of social systems, guaranteed protection of human rights and freedoms and citizens' right to constitutional justice. These questions essentially relate to constitutional justice systems, as warrants of sustainable and coordinated development of a social organism, and predetermine the nature and logic of their further development.

Naturally, many questions in this area require serious scientific evaluation and generalization. In the framework of the conference on Constitutional Supervision Bodies of Emerging Democracies held in Moscow, November 2001, discussing development perspectives of constitutional law in countries in transition, the idea of publishing a special annual chronicle was advanced and it got unanimous approval. Later, renowned constitutional law experts constitutional court members from over 60 countries were proposed to periodically publish articles devoted to basic issues related to constitutional law in the new millennium in the annual chronicle. The aim was to discuss the issue in three aspects: a) theoretical-methodological approaches, b) generalization of practical experience, c) analysis of decisions which are of special interest for constitutional courts.

The present first issue of 2002 Annual Chronicle introduces in alphabetical order 20 authors' considerations related to the issue. We are sure that the Chronicle will arise big interest among experts and will be published every year to become platform for establishing active dialog between experts of theory and practice of constitutional law.

G. Haroutjunian, Dr. of Law,
President of RA Constitutional Court,
Chairman of the Council of RA
Constitutional Law Center

L. ADAMOVICH
Präsident des Verfassungsgerichtshofes der Republik Österreich

Praktische Probleme der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik

Berührungspunkte mit dem politischen Bereich gibt es mindestens in zwei Richtungen.

Der fast überall feststellbare besondere **Bestellungsmodus** für Verfassungsrichter bedingt (zwar nicht notwendigerweise, aber erfahrungsgemäß) ein mehr oder weniger großes Nahverhältnis der Richter zum Bereich der Politik. Dagegen ist nichts einzuwenden, soweit es um die Frage des Vertrauens in eine bestimmte Person geht. Es besteht aber ein großer Unterschied zwischen persönlichen Beziehungen schlechthin und dem Ausnützen dieser Beziehungen für Zwecke der Intervention oder gar des Druckes. Politisch Mächtige haben eine gewisse Tendenz, Abhängigkeiten herzustellen und auf dieser Grundlage an die Emotionen der Betroffenen zu appellieren. Dieser Tendenz muß eine klare Haltung des Verfassungsrichters im Sinne eines "bis hierher und nicht weiter" entgegenstehen. Vor die Alternative gestellt, ob sich der Verfassungsrichter seinem Gewissen entsprechend verhalten oder ob er sich gegenüber den Mächtigen gefällig zeigen soll, gibt es nur **eine** richtige Lösung. Dabei ist noch festzuhalten, daß der Unmut der Mächtigen sich keineswegs in offenen Drohungen ausdrücken muß; es genügt unter Umständen eine deutlich zur Schau getragene Mißbilligung im gesellschaftlichen Bereich. Das muß ein Verfassungsrichter aushalten können.

Die **Kompetenzen** der Verfassungsgerichte bedingen fast notwendigerweise einen Eingriff in den politischen Bereich. Das gilt insbesondere für den Bereich der Gesetzesprüfung. So betrachtet macht es wenig Sinn, von "political questions" zu sprechen, weil jede Gesetzesprüfung (aber auch noch andere Akte eines Verfassungsgerichts) schon vom Verfahrenstyp her in die Politik hineinreicht. Gemeint ist freilich mit dem Begriff "political question" etwas anderes. Es geht im wesentlichen darum, ob das Verfassungsgericht auch dort eingreifen soll, wo es mehrere denkbare Lösungen gibt. Hans KELSEN hat diese Frage ganz eindeutig verneint. Sein Standpunkt läßt sich im wesentlichen dahin zusammenfassen, daß vor allem im Bereich allgemein gefaßter Wertungen nur der Gesetzgeber zur Entscheidung berufen ist. Wörtlich sagt er in seinem berühmten Vortrag über Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit vor der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Prag 1928):

"....., so bedeutet die Delegation von Gerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit, Billigkeit, Sittlichkeit usw. *mangels einer näheren Bestimmung* dieser Werte auch nichts anderes, als daß der Gesetzgeber wie der Gesetzvollzieher ermächtigt werden, den ihnen durch Verfassung und Gesetz gelassenen Spielraum nach freiem Ermessen zu erfüllen."

Dies bedeutet in dem Zusammenhang, in dem es gesagt wurde, eine Absage an eine

weitreichende verfassungsgerichtliche Judikatur auf dem Gebiet der Grundrechte.

Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat sich in seiner Grundrechtsjudikatur lange Zeit auf dieser Ebene bewegt. Die heutige Judikatur hat sich weitgehend davon entfernt. Dies konnte nicht ohne Kritik sowohl aus dem Bereich der Politik als auch aus dem Bereich der Rechtswissenschaft abgehen.

Eines allerdings muß festgehalten werden: Es kann politisch durchaus brisante Fragen geben, für die es bei vernünftiger und fundierter Betrachtung nur **eine** richtige Lösung gibt, die voraussetzungsgemäß irgendeine der in der Politik maßgebenden Kräfte verärgert. In einem solchen Fall darf das Verfassungsgericht keineswegs auf die Wahrnehmung seiner Funktion verzichten.

Nicht zu bestreiten ist es, daß der einfache Gesetzgeber einen **Spielraum** hat, innerhalb dessen er auch einander ausschließende Regelungen treffen darf; die Frage ist, wie die Grenzen dieses Spielraumes zu ziehen sind. Besonders im Bereich des Gleichheitsgrundsatzes spielt diese Frage eine große Rolle.

2. Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur Enteignung als Beispiel für den Wandel des Grundrechtsverständnisses

Typisch für die zunächst sehr zurückhaltende Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes in Grundrechtsfragen ist das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1928, Slg. Nr. 1123. Es ging darin um das "allgemeine Wohl" als Voraussetzung der Enteignung. Die anfechtende Partei in diesem Verfahren hatte behauptet, daß ein Gesetz nicht dem allgemeinen Wohl diene und daher die Voraussetzung für eine Enteignung nicht gegeben sei. Dazu sagte der Verfassungsgerichtshof:

"Die Anfechtung bekämpft nun entschieden das Vorhandensein dieser Voraussetzung; sie behauptet, daß die im Mietengesetze enthaltenen Einschränkungen nicht dem allgemeinen Wohle, sondern nur dem Wohle der Mieter und nicht einmal aller Mieter dienen. Demgegenüber muß auf das nachdrücklichste betont werden, daß sich der Verfassungsgerichtshof in eine Erörterung dieser Frage nicht einlassen kann. Das allgemeine Wohl oder das allgemeine Beste ist ein juristisch gar nicht faßbarer Begriff, es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers, das Vorhandensein dieser Voraussetzung festzustellen, welche sowohl in dem zitierten § 364 ABGB als in dem folgenden die Enteignung regelnden § 365 enthalten ist. Es besteht geradezu die Hauptaufgabe der gesetzgebenden Körperschaften darin, sich über den Wert der vielfach entgegenstehenden Interessen eine Meinung zu bilden, das nach ihrer Ansicht höhere Interesse zu begünstigen oder zwischen widerstreitenden Interessen ein Kompromiß zu schließen. Der Verfassungsgerichtshof muß es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern."

Schon 1949 (Erkenntnis vom 1. Oktober 1949, Slg. 1853) rückte der Verfassungsgerichtshof von diesem Standpunkt ab und erklärte sich für zuständig:

"Die Prüfung und Beurteilung der Frage aber, ob eine Enteignung dem öffentlichen Wohle dient und daher verfassungsmäßig zulässig ist oder nicht, obliegt im Rahmen ihrer verfassungsgesetzlich festgelegten Zuständigkeiten den Gesetzgebern des Bundes oder der Länder unter der nachprüfenden Kontrolle des Verfassungsgerichtshofes."

Ein weiterer Schritt wurde mit dem Erkenntnis vom 3. Dezember 1980, Slg. 8981 gesetzt. Darin sprach der Verfassungsgerichtshof aus, in der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie sei auch die Rückgängigmachung der Enteignung für den Fall grundgelegt, daß die enteignete Sache dem vom Gesetz als Enteignungsgrund genannten öffentlichen Zweck nicht zugeführt wird.

3. Verfassungsgerichtsbarkeit und Rechtswissenschaft

Hans KELSEN hat sehr deutlich zwischen Rechtsanwendung durch das zuständige Organ und rechtswissenschaftlicher Betrachtung unterschieden. Das hat aber Kritiker der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes keineswegs daran gehindert, die Art und Weise der Rechtsanwendung durch den Verfassungsgerichtshof anhand von rechtswissenschaftlichen Überlegungen zu kritisieren. Dies ist auch durchaus legitim, denn bei aller notwendigen Trennung von Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft müssen sie sich doch gegenseitig befruchten. Stehen sie beziehungslos nebeneinander, so führt dies auf der einen Seite zu Kritiklosigkeit, auf der anderen Seite zu einem wirklichkeitsfernen Schweben in abstrakten Sphären.

Nur gibt es nicht **eine** Rechtswissenschaft, sondern es gibt durchaus unterschiedliche rechtswissenschaftliche Positionen. Die Vertreter dieser Positionen belegen einander mit Vorwürfen, wobei im Zentrum der Begriff der Wissenschaftlichkeit überhaupt steht. Man kann Rechtswissenschaft nicht mit Methoden der Mathematik betreiben, umgekehrt aber kann man nicht aus Rechtswissenschaft reine Wertphilosophie machen. Beide (entgegengesetzten) Vorwürfe gibt es. Zwischen der Reinen Rechtslehre Hans KELSEN's und dem Stil der Rechtswissenschaft, wie er in der BRD vorherrscht, liegen Welten.

Das Verfassungsgericht wird daher immer in Gefahr sein, von der einen oder anderen rechtswissenschaftlichen Richtung kritisiert zu werden. Das muß in Kauf genommen werden. Fraglich ist lediglich, wie intensiv die Begründung der Entscheidungen sich mit möglichen rechtswissenschaftlichen Positionen auseinandersetzen hat. Manche Entscheidungen im europäischen Bereich lesen sich wie rechtswissenschaftliche Abhandlungen, andere wieder bestehen aus bloßen Behauptungen. Beides ist unangebracht. Natürlich sind Beratungen eines Gerichtshofes kein Seminar einer Universität. In einem solchen Seminar wird auch nicht abgestimmt. Der Unterschied sollte aber nicht so groß sein, daß man auf nachvollziehbare Begründungen überhaupt verzichtet und lediglich Behauptungen aufstellt.

4. Probleme der Verfassungsinterpretation

Die Aussage, daß die Frage nach der richtigen Interpretationsmethode kontroversiell ist, gehört zum Bereich des Banalen. Im Rahmen der Verfassungsinterpretation bestehen allerdings deshalb größere Probleme als bei der Interpretation einfacher Gesetze, weil Verfassungen sehr häufig mit allgemeineren Formulierungen operieren als einfache Gesetze. Dies gilt besonders für den Bereich der Grundrechte. Daher auch die geradezu ängstliche Ablehnung klangvoller wertgeladener Begriffe in den Schriften Hans KELSENs.

Bei jeder Interpretation, aber besonders bei der Verfassungsinterpretation, muß gewissermaßen **mitgedacht** werden, was nicht schwarz auf weiß geschrieben, sondern offenbar **vorausgesetzt** ist. Was man in diesem Sinn noch als vorausgesetzt ansehen darf und was nicht, stellt ein besonders wichtiges Problem dar, an dem sich die Geister scheiden. Die Fronten verlaufen nicht anders als in der unter 3. dargestellten Problematik.

Ein besonderes Problem im Rahmen der Verfassungsinterpretation ist die sogenannte **verfassungskonforme Interpretation** von Rechtsvorschriften, die unterhalb der Verfassungstufe stehen. Sie ist zweifellos legitim, solange ihr der Wortlaut der betreffenden Vorschrift nicht erkennbar entgegensteht. Das Umdeuten von eindeutig formulierten Texten in einer verfassungskonformen Interpretation ist schon eine problematische Vorgangsweise. Dies zeigt sich vor allem dann, wenn die zur Handhabung der betreffenden Rechtsvorschriften kompetenten Organe nicht an die Interpretation des Verfassungsgerichtshofes gebunden sind. Der österreichische Verfassungsgerichtshof ist derzeit mit einer solchen Problematik konfrontiert. Er hat in einer konkreten Rechtssache sich dahin geäußert, wie eine bestimmte Rechtsvorschrift von den **ordentlichen Gerichten** in verfassungskonformer Auslegung verstanden werden sollte. Die

ordentlichen Gerichte sind nun aber zum Teil nicht bereit, der Rechtsauffassung des Verfassungsgerichtshofes zu folgen; sie sind auch nicht an diese gebunden. Letzten Endes wird es Sache des Obersten Gerichtshofes sein, sich für den einen oder den anderen Standpunkt zu entscheiden.

5. Probleme aus dem Gemeinschaftsrecht

Es gibt wohl keinen Mitgliedsstaat der Europäischen Union (EU), bei dem nicht durch diese Mitgliedschaft verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen worden wären. In manchen Staaten (BRD, Frankreich) sind diese Probleme durch einen Akt des Verfassungsgesetzgebers gelöst worden. In Österreich wurde der Beitritt als Gesamtänderung der Bundesverfassung gewertet und der Volksabstimmung unterzogen. Die Rechtsordnung der EU läßt sich nicht in den Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung einordnen. Es hat sich daher die Auffassung herausgebildet, daß Gemeinschaftsrecht und nationales Recht nebeneinander stehen, allerdings mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Fragen der Interpretation des Gemeinschaftsrechts sind im allgemeinen keine verfassungsrechtlichen Fragen. Dies gilt insbesondere für die Entscheidung der Frage, ob der Anwendungsvorrang zum Zuge kommt oder nicht. Ausnahmsweise kann sich doch eine verfassungsrechtliche Problematik ergeben, aber sie ist eher als atypisch anzusehen.

6. Europäische Menschenrechtskonvention

In Österreich steht die Europäische Menschenrechtskonvention samt ihren Zusatzprotokollen im Rang eines Bundesverfassungsgesetzes; sie ist in der Judikatur genauso unmittelbar anzuwenden wie jedes national normierte Grundrecht. Wenngleich die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg nur im Einzelfall bindend sind, bemüht sich der Verfassungsgerichtshof, dieser Judikatur zu folgen. Das bedeutet die Anerkennung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei allen Eingriffen in Grundrechte. Schwieriger verhält es sich schon mit der vom Straßburger Gerichtshof vertretenen Auffassung, die Grundrechte bedeuteten auch Schutzpflichten des Staates für die den Grundrechten immanenten Werte. Der Verfassungsgerichtshof hatte bisher nur auf dem Gebiet des Versammlungsrechts Gelegenheit, sich dieser Auffassung anzuschließen.

Резюме

1. Конституционная юстиция и политика

Точки соприкосновения между конституционной юстицией и политикой существуют как минимум в двух сферах: в сфере назначения конституционных судей и в сфере полномочий конституционных судов. Распространенный почти повсюду порядок назначения конституционных судей обуславливает более или менее тесное соприкосновение судей с политической сферой. Против этого нельзя возразить в той мере, в какой речь идет о доверии по отношению к конкретной личности. Однако есть большая разница между личными взаимоотношениями и их использованием с целью вмешательства в деятельность конституционного судьи или давления на него. Подобным устремлениям необходимо противопоставить четкую позицию конституционного судьи, заключающуюся в формуле "до этого пункта и не больше".

Осуществление полномочий Конституционного Суда практически в обязательном порядке подразумевает вмеша-тельство в область политики. Это относится, в особенности, к установлению конституционности законов. С этой точки зрения бессмысленно говорить о "политических вопросах" ("political questions"), поскольку любое определение конституционности законов (так же как и иные акты Конституционного Суда) уже по самой процедуре разбирательства означает проникновение в политику. Поэтому под понятием "политических вопросов" следует подразумевать что-то другое, а именно: вопрос о том, должен ли Конституционный Суд вмешиваться, если наличествует возможность выбора

одного из многих решений.

2. Практика Конституционного Суда Австрии по вопросу об отчуждении имущества как свидетельство переворота в пони-мании восприятия основных прав

Типичная для австрийского Конституционного Суда сдержанная позиция в отношении вопросов, касающихся основных прав, в частности, определения понятия "общественного блага", (см. постановление Конституционного Суда от 13 декабря 1928-го года N 1123), уже в 1949-ом году подверглась пересмотру (постановление от 1 октября 1949-го года N 1953). А в постановлении Суда от 3 декабря 1980-го года N 8981 устанавливалось, что конституционно-правовые гарантии собственности подразумевают также и обратимость отчуждения в том случае, если отчужденное имущество нельзя подвести под указанный в законе в качестве основания для отчуждения публичный интерес.

3. Конституционная юстиция и правоведение

Критика Конституционного Суда с точки зрения правовой науки вполне легитимна, поскольку при всем необходимом разграничении правоприменение и правоведение должны взаимообогащаться. Если они статичны по отношению друг к другу, то это ведет, с одной стороны, к отсутствию какой-либо критики, а с другой стороны, к далекому от реалий полету в абстрактных сферах.

4. Проблемы толкования Конституции

При любом толковании, но особенно при толковании Конституции, в определенной мере следует подразумевать то, что не написано черным по белому, однако со всей очевидностью предустановлено. Что в этом смысле считать предустановленным, а что - нет, является особенно важной проблемой.

5. Проблемы европейского права

Мы исходим из того, что европейское право и национальное право находятся рядом, разумеется, европейское право имеет преимущество перед национальным. Как правило, вопросы толкования европейского права не являются конституционно-правовыми вопросами. Особенно это касается вопроса преимущественного применения. В исключительных случаях конституционно-правовая проблематика может наличествовать, однако ее следует рассматривать скорее как нетипичную для Конституционного Суда.

6. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод

В Австрии Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод и дополнительные протоколы к ней имеют ранг федерального конституционного закона. Суды обязаны применять ее так же непосредственно, как и любое закрепленное в национальном законе основное право. Если в отдельных случаях постановления Европейского Суда по правам человека имеют обязательный характер, то Конституционный Суд прилагает усилия, чтобы следовать им. Это означает, в частности, признание принципа соразмерности при вмешательстве в основные права.

Г. Г. Арутюнян
Председатель КС РА, д.ю.н.

ЛОГИКА РАЗВИТИЯ СИСТЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ:

ОПЫТ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Вековой опыт функционирования специализированной системы судебного конституционного контроля в мире показывает, что главная задача конституционного правосудия – способствовать формированию такой системы государственной власти, в которой гарантированы верховенство Конституции, защита неотъемлемых прав и свобод человека, созданы необходимые предпосылки для устойчивого и динамичного развития общества на основе принципов разделения, избираемости и подотчетности властей, верховенства права, **где преодолены революционность и процесс опережающего накопления отрицательной общественной энергии**. Эти задачи разрешимы, если опираются на глубокое и многостороннее изучение общественной практики и исторического опыта конституционного контроля, а также научного осмысления некоторых фундаментальных теоретико-методологических аспектов дальнейшего совершенствования системы конституционного правосудия.

Прежде всего необходимо раскрыть основные требования к формированию целостной системы конституционного правосудия в новом, XXI веке, на основе изучения векового опыта судебного конституционного контроля, имеющих различных моделей, выявления особенностей переходных периодов, а также на основе сравнительного анализа тенденций конституционного развития в мире. Проблема заключается в том, что конституционное правосудие – это результат развития научной мысли и общественной практики в двадцатом веке, а многие теоретические и практические вопросы в этой области нуждаются глубокого аналитического осмысления и системного обобщения.

Необходимо, также, рассматривать конституционное правосудие не только сугубо с точки зрения осуществления судебной функции, но и с позиции реализации властных функций, общественно-государственного управления и права народа на непосредственное осуществление государственной власти. На этой основе важно анализировать различные модели конституционного контроля, по-новому раскрывать внутреннюю логику формирования и развития европейской системы конституционного правосудия.

Принципиальное значение, на наш взгляд, имеет методологический подход к проблеме раскрытия системного характера функционирования конституционного контроля. Что же собой представляет конституционный контроль как система? Очень часто в литературе этот вопрос просто обходят молчанием или отождествляют с судебной системой конституционного контроля. Хотелось бы особо выделить два принципиальных момента. Во-первых, конституционный контроль, как целостная система, не ограничивается только рамками судебного контроля. Ибо следует иметь в виду также и функциональную роль законодательной и исполнительной властей, порядок и традиции сохранения нравственных, национальных и духовных ценностей. Во-вторых, конституционный контроль как система, как совокупность сложных и требующих гармоничного функционирования органов, имеющих разные правомочия, может существовать и результативно действовать только при наличии определенных предпосылок. Из них необходимо выделить конституционное упорядочение общественных отношений, закрепление демократических принципов развития общества (во время революций или при диктатуре данной системе нет места), независимость контроля, его всеобъемлющий характер, доступность членам общества, гласность конституционного контроля и т. д.

Краеугольное значение имеет обеспечение целостности системы, четкой функциональной взаимосвязи между ее основными звеньями, рациональное взаимодействие при обеспечении сбалансированности системы в динамике, а также институциональная гармоничность системы конституционного контроля. Изучение международного опыта формирования и функционирования системы конституционного контроля в течении XX века,

а также сложившейся ситуации в странах молодой демократии наглядно показывают, что, к сожалению, многие проблемы конституционного контроля рассматриваются и решаются дискретно, что в итоге не приводит к желаемым результатам, к установлению дееспособной системы самозащиты общественного организма.

Мировое сообщество в настоящее время вступило в новый этап развития, когда доминирующими становятся, с одной стороны, неопределенность, необходимость переосмысления ценностной системы, с другой - взаимосвязи и взаимовлияния, а также в отношении демократических ценностей и борьбе против международного терроризма и насилия формируются общие потребности и подходы. Поэтому система конституционного контроля каждой страны должна соответствовать определенным общим критериям. Выявление последних, научный анализ и **формирование системы конституционного контроля непрерывного функционирования** - безотлагательная необходимость. Об этом свидетельствовал также вес процесс активного и глубокого обсуждения проблематики дальнейшего развития системы судебного конституционного контроля в мире, организованного в рамках XII Конференции Европейских Конституционных Судов 13-16 мая 2002г.

Мы полностью поддерживаем высказывание на этом форуме Председателя Австрийского Конституционного Суда, господина Адамовича о том, что «Конституционная демократия является необходимой и основной средой для нормального функционирования конституционных судов». Можно добавить также, что без внедрения дееспособной системы конституционного правосудия не возможно гарантировать конституционную демократию.

Научная мысль в области микробиологии и медицины в последние десятилетия дала ряд серьезных обобщений, которые исключительно важны и с точки зрения системного изучения основных принципов и механизмов внутренней самозащиты общественного организма, обеспечения стабильности конституционно закрепленного функционального равновесия. К числу почти аксиоматических принципов относятся:

- функционирование иммунной системы человека, а также других сложных биологических систем охватывает весь организм, имеет иерархический и самоуправляемый характер;
 - каждая клетка организма обладает определенными ресурсами самозащиты, при исчерпании которых включаются защитные системы других взаимосвязанных структурных элементов организма;
 - главная миссия иммунной системы – сохранение естественного баланса и стабильности во всем организме в целом, так как не восстановление нарушенного баланса становится причиной накопления отрицательной энергии и иррационального воспроизводства;
 - физиологический баланс, нервная и иммунная система организма находятся в состоянии стабильной гармонии;
 - любая патология активизирует и включает в действие всю систему самозащиты;
 - число иммунногормонов, существующих всегда в определенном количестве, в случае защитной реакции возрастает до необходимого для полноценного выполнения защитной функции. Однако, если защитная способность недостаточна, для восстановления функционального равновесия, возникает патологическая ситуация, требующая экзогенного вмешательства;
 - развитым иммунным системам свойственны четкая дифференциация и рациональность самозащиты, строгий порядок целенаправленных, запрограммированных действий для сохранения целостности и гармонии клеточной системы и функционального равновесия организма;
 - любая динамично развивающаяся система должна иметь адекватную подсистему

обеспечения внутренней функциональной сбалансированности и самозащиты;

- логика функционирования иммунной системы заключается в:

1. выявлении нарушенного равновесия;
2. определении характера нарушения и выборе тактики и «инструментарий» для преодоления дисбаланса;
3. недопущении нового нарушения, при восстановлении равновесия.

Эти принципы формировались в течении миллионов лет, параллельно с развитием живого организма. Человеческое общество существует всего несколько тысячи лет и, как целостный организм, как сложная система, еще не достигло такого уровня структурного совершенства и гармонии. Пример только XX века, унесшего более 130 миллионов человеческих жизней из-за общественных катаклизмов, ярко свидетельствует о наличии общественной иммунной недостаточности. Неслучайно также, что возникновение идеи конституционного правосудия совпадает с периодом первой мировой войны, а системное его развитие становится реальностью после второй мировой войны.

Мы считаем, что в определенной мере подсознательно человечество подходит к формированию качественно новой иммунной системы общественного организма. Начало, конец и весь XX век в целом убедительно доказывали, что **вера, традиции, нравственные нормы, вся ценностная система общественного поведения и другие механизмы системной самозащиты не обеспечивали достаточную дееспособность динамичной сбалансированности и устойчивости развития общества.**

Фактически, **конституционный контроль становится стержнем иммунной системы гражданского общества и правового государства, а конституционное правосудие - краеугольным камнем этой системы.** Конституционный контроль выступает в сфере «сдержек и противовесов», а главной его задачей являются **обнаружение, оценка и восстановление нарушенного конституционного равновесия. Конституционный контроль не допускает иррационального воспроизводства функциональных нарушений или накопления отрицательной общественной энергии, которая, набирая критическую массу, может привести к новому качеству посредством взрыва.** На практике - это выбор между динамичным, эволюционным или революционным развитием. Функционирование целостной системы конституционного контроля призвана исключить революционность и общественные катаклизмы.

Присущая переходному периоду кризисная ситуация не только порождает общественные стрессы, требующие специальных способов их преодоления, но и диктует своеобразный подход к сохранению динамического равновесия в обществе и обеспечению верховенства Конституции. В таких условиях конституционный контроль, как важнейшая составляющая иммунной системы общества, должен сформироваться и действовать, учитывая присущие этой ситуации особенности. Но главное то, что и в данной ситуации конституционный контроль в целом и, в частности, судебный конституционный контроль может эффективно и надежно функционировать при необходимых и достаточных гарантиях независимости.

И в теоретическом, и в практическом плане нуждается более глубокого раскрытия суть **понятия «независимость системы конституционного правосудия».** Обычно под такой независимостью подразумевается отсутствие внешнего воздействия на функционирование системы. При более последовательном подходе рассматриваются также необходимые и достаточные предпосылки обеспечения независимости судебного конституционного контроля. В этом контексте выделяются функциональные, институциональные, организационные, материальные и социальные аспекты независимости конституционного правосудия. Эти аспекты достаточно подробно изучены в литературе.

Нам представляется принципиально важным другой аспект данной проблематики. А именно: **насколько сама система располагает необходимым и достаточным внутренним**

потенциалом для полноценного самостоятельного функционирования. Ведь вопрос о независимости совокупность многих составляющих. Это комплекс экзогенных и эндогенных факторов, баланс воздействия которых динамично меняется.

При таком подходе к проблеме на первый план выдвигается вопрос о целостности и дееспособности системы конституционного правосудия, которые, в свою очередь, **зависят от уровня конституционных решений, от степени развития механизмов внутриконституционной самозащиты.**

В этом плане интереснейшую информацию можно получить при сравнительном анализе практики конституционного развития в различных странах мира за последнее столетие. С точки зрения нашего исследования можно выделить три этапа:

1. Этап постановки вопроса о необходимости формирования целостной самостоятельной системы выявления, оценки и восстановления нарушенного конституционного равновесия и основных конституционных принципов. Данный этап, начавшись с первых десятилетий XX века, продолжался вплоть до окончания второй мировой войны и имел особо важное значение для стран континентальной правовой системы, где закон - это плод политического консенсуса, вне прямой увязки с правовым прецедентом, и вероятность появления неправового закона несравнимо велика.

2. Второй этап охватывает 50-70-ые годы прошлого века, когда после второй мировой войны в системе конституционных изменений, особенно ведущих Европейских стран, важнейшее место занимало формирование целостной системы конституционного правосудия для усиления гарантий обеспечения верховенства конституции. Заслуживает внимания и то обстоятельство, что эти два этапа совпадают с реальностью мировых войн и задачи совершенствования конституционных систем формировались с учетом необходимости преодоления общественных катаклизмов. Именно недопущение подобных кризисов и надежное гарантирование верховенства права стали основой для дальнейшего развития конституционализма.

3. Третий этап охватывает последние десятилетия и отличается именно тем, что механизмы внутриконституционной самозащиты приобретают системный характер, создаются необходимые и достаточные предпосылки для их полноценного функционирования. Хорошими примерами могут служить новые конституции последнего десятилетия в странах посткоммунистического пространства, а также экспертные оценки Венецианской комиссии по конституционным изменениям в разных странах.

Большой научный интерес представляет, в первую очередь, сравнительный анализ конституционных изменений многих стран мира на третьем этапе, особенно за последние 20-30 лет. Наши изучения показывают, что прослеживаются устойчивые тенденции, имеющие важнейшее значение для понимания возрастающей роли конституционного правосудия. Они в основном заключаются в том, что:

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

2. последовательно конкретизируются функциональные полномочия институтов государственной власти, и они приводятся в соответствие с функциями ветвей власти, а также укрепляются гарантии независимого осуществления этих полномочий;

3. приобретает системный характер сбалансированность функциональных, противовесных и сдерживающих полномочий;

4. функционирование институтов государственной власти больше базируется на принципах сотрудничества и взаимодействия;

5. усиливаются механизмы внутриконституционной самозащиты, укрепляются гарантии конституционной стабильности;

6. закрепляется целостный конституционный механизм выявления, оценки и восстановления нарушенного функционального конституционного баланса институтов власти;

7. углубляется процесс конституционализации общественных систем, основные конституционные права и свободы человека и гражданина приобретают непосредственно действующий характер, укрепляются конституционные гарантии их защиты;

8. принцип верховенства права приобретает реальное содержание, приводятся в соответствие основные конституционные принципы и конкретные механизмы конституционных правоотношений, укрепляются требования к усилению конституционной ответственности;

9. параллельно с углублением правовой глобализации наблюдается устойчивый поиск механизмов сочетания универсальных ценностей с национальными особенностями;

10. международное право приобретает возрастающую роль в национальных правовых системах. В континентальной правовой системе судебная практика Европейского суда по правам человека в определенной мере становится важнейшим признанным прецедентным институтом. Укрепляются основы единой Европейской системы конституционализма, идея надгосударственной Европейской конституции приобретает реально осуществляемый облик.

Функциональные и институциональные аспекты совершенствования системы конституционного правосудия в новом тысячелетии, на наш взгляд, должны базироваться именно на эти тенденции и стать определяющим звеном полноценной иммунной системы общественно-государственного организма.

Очевидно, что критериальные основы конституционного правосудия, в первую очередь, базируются на основных конституционных принципах и на приведенных выше тенденциях развития конституционализма. Исходя именно из этих позиций, законодательство часто устанавливает конкретные требования к решениям конституционных судов. В то же время они в большей мере относятся к технико-процессуальным аспектам, чем критериальным основам принятия решений.

Для обеспечения подлинной независимости и дееспособности конституционного правосудия назрела также необходимость не только выработки **системы критериев конституционного контроля**, но и разработки необходимых и достаточных индикаторов оценки конституционности конкретно правовой ситуации. Давно прошли те времена, когда к правовой науке подходили как системе абстрактных понятий. Мы вполне согласен с академиком Нерсисянцем, что право - это математика свободы. Не хотим механически подходить к проблеме, абсолютизировать сравнение и власть в крайности. Однако с уверенностью можно констатировать, что новое тысячелетие предъявит свои требования к развитию, в частности, научного аппарата конституционного правосудия именно в этом направлении.

Конституционный контроль является средством и возможностью сохранения стабильности общества посредством обеспечения последовательности и непрерывности его функционирования. Это и является основным критерием действенности конституционного контроля, имеющим исключительно важное значение как для развивающихся, так и для развитых демократических систем.

Уникальность миссии Конституционного Суда заключается в том, что это единственный орган государственной власти, в прямую обязанность которого входит подчинение политики праву, политических акций и решений - конституционно-правовым требованиям и формам.

Предназначение специализированных институтов судебного конституционного контроля

заключается именно в том, что Конституционный Суд учреждается и функционирует в целях защиты основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции, т. е. соблюдения и обеспечения основных политических и правовых ценностей, провозглашенных и гарантированных Конституцией.

Больше всего именно в переходном обществе Конституционный Суд призван не допускать узурпации государственной власти, постоянно поддерживать состояние, при котором возможна лишь власть, ограниченная правом.

Можно определить, что Конституционный Суд является основным органом государственной власти, обеспечивающим ограничение самой государственной власти в пользу принципов права. **Понимание и разумная реализация этой роли является одним из основных направлений развития системы конституционного правосудия в новом тысячелетии.**

Известно также, что Конституционный Суд является высшим конституционным органом специализированного конституционного контроля, самостоятельно и независимо осуществляющим судебную власть в форме конституционного судопроизводства в целях ограничения публичной власти и обеспечения динамичного конституционного баланса властей и верховенства права. **Достижение этих целей составляет содержание деятельности Конституционного Суда, то есть в осуществлении конституционного правосудия раскрывается юридическая природа, предназначение и место Конституционного Суда в системе государственной власти и определяется характер принимаемых мер по повышению действенности и эффективности конституционного правосудия.**

При этом, как было отмечено, система конституционного правосудия может полноценно, эффективно и независимо функционировать при наличии определенных **необходимых и достаточных предпосылок**. К их числу можно отнести:

- функциональную, институциональную, организационную, материальную и социальную независимость судебного конституционного контроля;
- последовательность в конституционной реализации принципа разделения властей;
- адекватность и сопоставимость основных конституционных принципов и соответствующих конституционных механизмов осуществления государственной власти;
- правильный и обоснованный выбор объектов конституционного контроля;
- определение оптимального круга субъектов, имеющих право на обращение в Конституционный Суд;
- системный подход в обеспечении функциональной полноценности судебной власти;
- наличие и осуществление четкой законотворческой политики;
- уровень восприятия демократических ценностей в обществе.

Хотелось бы еще раз подчеркнуть принципиальное значение того обстоятельства, что дееспособность системы конституционного контроля находится в прямой зависимости от самих конституционных решений. Об этом наглядно свидетельствуют также приведенные выше результаты сравнительного анализа. Деформации конституционных принципов и методологических основ, внутренние противоречия Конституции, наличие в ней “узких мест” и пробелов адекватно сказываются на функционировании конституционного правосудия. Гарантированность обеспечения верховенства Конституции, в первую очередь, необходимо закладывать в саму Конституцию. Конституция должна обладать необходимой и достаточной системой внутриконституционной самозащиты. К сожалению, Конституции многих стран посткоммунистического пространства не обладают достаточным подобным внутренним потенциалом.

С целью раскрытия содержания этого подхода необходимо ответить также на вопрос:

каковы критерии оценки уровня реализации данного принципа? Наша позиция заключается в **обеспечении гарантированности верховенства права, функциональной полноценности и независимости осуществления раздельной власти, системности сочетания функций и полномочий, а также непрерывности и системной сбалансированности государственной власти.**

Нужно выделить то обстоятельство, что каждая из ветвей власти имеет полномочия на трех уровнях: функциональные полномочия, полномочия в плоскости противовесов, полномочия, имеющие сдерживающий характер. **Именно целостность и взаимосогласованность этих полномочий обеспечивают, с одной стороны, функциональную полноценность, с другой - независимость каждого звена, а с третьей стороны - сбалансированность в развитии государственной власти.**

Если применять приведенные критерии в отношении действующей Конституции Республики Армения, то, с точки зрения изучаемой проблематики, можно, в частности, констатировать, что:

1. недостаточны конституционные гарантии по обеспечению верховенства права. Человек, его достоинство, права и свободы конституционно не признаются как высшие и неотъемлемые ценности. Отсутствует конституционное положение о том, что права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими и определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Данный методологический подход системно не реализуется также в других положениях Конституции.

2. Существуют определенные несоответствия между основными конституционными принципами и конкретными конституционными механизмами их реализации.

3. Не обеспечен необходимый и достаточный функциональный баланс институтов государственной власти. Не в полной мере уточнено место института Президента в системе государственной власти. Не обеспечиваются необходимые предпосылки функциональной независимости законодательной и судебной властей. В системе “институт – полномочия – функция” существует определенный дисбаланс в отношении почти всех конституционных институтов государственной власти. То же самое относится к системе функциональных – противовесных – сдерживающих полномочий. Без преувеличения можно сказать, что в Конституции эффективно не решена проблема системной сбалансированности государственной власти.

4. Действующая Конституция Армении не предусмотрела внедрение целостной и дееспособной системы конституционного контроля. Конституционные решения в этом плане половинчаты, не отражают прогрессивных тенденций конституционализма в мире в отношении системы внутриконституционной самозащиты. Не признается также право человека и гражданина на конституционное правосудие.

5. Не найдены оптимальные решения в определении объектов и субъектов конституционного правосудия. Полностью отсутствуют функциональные взаимоотношения между Конституционным судом и судами общей юрисдикции. Местное самоуправление не включено в систему конституционного контроля, допущены определенные просчеты в установлении принципов и порядка конституционного судопроизводства и т. д.

Все эти аспекты, а также конституционная практика **свидетельствуют о существенном иммунодефиците конституционной системы в Армении.** Логика необходимых конституционных изменений, с точки зрения обсуждаемой нами проблемы, должны заключаться именно в обеспечении **целостности, системности, независимости и дееспособности** конституционного правосудия как непосредственно, так и путем укрепления внутриконституционных механизмов самозащиты.

Основными принципами, которые должны стать критериальной основой формирования

дееспособной и независимой системы конституционного правосудия, особенно в переходном обществе, на наш взгляд, являются:

- системность конституционного контроля;
- рациональность системы и непрерывность его действия,
- предупреждающий характер контроля;
- самоограничение функционирования системы;
- наличие институциональной системы и функциональная полноценность

конституционных судов,

- органическое сочетание функционального, институционального, организационного и процессуального начал в осуществлении конституционного правосудия;

- обеспечение многоплановой обратной связи с общественной практикой и недопущение нового нарушения конституционного равновесия при восстановлении нарушенного баланса.

Системное решение этих вопросов имеет непосредственное значение для формирования целостного, эффективного и независимого механизма судебного конституционного контроля. Эти три аспекта органически связаны и в их триединстве можно судить о полноценности конституционного правосудия.

Пожалуй, выделю еще одно обстоятельство. По нашему глубокому убеждению, эффективность конституционного правосудия не определяется количеством поступивших обращений или рассматриваемых дел. Основной критерий оценки деятельности институтов конституционного контроля заключается в том, насколько их деятельность реально воздействует на сохранение устойчивости общественного развития, на сохранение конституционного баланса в общественной практике, на устойчивое развитие и углубление демократических процессов в обществе, на гарантирование права каждого человека на конституционное правосудие.

Обобщая сказанное можно констатировать, что вековой опыт и тенденции развития системы конституционного правосудия свидетельствуют:

1. В начале XX в. сложились объективные предпосылки для перехода к качественно новой системе судебного конституционного контроля. Это, в первую очередь, относилось к активному реформированию общественных отношений, вплоть до системных преобразований, а также возникновению в ряде стран экстремальных ситуаций в управлении обществом, имеющих, при этом, не только региональное но и международное значение. На первый план были выдвинуты задачи обеспечения стабильности общества, придания его развитию устойчивого динамизма, привлечения как всех органов государственной власти, так и граждан к активному и взаимосогласованному участию в этом процессе.

2. На качественно новый уровень была поднята проблема формирования внутригосударственных механизмов защиты прав человека, где особое место получили специализированные институты конституционного контроля. Исходным является то положение, что естественное и неотъемлемое достоинство - источник прав и свобод человека и гражданина, а народ и государство при осуществлении власти ограничены этими правами и свободами как непосредственно действующим правом.

3. В переходных и экстремальных ситуациях важным представляется не столько преодоление отрицательных последствий, сколько их предотвращение. В этом плане становится актуальным внедрение системы превентивного контроля, что несовместимо с американской моделью конституционного контроля.

4. Система специализированного конституционного контроля, особенно для стран, находящихся в переходном периоде, создает большие возможности для правового разрешения политических разногласий. По сути, появляется реальная возможность для конституционного, правового выхода из любых тупиковых ситуаций. Эффективность

конституционного правосудия не определяется количеством поступивших обращений или рассматриваемых дел. Основной критерий оценки деятельности институтов конституционного контроля заключается в том, насколько их деятельность реально воздействует на общественные процессы, на сохранение конституционного баланса общественного равновесия, на устойчивое развитие и углубление демократических процессов в обществе.

5. Определение конституционности нормативных актов и обеспечение верховенства Конституции новыми системами конституционного контроля изменило также методологию подхода, перенесло задачу с плоскости правоприменительной на плоскость общественного управления.

6. Формирование специализированных институтов конституционного контроля позволило не только проявить комплексный подход в деле обеспечения конституционности нормативных актов на стадии их разработки, принятия и применения, но и установить подлинную демократию посредством существенного расширения субъектов судебного конституционного контроля.

7. Специализированная система конституционных судов существенно усилила воздействие конституционного контроля на улучшение законодательной работы вплоть до дальнейшего совершенствования конституционных решений.

8. Появилось больше возможностей для сохранения баланса разделения властей, успешного применения механизмов сдержек и противовесов. Из обстоятельств, существенно способствующих решению этого вопроса, выделяются практика превентивного конституционного контроля в отношении регламентов палат Парламента, а также права парламентских меньшинств в отношении конституционного контроля, контрольная функция конституционных судов в отношении президентских выборов и деятельности политических партий, равно как и возможность разрешения споров, возникающих между различными институтами государственной власти и т. д..

9. Плодотворную и последовательную работу органов судебного конституционного контроля можно ожидать там и в том случае, где и когда в отношении формирования этой системы проявляется комплексный подход, четко определяется и закрепляется в Конституции целостная система полномочий и формируются реальные предпосылки для его осуществления. В данном случае подход не должен быть продиктован сиюминутным тем или иным политическим мотивом, он должен иметь в своей основе требования, предъявляемые методологией системного управления. Независимо от изменения политической ситуации должна быть обеспечена неприкосновенность и независимая деятельность органа конституционного контроля.

10. Особое значение имеет осознание той истины, что в любом обществе, в том числе в доконституционный период, имели место писанные и неписанные правила общежития, а также целостная система их соблюдения. Важными составляющими этого были вера (церковь), моральные нормы, традиции (общественные, семейные), правила поведения, обусловленные особенностями большой или малой системы, обычное право, правовые нормы и т. д. Задача заключается в том, чтобы судебный конституционный контроль не противопоставлялся, а гармонизировал с этой системой. А это значит, что в каждой стране, на основе многочисленных особенностей, должны быть выявлены и гармонизированы все составляющие правовой системы.

11. Основные принципы, которые должны стать критериальной основой формирования дееспособной системы конституционного правосудия, являются: функциональная полноценность конституционных судов и системность конституционного контроля, рациональность системы и непрерывность его действия, предупреждающий характер контроля, органическое сочетание функционального, институционального, организационного

и процессуального начал конституционного правосудия, обеспечение многоплановой обратной связи с общественной практикой и, что очень важно, недопущение нового нарушения конституционного равновесия при восстановлении дисбаланса.

12. В условиях стабильного гражданского общества и правового государства право в полной мере материализуется в законах. В этом случае понятия верховенства права и верховенства закона можно в принципе рассматривать как соподчиненные положения. В переходном обществе их отождествление ошибочно и опасно, а конституционный контроль должен базироваться именно на принципе обеспечения верховенства права. В свою очередь, дееспособность системы конституционного контроля находится в прямой зависимости от самих конституционных решений. Деформации конституционных принципов и методологических основ, внутренние противоречия Конституции, наличие в ней “узких мест” и пробелов адекватно сказываются на функционировании конституционного правосудия. Гарантированность обеспечения верховенства Конституции, в первую очередь, необходимо закладывать в саму Конституцию. Конституция должна обладать необходимой и достаточной системой внутриконституционной самозащиты. Иначе говоря, любая система наделяется адекватной иммунной системой, которая призвана сохранить функциональную целостность именно данной правовой системы.

13. Система конституционного правосудия может эффективно и полноценно функционировать при наличии определенных необходимых и достаточных предпосылок. К их числу следует отнести: функциональную, институциональную, организационную, материальную и социальную независимость судебного конституционного контроля; последовательность в конституционном осуществлении принципа разделения властей; адекватность и сопоставимость основных конституционных принципов и соответствующих конституционных механизмов осуществления государственной власти; правильный и обоснованный выбор объектов конституционного контроля; определение оптимального круга субъектов, имеющих право обращаться в Конституционный Суд; системный подход к обеспечению функциональной полноценности судебной власти; наличие и осуществление четкой законотворческой политики; необходимый уровень восприятия демократических ценностей в обществе и др.

14. Заметным фактором в обеспечении эффективности конституционного правосудия становится международное сотрудничество институтов судебного конституционного контроля.

Не секрет, что международная правовая глобализация и тенденции развития конституционализма за последние 30-40 лет существенно изменили классические представления о правовых системах. Сегодня в континентальной правовой системе решения Европейского суда по правам человека, а также конституционных судов становятся важным правовым прецедентом как на правоприменительной практике, так и в качестве источника права. Подобная ситуация требует по новому осмыслить и укрепить роль конституционных судов в функциональной и институциональной системе государственной власти особенно в тех странах, где конституционные суды не имеют достаточно активной роли в защите конституционных прав человека на основе непосредственного действия этих прав, в разрешении споров по полномочиям, абстрактном толковании норм Конституции и др.

За последние годы несомненно еще больше поднимается роль и значение Европейского суда по правам человека в укреплении системы правосудия на континентальном плане. С другой стороны, на наш взгляд, возникла определенная опасность девальвирования этого важнейшего международного института. Накопление десятки тысяч дел в страсбургском суде, что приводит также существенному задержанию их рассмотрение, становится существенной проблемой. Основной выход из этой ситуации нам представляется качественное укрепление национальных правовых систем, особенно в странах

посткоммунистического пространства, на основе некоторых общих принципов.

Среди них мы хотели бы выделить следующие:

1. В национальных правовых системах стало необходимо внедрение функциональной системы непосредственной защиты конституционных прав человека в конституционном суде, как это обеспечивается в Германии, Испании, в последнее время - Словакии, и в некоторых других странах;

2. На примере Португалии и некоторых других стран, судебные решения судов общей юрисдикции, относящиеся к конкретным конституционным правам человека и гражданина, должны быть объектом конституционного правосудия;

3. Необходимо создавать необходимые правовые и институциональные предпосылки для полноценной реализации права каждого человека на конституционное правосудие;

4. Требуется гарантировать, чтобы правовые акты всех конституционных институтов стали объектом конституционного правосудия, а все конституционные субъекты имели право обращения в конституционный суд по любому вопросу, относительно обеспечения верховенства Конституции.

Мы уверены, что подобная система существенно повысит действенность национальных систем правосудия, а роль Европейского суда по правам человека больше всего будет иметь направляющее значение в толковании конвенциональных положений по правам человека.

SUMMARY

The century's global experience of the functioning of the system of judicial constitutional control illustrates that the main task of constitutional justice is to promote the formation of a system of the state power in which the supremacy of the Constitution, the protection of inalienable human rights and freedoms are guaranteed, the necessary preconditions for the steady and dynamic development of the society are created on the basis of the principles of separation, accountability of powers, supremacy of law; the revolutionary character and process of the accumulation of negative social energy are overcome.

Constitutional justice is implied not only from the point of view of administration of the judicial function, but also from the position of the exercise of power functions, social-state management and the people's right to direct the exercise of state power.

Within the last decades Science in the field of microbiology and medicine made a range of serious generalizations, which are exclusively important also from the point of view of the systemic study of fundamental principles and mechanisms of the internal self-defense of the social organism, provision of the stability of constitutionally secured functional balance. Among these almost axiomatic principles are:

- the functioning of the immune system of a human being, as well as of other complex biological systems, including all the organisms, has a hierarchic and self-governing nature;
- every cell of an organism possesses definite resources of self-defense, by exhausting which the defense systems of other inter-related structure elements of the organism are switched on;
- the principal mission of the immune system is the preservation of a natural balance and stability in the organism as a whole, the restoration of violated balance is becoming the reason for the accumulation of negative energy and irrational reproduction;
- the physiological balance, nerve and immune system of the organism are in a condition of stable harmony;
- any pathology activates and switches on all the system of self-defense;
- the number of immune hormones, always existing in definite quantity, in the case of defense reaction is increasing until the necessary quantity for the valuable exercising of the defending

function. However, if defending ability is not sufficient for the restoration of the functional balance, a pathological situation, requiring exogenous interruption, arises;

- clear differentiation and rationality of self-defense, strict order of purposeful programmed actions for preservation of the wholeness and harmony of the cell system and functional balance of the organism are peculiar to the developed immune system;
- any dynamically developing system must have an adequate sub-system of guaranteeing the internal functional balance and self-defense;
- the logic of functioning of immune system is contained in:
 1. exposure of violated balance;
 2. definition of the nature of violation and selection of the tactics and "instruments" for overcoming the disbalance;
 3. non - admission of a new violation by restoration of the balance.

These principles have been formed for million of years, parallel with the development of living organisms. The human society exists only a few thousand years and as a whole organism, as a complicated system has not yet reached perfection and harmony. The example of only the 20th century, which took away more than 130 million human lives because of social cataclysms, attests to the presence of social immunodeficiency. It is not incidental that the appearance of the idea of constitutional justice coincides with World War I, but its systemic development is becoming the reality after World War II.

We consider that humanity to a definite extent subconsciously comes up to the formation of a qualitatively new immune system of the social organism. The beginning of, the end and the whole 20th century as a whole surely proved that faith, traditions, moral norms, all the value system of social behavior and other mechanisms of systemic self-defense have not provided sufficient capability of dynamic balance and stability for the development of the society.

In fact, constitutional control is becoming the pivot of the immune system of civil society and a rule of law state, and constitutional justice - the corner-stone of this system. Constitutional control is acting in the sphere of "checks and balances," and its main tasks are to reveal, evaluate and restore disrupted balance. Constitutional control does not allow for irrational reproduction of functional violations or accumulation of negative social energy, which, attaining a critical mass, may bring about a new quality through an explosion. In practice this is a choice between dynamic, evolutionary or revolutionary development. The functioning of the constitutional control system is called upon to exclude the revolutionary character and social cataclysms.

For all that, as it was mentioned, the system of constitutional justice can function effectively, independently and fully upon the existence of definite necessary and sufficient preconditions.

Among them we can mention:

- functional, institutional, organizational, material and social independence of judicial constitutional control;
- consistency in the constitutional implementation of the principle of separation of powers;
- adequacy and combination of main constitutional principles and relevant constitutional mechanisms for exercising state power;
- correct and substantiated selection of constitutional control subjects;
- definition of optimal range of subjects entitled to lodge constitutional complaints;
- systemic approach in the provision of functional full-value of judiciary;
- presence and exercise of rigid lawmaking politics;
- level of perception of democratic values in the society.

The main principles, which have to be the criteria for the formation of capable and independent constitutional justice system, especially in the society in transition, in our opinion are the following:

- systemic character of constitutional control;
- rationality of the system and continuity of its action;

- preventive character of control;
- self-limitation of the functioning of the system;
- presence of an institutional system and functional fullness of constitutional courts;
- organic combination of functional, institutional, organizational and procedural bases in the exercise of constitutional justice;
- provision of multi-planned interactive liaison with social practice and prevention of new disruptions of constitutional balance while restoring the violated balance.

The systemic solution of these questions has immediate significance for the formation of a whole, effective and independent mechanism of judicial constitutional control. These three aspects are organically tied and in their unity we can judge about the wholeness of constitutional justice.

Luzius Wildhaber

President of the European Court of Human Rights

Aspects of the freedoms of expression and association under the European Convention on Human Rights: Articles 10 and 11

Pierre-Henri Teitgen, often referred to as the father of the European Convention on Human Rights, described the objective of that instrument as "defining the seven, eight or ten fundamental freedoms that are essential for a democratic way of life". Indeed we can only fully understand the Convention if we see it from that perspective as a means of preserving the core values of democracy. The essence of human rights protection under the Convention is to be found in the principles of democracy and the rule of law. The rule of law provides the framework for the effective operation of democracy. Democracy without the rule of law is no democracy; the rule of law without democracy is no rule of law, at least as understood in the European Convention and the case-law of the European Court of Human Rights.

So what are those fundamental rights and freedoms "essential for the democratic way of life"? Of course there are the rights which respect the physical integrity and dignity of human beings, the sanctity of life in its broadest sense. There are the rights which guarantee due process in criminal and civil proceedings as well as protection against arbitrary detention. There is the guarantee of respect for family and private life. Then there are the rights and freedoms which make possible normal and active participation in democratic society, notably the freedom of expression under Article 10 of the Convention and freedom of association under Article 11. It is these two Articles that I would like to consider in this paper. The two Articles are linked. As the Court has observed, the protection of personal opinions, secured by Article 10, is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11. Moreover the structure of the two Articles is more or less identical: a first paragraph which broadly defines the freedom protected and a second paragraph which identifies the circumstances in which restrictions may be placed on those freedoms. The Court's case-law has concentrated on the latter aspect, that is the justification of such restrictions. Its examination of that justification comprises three stages or three tests. Is the measure complained of prescribed by law? Does it pursue one or more of the legitimate aims set out in the provision? And finally is it necessary in a democratic society to attain such aim or aims? It is the third test which has most often proved decisive.

But first a few more words about the relationship between the Convention and democracy are called for. As it has been interpreted by the European Court the Convention is infused with a

profound respect for the democratic process to the extent that it not only recognises, as I have said, that restrictions on certain fundamental rights may be "necessary in a democratic society". It also accepts that deference should be accorded to national democratic institutions in determining what is necessary. This notion of subsidiarity is present either expressly or by implication throughout the Convention. It is not merely the practical question of the proximity to events of national authorities and the sheer physical impossibility for an international court, whose jurisdiction now covers 44 States with a population of some 800 million inhabitants, to operate as a tribunal of fact. It also embraces a degree of deference or respect. It is not the role of the European Court systematically to second-guess democratic legislatures. It is certainly not equipped to do so. What it has to do is to exercise an international supervision to ensure that the solutions found do not impose an excessive or unacceptable burden on one sector of society or individuals. The democratically elected legislature must be free to take measures in the general interest even where they infringe individual interests. The balancing exercise between such competing interests is most appropriately carried out by the national authorities.

There must however be a balancing exercise and this implies the existence of procedures which make such an exercise possible. Moreover the result must be that the measure taken in the general interest bears a reasonable relationship of proportionality both to the aim pursued and the effect on the individual interest concerned. In that sense the area of discretion accorded to States, what we in Strasbourg call the margin of appreciation, will never be unlimited and the rights of individuals will ultimately be protected against the excesses of majority rule. This margin of appreciation is a necessary element inherent in the nature of international jurisdiction when applied to democratic States that respect the rule of law. The international judge owes a degree of deference to decisions taken by national democratic institutions in full compliance with the rule of law, and although that deference will never exclude the international review completely, it will call for some measure of judicial self restraint at international level.

Coming then to Article 10 of the Convention and the freedom of expression: this is where the operation of the mechanism that I have just described is perhaps best observed. The cases show that as the expression gets closer to the core operation of democracy, so the margin of appreciation contracts. Thus it can hardly ever, if at all, be necessary in a democratic society to restrict speech which amounts in effect to participation in public debate on a matter of general interest, even if couched in excessive terms and involving insulting or defamatory language directed at private individuals. The right to express political ideas and to engage in political activities is so fundamental to democratic society that democratic legitimacy cannot logically be invoked against it.

In the first attempt by the Strasbourg Court to enounce clear principles for the operation of freedom of expression under the European Convention on Human Rights, it made the much repeated ringing declaration that freedom of expression "constituted one of the essential foundations of [democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man". This ultimately goes back to Article 11 of the French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 which affirmed that the right freely to express one's opinion was one of the most precious rights of man, "un des droits les plus précieux de l'homme". In the Handyside case the European Court continued that this right is "applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population". Such were, the Court said, "the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'" .

But how far does such a "right to offend" extend? It seems clear that it does not cover hate speech or incitement to violence. Nor does the right to offend, as interpreted by the Court in some older cases, appear to protect expression that is regarded as obscene or offensive to the majority

moral attitudes of the community concerned, although there is always European supervision as to what restrictions are necessary in a democratic society. What the right to offend is intended to guarantee is the participation in the democratic process through public debate of questions of general concern. The strength of the protection offered will depend on the extent to which the expression can be linked to the direct functioning of democratic society.

Mr Handyside, the applicant in that landmark case, had been convicted and fined after he had published a book aimed at schoolchildren, containing explicit guidance on a number of controversial matters, including sex. He was soon to learn that the right so resoundingly proclaimed by the Court was not unlimited. As I have indicated, the very structure of Article 10 makes it clear that freedom of expression under the Convention was never intended to be as purportedly absolute as in for instance the United States under the First Amendment. I reiterate that under paragraph 2 of Article 10 restrictions on the protected right may be permitted provided that they are prescribed by law, that is that they have a basis in law which must satisfy certain requirements of accessibility and foreseeability; that they pursue at least one of the aims defined by paragraph 2 of the Article; and finally that they be "necessary in a democratic society" to attain the legitimate aim or aims identified. Those legitimate aims include "the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, the protection of the reputation and the rights of others" or again "maintaining the authority and impartiality of the judiciary".

The case of Handyside laid down the leading principles for the application of these tests and particularly those relating to the margin of appreciation. The Court defined the concept of necessity as reflecting a "pressing social need". Under the margin of appreciation approach it was for the national authorities to make the initial assessment of that need or, to put it another way, balance the relevant competing interest against that of freedom of expression. Thus the Court recognises that this is an issue in respect of which State authorities are in principle in a better position than the international judges to give an opinion, as the Court put it, "by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries". The Court's role is a supervisory one, encompassing a determination of whether the interference was proportionate to the legitimate aim pursued and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient". In the Handyside case, the Court reached the conclusion that there had been no violation of Article 10, referring notably to the margin of appreciation.

The freedom of the press occupies a particularly important place in the Court's case-law under Article 10. The Court has consistently highlighted the role of the press in a democratic society, notably in connection with its duty to impart information and ideas on matters of public interest. Not only does it have the task of imparting such information and ideas, the public also has a right to receive them. The Court has stressed the vital function of the press as a "public watchdog".

The Court has thus been at pains to ensure that defamation proceedings are not used to extinguish criticism of public figures and especially politicians.

An early case established that politicians were in a special category. An Austrian journalist had criticised the then Chancellor, Bruno Kreisky, for, among other things, his allegedly over-accommodating attitude to former Nazis. He called Kreisky amoral and lacking in dignity. Following a private prosecution, the journalist, was convicted of criminal defamation and fined. Underlining the crucial role of the press in imparting information, the Court rejected the notion accepted by the Austrian courts that information should be imparted in such a way as to leave its interpretation to the reader. "Freedom of the press", said the Court in a well-known passage, "affords the public one of the best means of discovering an opinion of the ideas and attitudes of political leaders". Freedom of political debate was at the very core of the concept of democratic society which prevailed throughout the Convention.

It followed that the limits of acceptable criticism were wider as regards a politician than for a private individual. A politician inevitably and knowingly laid himself open to close scrutiny of his

every word and deed. The statements in question were moreover value-judgments, the truth of which was not susceptible to proof. The facts on which the applicant had founded his value judgments were undisputed, as was his good faith. Yet there was no defence of fair comment under Austrian law, and so the Court found a violation of the freedom of expression.

The Court has recognised that a politician was entitled to have his reputation protected even when he was not acting in his private capacity. However, the requirements of that protection had to be weighed against the interests of open discussion of political issues .

The Court has thus distinguished between statements of fact and value judgments. While the existence of facts can be demonstrated, the truth of a value judgment is not susceptible to proof. Requiring the author of a value judgment to prove the truth of that statement places an impossible burden on him or her and accordingly in itself infringes freedom of opinion . On the other hand, even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the statement. A value judgment without any factual basis to support it may be excessive and thus fail to attract the protection of Article 10 .

In Austria, a journalist had used the word "Trottel", which roughly translates as "idiot", to describe Mr Haider, leader of the Austrian Freedom Party. The Austrian courts had taken the view that the mere use of the word was sufficient to justify conviction. The Strasbourg Court observed that in the speech in question, Haider had stated that all the soldiers who had served in World War II, whatever side they were on, had fought for peace and freedom and had contributed to founding today's democratic society. This was clearly intended to be provocative. The applicant's article, including his use of the word found to be insulting, could certainly be regarded as polemical, but did not on that account constitute a gratuitous personal attack as the author had provided an objectively understandable explanation derived from Haider's speech. As such the article and the term used were part of the political discussion provoked by the speech and amounted to an opinion, whose truth was not susceptible of proof. Such an opinion might be excessive in the absence of any factual basis, but this was not the case here .

A recent Estonian case involved public criticism of the wife of a prominent politician, who had herself been a senior civil servant. Remarks had been published suggesting that she had broken up a marriage and was an unfit and uncaring mother. The applicant was convicted of insulting the woman. The Strasbourg Court noted, among other things, that the woman's public-figure status was not such as to substantiate the claim that her private life was an issue that affected the public at the time when the interview was published. By then her husband was no longer in government and she had left her post in the civil service. Looking at the way the Estonian courts dealt with the case, the Court found that they had fully recognised the conflict between the right to impart information and the reputation and rights of others and had properly balanced the competing interests. There had been no breach of the Convention requirements .

This case sets some cautious limits on the operation of freedom of expression in respect of the private life of public figures. It is not every person who has been in the public eye whose private life can be regarded as a matter of public concern.

The Court has taken a rather different approach in relation to public criticism of judges. Thus, while it has accepted that the functioning of the system of justice is undoubtedly a matter of public interest, it has stressed that the judiciary has to enjoy public confidence and that it may prove necessary to protect such confidence against destructive attacks that were essentially unfounded, particularly in view of the fact that judges were subject to a duty of discretion which prevented them from replying .

Further proof of the importance which the Court attaches to freedom of the press may be found in a Norwegian case. Here the Court examined the obligations of a journalist in relation to statements of fact. Notably the Court observed that the safeguard accorded to journalists in relation

to reporting on issues of general interest was subject to the proviso that they were acting in good faith in order to provide accurate and reliable information according to the ethics of journalism. The case concerned defamation proceedings brought by crew members of a seal-hunting vessel against the newspaper *Bladet Tromsø*, which had published a report of a seal hunting inspector which contained allegedly defamatory accusations. The accusations were statements of fact, for example that seals had been skinned alive, and were based on, or were directly quoting from, the inspector's report. The newspaper had not conducted its own research. The Court had to consider whether special circumstances dispensed the newspaper from its ordinary obligation to verify facts that were defamatory of private individuals. To determine this, the Court had regard to the nature and degree of the defamation and examined the question in the light of the situation as it presented itself to the newspaper at the time, rather than with the benefit of hindsight after the inspector's report had been largely discredited. It concluded that the paper could reasonably rely on the official report without being required to carry out its own research into the accuracy of the facts. It saw no reason to doubt that the newspaper had acted in good faith.

Thus the Court has to place itself in the position of journalists at the material time of publication and assess the justification of publishing in the light of what they then knew or should have known. It is on this basis that it will assess the proportionality of the interference with the legitimate aim pursued. It is true to say that the scales are heavily weighted in favour of the freedom of the press, as this case shows. It is the essential role of a free press in a democratic society which limits the margin of appreciation or area of discretion available to national authorities in this field.

Ultimately it is the role played in democratic society by the expression at issue which determines the level of protection that will be accorded to it. The importance of the principle of democracy, of democratic society, of the democratic process in the scheme of the Convention cannot be overstated. This is why the emphasis is placed on the contribution to a public debate, on the role of the press, on the active participation in the democratic assimilation of ideas.

It follows logically that where it is the speech concerned that threatens to undermine democracy by inciting to violence, the margin of appreciation accorded to States will be much wider. In a group of thirteen cases concerning Turkey, the applicants had all been convicted and sentenced to a term of imprisonment and/or a fine after publishing statements or making public declarations linked to the situation in south east Turkey and in particular the Kurdish problem; the charges included disseminating separatist propaganda and encouraging violence against the State.

The Court applied the principles set out in its case-law, stressing the importance of freedom of the press and public debate in a properly functioning democratic society and reiterating the very narrow scope for restrictions on political speech. It noted that the limits of permissible criticism are wider with regard to the Government than in relation to a private citizen or even a politician. In a democratic system the actions or omissions of the government must be subject to the close scrutiny not only of the legislative and judicial authorities, but also of public opinion. In addition, as the Court pointed out, the dominant position which the Government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings, particularly where other means are available for replying to the unjustified attacks and criticisms of its adversaries.

Where there is incitement to violence against an individual or a public official or a sector of the population, State authorities will enjoy a wider margin of appreciation when examining the need for an interference with freedom of expression. It is, moreover, open to State authorities to take measures, and even to resort to the criminal law, where public comments could seriously undermine public order.

In these cases the interference had to be considered on its facts, in particular in the light of the context and content of the impugned statements. In other words the Court had to consider whether the expression in question really did involve a threat to society, in which case a wide margin of

appreciation would have operated in the Government's favour. If the Court failed to find a sufficient link between the words used and a real possibility of resulting violence, the protection offered by the Convention to political speech would prevail. Looking at the facts and all the circumstances the Court took the view that the statements in the majority of the cases which were then before it did not, despite the aggressive language sometimes employed, amount to incitement to violence or armed revolt. The Court also had to determine whether the penalties imposed by the authorities were proportionate in relation to the aims pursued. In fact it was struck by the severity of the sanctions imposed in these cases, typically a jail sentence of some one and a half years and a substantial fine. These considerations led it to conclude in eleven out of the thirteen cases that the interference had been disproportionate and that there had accordingly been a breach of Article 10. In one case, on the other hand, the expressions used were found by the Court to amount to an appeal for bloody revenge by stirring up base emotions and hardening already embedded prejudices which have manifested themselves in deadly violence. The Court found that this was "hate speech" and the "glorification of violence", and the interference complained of, in this instance accompanied by a fairly modest fine, was proportionate to the legitimate aim pursued.

There will clearly always be some tension between the need to take measures to prevent violence, and particularly terrorism, on the one hand, and certain fundamental rights, notably the freedom of expression, on the other. In the field of Article 10 the Court will examine the reality of the threat and the nature and severity of the sanction. The Convention will pull in the direction of democracy and free political speech as an essential component of democracy, but violence being by definition anti-democratic will in principle never attract its protection. Where the reality of the link between speech and violence is established, the speech in question should not do so either.

The right to offend, shock or disturb in the case-law of the European Court of Human Rights is a function of democratic society. Contribution to public debate on matters of public concern, even if couched in excessive terms will attract protection and this may also be so where criticism or insulting or defamatory language is directed at private individuals. The competing interest of the right to protection of reputation has so far carried little weight in the balancing process. I believe we must be careful not to take this development too far. With the enormous power and immediacy of the modern media, the potentially devastating effect of public statements reinforces the duties and responsibilities of those making them. While the Court has rightly stressed the potentially chilling effect of placing restrictions on speech that may be offensive to individuals or sectors of the community, genuine debate may also be stifled by over-aggressive and inadequately researched journalism. It also seems to me that the nature of the media has changed since 1986 the Court decided the Lingens case. In the harsh competitive world of the modern media, the emphasis has inevitably shifted from the aim of imparting ideas that further the democratic process to the commercial reality of the need to sell newspapers, advertising space and so on. This truism may perhaps influence the way the judicial balancing of freedom of expression against the different interests which compete with it, and notably the right to reputation, is carried out.

I turn now to Article 11, which guarantees the freedom of peaceful assembly and association. As I indicated at the beginning of this paper, the link between this provision and the freedom of expression is a strong one. Thus Article 11 has to be considered in the light of Article 10. The protection of opinions and the freedom to express them is one of the objectives of the freedoms of assembly and association as enshrined in Article 11. The same considerations accordingly apply as to the central role of freedom of expression in democratic society. Again freedom of assembly under Article 11 protects a demonstration that may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to protect. The Court has declared that "freedom of thought and opinion and freedom of expression as guaranteed by Articles 9 and 10 of the Convention respectively, would ... be of very limited scope if they were not accompanied by a guarantee of being able to share one's

beliefs or ideas in community with others particularly through associations of individuals having the same beliefs, ideas or interests" . The term "association" moreover has an autonomous Convention meaning; the national law classification will not be decisive in determining whether Article 11 applies . Article 11 expressly covers the right to form and join trade unions. It also protects a negative right, the right not to be compelled to join an association or a trade union .

But again the essence of the right is to be found in active participation in democratic life and the democratic process. One of the principal characteristics of democracy, the Court has held, is the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when those problems are irksome. Democracy thrives on freedom of expression in all its forms. From that point of view, there can be no justification for hindering a group solely because it seeks to debate in public the situation of part of the State's population and to find, according to democratic rules, solutions capable of satisfying everyone concerned . Restrictions imposed on the formation or activities of associations seeking to take part in democratic debate will be difficult to justify under paragraph 2 of Article 11, which sets out an exhaustive list of legitimate aims in respect of which restrictions may be applied provided that they are necessary in a democratic society to attain those aims. Those exceptions must be strictly construed; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on freedom of association . The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by the authorities reveal the state of democracy in the country concerned .

In the light of the above, it can be readily understood that the dissolution of a political party, and therefore the extinction of an essential actor in the democratic process, will be difficult to justify in the context of Article 11. There have been a series of Turkish cases concerning just that issue and they have again given the Court the opportunity to stress the primordial place of democracy in the Convention scheme. In *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, the Turkish Constitutional Court had dissolved a political party. The Strasbourg Court established firstly that the freedom of association applied also to political parties as "a form of association essential to the proper functioning of democracy" and that that freedom extended not only to the founding of the association, but also to its right to engage in activities once formed. The Court resisted an argument by the Government to the effect that a political party regarded by the national authorities as undermining the constitutional structures of the State could never attract the protection of the Convention. Restrictions imposed on such parties had to be compatible with the State's Convention obligations whether the origin of the restrictions was constitutional or legislative.

The Court underlined that the choice of the name of a political party could not in principle justify a measure as drastic as dissolution in the absence of other relevant and sufficient reasons. The importance of democracy in the Convention system is highlighted. Democracy appears to be, says the Court, the only political model contemplated by the Convention and accordingly the only one compatible with it. Thus the right to form and carry on an association designed to promote political aims and ideas is an area in which the Contracting States enjoy only a limited margin of appreciation. The test under the Convention in assessing the compatibility of restrictions with the Convention standards imposed on the various freedoms is one of necessity in a democratic society and that will be more difficult to satisfy where what is at stake is the right to participate effectively in the democratic process.

In this case the party had been dissolved before it had been able to start its activities, only ten days after it was formed. In these circumstances it is perhaps not surprising that the Court was not persuaded that the immediate and permanent dissolution of the United Communist Party had been necessary in a democratic society. It found on the contrary that this measure, ordered before its activities had even been started and coupled with a ban barring its leaders from discharging any other political responsibility, was disproportionate to the legitimate aim pursued. The fact that the

party's programme referred to the Kurdish problem was not sufficient justification, particularly as it had not in any way advocated violence .

In the case of *Sidiropoulos and Others v. Greece*, the national courts had refused to register the applicants' association. The European Court regarded the proposed association's aims, namely to preserve and develop the traditions and folk culture of the Florina region, as "clear and legitimate" on their face. It could not and did not rule out that once founded a political party or association might under cover of the aims mentioned in its memorandum of association have engaged in activities incompatible with those aims. But that possibility had to be tested against facts, and, as with the Turkish Communist party, the association had not had any time to take action which might have proved or disproved the Government's allegations. The refusal to register the association was therefore disproportionate.

In a Bulgarian case concerning the freedom of assembly, the applicants complained of a ban on meetings organised by them to commemorate certain historical events. The Strasbourg Court did not find evidence that those involved in the organisation of the prohibited meetings had had violent intentions. At the same time it recognised that the inhabitants of a region in a country were entitled to form associations to promote the region's special characteristics. The fact that an association asserted a minority consciousness could not in itself justify interference with its rights under Article 11. An essential factor was whether there had been a call for violence. The Court noted that in the case before it there was no real foreseeable risk of incitement to violence or any form of rejection of democratic principles. In those circumstances the measures banning the applicants from holding commemorative meetings had not been necessary in a democratic society and were therefore in breach of Article 11.

Once again the protection and strengthening of democracy and the democratic process is central to the Court's approach. As it stated: "Freedom of assembly and the right to express one's views through it are among the paramount values in a democratic society. The essence of democracy is its capacity to resolve problems through open debate. Sweeping measures of a preventive nature to suppress freedom of assembly and expression other than in cases of incitement to violence or rejection of democratic principles - however shocking and unacceptable certain views or words used may appear to the authorities, and however illegitimate the demands made may be - do a disservice to democracy and often even endanger it". The Court continued: "In a democratic society based on the rule of law political ideas which challenge the existing order and whose realisation is advocated by peaceful means must be afforded a proper opportunity of expression through the exercise of the right of assembly as well as by other lawful means" .

In a Polish case , on the other hand, a Chamber of the Court found, in a judgment which is not final at the time of writing , that the refusal to register an association, which was to be called the "Union of People of Silesian Nationality", was proportionate to the legitimate aim pursued, namely the prevention of disorder and the protection of the rights of others. The Court took note of the fact that the applicants could have dispelled the authorities' doubts by slightly changing the name of their association and by sacrificing or amending a single provision of the memorandum of association, alterations which in the Court's view would not have prevented the association's members from achieving the objectives they has set for themselves. It pointed out that democracy and pluralism are, in the nature of things, based on a compromise that requires concessions by individuals and groups of individuals. Most conclusively perhaps, the Court accepted that the association had attempted to circumvent certain provisions of the electoral law, notably those laying down conditions for exemption from the threshold of votes required to participate in the distribution of seats in Parliament. It was reasonable on the part of the authorities to act in order to protect the electoral system which is an indispensable element of the proper functioning of a "democratic society" within the meaning of Article 11. Once again the emphasis is on the democracy. Here,

unlike the other cases involving refusal to register, the Chamber was satisfied that there were sufficient indications that the association had motives other than those set out in its proposed memorandum of association and that these were capable of affecting the proper functioning of the electoral process. It remains to be seen whether the Grand Chamber will take the same view.

I cannot leave Article 11 without referring to one more case concerning the dissolution of a political party in Turkey. In *Refah Partisi and Others v. Turkey* a Chamber of the Court concluded that the grounds cited by the Turkish Constitutional Court to justify Refah's dissolution were relevant and sufficient and that the interference complained of was necessary in a democratic society. Refah had, so the Chamber found, declared their intention of setting up a plurality of legal systems and introducing Islamic law and had adopted an ambiguous stance with regard to the use of force to gain power and retain it. The case has now been referred to the Court's Grand Chamber of 17 Judges, and so will be reheard. I can say nothing that would prejudge that rehearing, but we can still look at the general principles enounced. These were that democracy and the rule of law have a key role to play in the integrated system for the protection of human beings set up under the Convention. Only institutions created by and for the people may be vested with the powers and authority of the State; written law must be interpreted and applied by an independent judicial power. There can be no democracy where the people of a State, even by a majority decision, waive their legislative and judicial powers in favour of an entity which is not responsible to the people it governs, whether it is secular or religious. There is a very close link between the rule of law and democracy. As it is a function of written law to establish distinctions on the basis of relevant differences, the rule of law cannot be sustained over a long period of time if persons governed by the same laws do not have the last word on the subject of their content and implementation. I would add, as I suggested earlier, nor can democracy be sustained over a long period of time without the effective operation of the rule of law.

The competent Chamber accepted that a political party might campaign for a change in the law or the legal and constitutional basis of the State on two conditions: first that the means used to that end must in every respect be legal and democratic and, second, that the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. It followed that a party whose leaders incited recourse to violence or proposed a policy that did not comply with one or more of the rules of democracy or was aimed at the destruction of democracy and infringement of the rights and freedoms granted under democracy could not lay claim to the protection of the Convention. Again we must await the Grand Chamber's judgment to see whether this approach is confirmed.

Whatever the outcome in the different cases pending before the Court's Grand Chamber, it seems to me clear that the Convention in general, and the freedoms of expression and association in particular, can only be understood when seen in the context of a fully democratic society. Human rights as we understand them in Strasbourg have no existence outside democracy. Human rights law must therefore not only reinforce the effective operation of democracy, it must also preserve democracy from attack, whether the threat comes from government or other sources. Articles 10 and 11 of the Convention enshrine rights that are fundamental to the daily functioning of democracy and democratic society. Their exercise as part of ordinary democratic life therefore attracts a high level of protection, but they cannot be invoked to undermine democracy, notably in connection with the use of violence.

Резюме

В число фундаментальных прав и свобод, необходимых для обеспечения демократии (право физической неприкосновенности и защиты чести человека, гарантия защиты семейной

и личной жизни и т.д.) входят также права и свободы, которые делают возможным нормальное и активное участие в создании демократического общества.

Среди них важное место занимают свобода выражения мнения (ст.10) и свобода объединения (ст.11). Эти две статьи взаимосвязаны. По определению Европейского суда, защита личного мнения, гарантируемая статьей 10, является одной из составляющих свободы объединения и собрания, гарантируемой статьей 11. Более того, эти две статьи более или менее идентичны.

Право выражения политических идей и право участия в политической деятельности являются фундаментальными для демократического общества.

По делу Хандисайда Европейский суд по правам человека заметил, что это право применимо не только к той “информации” и к тем “идеям”, которые считаются безвредными, а также к тем, которые оскорбляют, шокируют или беспокоят государство и общество.

Свобода прессы занимает важное место в практике Европейского суда. Суд придает важное значение прессе в демократическом обществе, так как ее задачей является дача информации и идей в интересах общества. Общество имеет право на информацию. Суд подчеркивает важную функцию прессы как “защитника общества”.

В одном из своих решений Европейский суд подчеркнул, что политики подвергаются критике больше, чем обычные люди. Политик должен осознавать, что он неизбежно подвергнется критике за любое свое слово или действие.

По другому делу, где критике подверглась жена известного политика, которая сама была государственной служащей, было принято решение, что личная жизнь не всякого человека, который находится в центре внимания общества, может быть предметом обсуждения публики.

Суд проявил совсем другой подход к публичной критике судей. Так, в своем решении Суд подчеркнул, что деятельность судебной системы является объектом общественного интереса и что судебная власть должна пользоваться доверием общества, поэтому это доверие необходимо защитить от безосновательной, с точки зрения фактов, критики.

Защита мнения и свобода выражения этих мнений является одной из составляющих свободы объединений и собраний.

Термин “объединение” имеет свое, автономное толкование по Конвенции. Статья 11 применяется также к праву создания и присоединения к торговым союзам. Она также гарантирует негативное право, то есть нельзя принуждать человека к присоединению к ассоциации или торговому союзу.

Но суть права состоит в активном принятии участия в демократической жизни и демократических процессах. Одной из характерных черт демократии, по определению Суда, является возможность решать проблемы государства с помощью диалогов, не прибегая к насилию.

По делу Объединенной коммунистической партии Турции против Турции, в котором Конституционный Суд Турции запретил деятельность политической партии, Суд постановил, что свобода объединения относится также к политическим партиям как к форме объединения, которая является существенным условием для надлежащего функционирования демократии, и что эта свобода относится также к праву членствования в политических партиях.

По другому делу Суд постановил: ”Свобода объединения и, с ее помощью, право выражения мнения является высшей ценностью в демократическом обществе. Суть демократии состоит в возможности решения проблем с помощью дебатов. В демократическом обществе, основанном на законности, должно быть дозволено выражение политических идей, которые осуждают существующие порядки и реализация которых осуществляется мирными путями, и должны быть представлены соответствующие

возможности выражения этих мнений с помощью как гарантированного права на объединение, так и других законных способов”.

Права человека, как они понимаются в Страсбурге, не существуют вне рамок демократии. Статьи 10 и 11 Конвенции содержат фундаментальные права, которые необходимы для повседневного функционирования демократии и демократического общества.

Yves GUENA
Président du Conseil constitutionnel

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Le Conseil constitutionnel français a été institué par la Constitution française du 4 octobre 1958, qui crée la Vème République. Bien qu’ayant connu une évolution importante depuis sa création le Conseil constitutionnel demeure une institution originale, qui a une position spécifique tant au sein du système français que parmi ses homologues étrangers.

Alors que pendant l’entre deux guerres et plus encore après la seconde guerre mondiale, les Cours constitutionnelles se multiplient en Europe, la France attend 1958 pour créer un Conseil constitutionnel. En effet, l’organe créé par la Constitution du 27 octobre 1946 et intitulé « Comité constitutionnel », n’avait qu’un rôle mineur et formel, et ne constitue pas un réel précédent de l’institution. Le caractère récent de l’institution d’une Cour constitutionnelle s’explique par la tradition constitutionnelle française profondément attachée à la souveraineté absolue de la loi, « expression de la volonté générale », selon les termes de l’article 6 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789.

Lasse du régime d’assemblée et de ses dérives sous les IIIème et IVème République, la France va élaborer en 1958, sous l’impulsion du général de Gaulle, une constitution nouvelle, dont l’objectif prioritaire sera de redonner au pouvoir exécutif les moyens de gouverner. Sans renoncer aux fondements du régime parlementaire, le constituant dresse de façon limitative les attributions du Parlement. C’est d’abord pour assurer le respect de ces limites qu’il crée le Conseil constitutionnel. Parmi les compétences variées que confie à celui-ci le constituant, le respect du partage des domaines respectifs de la loi et du règlement, est, à l’époque, regardé comme essentiel.

Nul ne prévoyait alors qu’à l’instar des Cours constitutionnelles américaines ou européennes, le Conseil constitutionnel serait amené à occuper la place prééminente qui est aujourd’hui la sienne dans l’équilibre institutionnel et dans la protection des libertés fondamentales.

LES ORIGINES ET L’EVOLUTION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Le titre VII de la Constitution du 4 octobre 1958 consacré au Conseil constitutionnel lui donne une double mission : en matière électorale, il joue un rôle important dans l’organisation des élections présidentielles, (rôle accru depuis 1962 où l’élection a désormais lieu au suffrage universel) puis dans leur contrôle ; il assure le contentieux des élections des députés et sénateurs ; il organise les opérations de

référendum dont il proclame les résultats.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires n'est pas, dans sa conception initiale, une des compétences essentielles du Conseil constitutionnel. Comme il a été souligné, le respect du domaine respectif de la loi et du règlement apparaît comme la tâche principale du nouvel organe. A l'époque, la possibilité de saisir le Conseil constitutionnel de la conformité d'une loi ou d'un traité à la Constitution, avant leur entrée en vigueur, était réservée à quatre autorités seulement : le Président de la République, le Premier ministre et chacun des Présidents des deux assemblées. Les saisines étaient rares. Elles portaient pour l'essentiel sur les lois organiques et le règlement des assemblées parlementaires qui, en vertu de la Constitution, sont soumis au contrôle obligatoire du Conseil.

L'évolution juridique consistant à garantir le respect par le législateur des droits fondamentaux à valeur constitutionnelle s'est faite en deux étapes successives.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord tranché un débat sur la portée normative du Préambule de la Constitution de 1958, lequel fait référence à celui de la Constitution de la IV^{ème} République et à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Alors qu'une partie de la doctrine et des rédacteurs de la Constitution ne voyaient dans les principes contenus dans ces textes que des affirmations philosophiques dénuées de portée juridique directe, le Conseil constitutionnel, implicitement dès 1970, puis par une décision expresse du 16 juillet 1971, en a reconnu la pleine valeur normative. A cette occasion, il a fait ressortir du Préambule de la Constitution de 1946 le caractère constitutionnel de la liberté d'association, principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Le renforcement du rôle du Conseil dans l'ordre juridique est aussi dû à la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974, qui a élargi à 60 députés ou à 60 sénateurs la possibilité de contester la constitutionnalité d'une loi ordinaire. Cette réforme a eu, dès son entrée en vigueur, un effet considérable sur le nombre de saisines, mais aussi sur la nature des textes soumis au contrôle de constitutionnalité. En effet, elle confère à l'opposition un moyen de développer des arguments pour contester la constitutionnalité de lois au contenu desquelles elle n'adhère pas. La possibilité de saisir le Conseil constitutionnel est ainsi devenue un pouvoir essentiel pour l'opposition parlementaire

Conçu initialement comme un arbitre ayant essentiellement pour fonction de contrôler le respect du domaine de la loi par le législateur, le Conseil s'est donc transformé en juge de la conformité de la loi à l'ensemble des règles et principes à valeur constitutionnelle

LA COMPOSITION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La Constitution prévoit en son article 56 que le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et ne peut être reconduit ; cette disposition garantit l'indépendance de ses membres. Le Conseil constitutionnel est renouvelé par tiers tous les trois ans. En cas de décès ou de démission, l'autorité de nomination désigne un nouveau conseiller pour la durée du mandat restant à courir. Toutefois, une personne nommée en remplacement d'un conseiller décédé ou démissionnaire dont le mandat devait expirer avant trois ans, peut être nommée à nouveau pour neuf ans. Trois membres sont nommés par décision du Président de la République, lequel désigne aussi le Président du Conseil parmi l'ensemble des membres (pas seulement parmi ceux qu'il a lui-même désignés).

Liste des Présidents du Conseil constitutionnel

Membres Nomination en tant que Président Durée du mandat Auteur de la nomination

Léon NOEL 20 février 1959 1959 - 1965 Charles DE GAULLE
Gaston PALEWSKI 23 février 1965 1965 - 1974 Charles DE GAULLE
Roger FREY 22 février 1974 1974 - 1983 Georges POMPIDOU
Daniel MAYER 21 février 1983 1983 - 1986 François MITTERRAND
Robert BADINTER 20 février 1986 1986 - 1995 François MITTERRAND
Roland DUMAS 24 février 1995 1995 - 2000 François MITTERRAND
Yves GUENA 1er mars
2000 2000 - Jacques CHIRAC

Trois membres sont nommés par le Président de l'Assemblée nationale et trois autres par le Président du Sénat. Peuvent faire l'objet d'une nomination au Conseil constitutionnel tous les citoyens jouissant de leurs droits civiques et politiques. Aucune condition de formation juridique ou autre n'est exigée par la Constitution. En pratique, il est fait appel à des personnalités dont la compétence est reconnue dans le domaine du droit ou des sciences politiques. En outre, sont membres de droit à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Jusqu'à présent, seuls deux Présidents de la IV^{ème} République, le Président René Coty et le Président Vincent Auriol, y ont siégé en cette qualité. Le seul ancien Président de la V^{ème} République non décédé qui pourrait y siéger actuellement, M. Valéry Giscard d'Estaing, ne le peut en raison d'une incompatibilité avec sa fonction de parlementaire. Sauf dans les cas de remplacement en cours de mandat, l'entrée en fonction a lieu au début du mois de mars tous les trois ans. Les membres nommés au Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République. Ils jurent de « bien et fidèlement remplir leurs fonctions et de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, ainsi que de garder le secret des délibérations et des votes. » Seuls les membres de droit sont dispensés de prêter serment.

Le statut des membres du Conseil constitutionnel est en grande partie défini par l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel, plusieurs fois modifiée, et, à titre complémentaire, par un décret du 13 novembre 1959 relatif à leurs obligations. Celles-ci se définissent principalement par la réserve qu'ils sont tenus de respecter, et par le régime strict des incompatibilités qui leur est applicable.

Le régime des incompatibilités prescrit par l'article 57 de la Constitution interdit le cumul de la fonction de membre du Conseil constitutionnel avec celle de ministre ou de membre du Parlement.

L'ordonnance du 7 novembre 1958 complète et précise l'article 57 de la Constitution, disposant en particulier que les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du Conseil économique et social. Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique du 19 janvier 1995, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent plus acquérir de mandat électif ou exercer une fonction de conseil qui n'était pas la leur avant le début de leur mandat. Les incompatibilités applicables aux membres du Parlement leur sont également applicables. Le décret du 13 novembre 1959 leur interdit en outre d'occuper pendant la durée de leurs fonctions tout poste de responsabilité ou de direction au sein d'un parti ou d'un groupement politique. En cas de difficulté, le Conseil statue sur la compatibilité entre la qualité de membre et l'activité en cause.

L'ADMINISTRATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Pour accomplir sa mission, le Conseil constitutionnel dispose d'une administration en nombre réduit. Toutes catégories confondues c'est environ cinquante collaborateurs qui la constituent. Ils sont soit détachés de leur administration d'origine, soit recrutés par voie contractuelle. Seuls les postes de

secrétaire général et de trésorier sont prévus par les textes. Le décret du 13 novembre 1959 dispose que « le secrétaire général prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du conseil ». Un service juridique est rattaché au secrétariat général, composé traditionnellement d'un administrateur de l'assemblée nationale, d'un magistrat judiciaire et d'un magistrat administratif. Grâce à eux, le travail législatif peut être suivi en amont des saisines et les difficultés repérées précocement. Le service administratif et financier dont le chef de service est le Trésorier du Conseil assure le fonctionnement administratif du Conseil, tandis qu'ont été créés un service du greffe et de l'informatique, un service de documentation, de la bibliothèque et du site internet du conseil. Le Conseil offre en effet une information complète et constamment actualisée sur ses décisions (qui y sont reproduites quelques heures après leur prononcé), ses missions, son fonctionnement et ses activités extérieures (notamment internationales). A été créé en 1995 un service des relations extérieures qui est en charge aussi bien des relations internationales que des relations avec la presse, les universités et avec le public.

Le Conseil constitutionnel siège depuis sa création dans l'aile Montpensier du Palais Royal, à Paris. Voisin du Conseil d'Etat, du Ministère de la Culture et de la Comédie française, il a succédé dans ces locaux à la Cour des Comptes et au Conseil économique et social.

Bâti par le Cardinal de Richelieu à partir de 1624, le Palais-Royal fut habité par Anne d'Autriche puis par les Orléans jusqu'à la Révolution. Son aile Montpensier fut la demeure de Jérôme Bonaparte, frère de Napoléon Ier, puis sous le Second Empire celle de son fils Jérôme qui la fit redécorer pour la princesse Marie-Clotilde de Savoie, son épouse.

LES ATTRIBUTIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Outre ses fonctions essentielles en matière de contrôle de constitutionnalité des normes et de contrôle de la régularité des grandes consultations politiques, le Conseil constitutionnel est appelé à statuer ou donner son avis sur certaines situations juridiques.

A) - La vérification de la constitutionnalité des normes juridiques représente l'activité primordiale du Conseil

a) - S'agissant des lois, ce contrôle prend la forme d'un contrôle a priori, c'est-à-dire exercée avant l'entrée en vigueur de ces normes. Une norme déclarée contraire à la Constitution ne peut être mise en vigueur. Une loi déclarée partiellement contraire à la Constitution peut tout de même être promulguée pour sa partie séparable des dispositions censurées.

Le journal officiel publiera alors la loi en mentionnant en face des articles censurés : « article déclaré non conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel ». Il est fréquent que le Gouvernement dépose un nouveau projet de loi sur les dispositions censurées afin de les rendre conformes à la Constitution.

Il est également possible pour le Président de la République, aux termes de la Constitution, de soumettre le texte à une nouvelle lecture du Parlement, que ce dernier ne peut refuser ; cette possibilité est rarement utilisée

Le contrôle de constitutionnalité repose sur l'application de normes de référence au respect desquelles les lois sont soumises. L'ensemble de ces normes forme ce que l'on a souvent appelé "le bloc de constitutionnalité". Il se compose de la Constitution de 1958 proprement dite, de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946. Le Préambule de la Constitution de 1946 fait lui-même référence à des principes politiques, économiques et sociaux "particulièrement nécessaires à notre temps", ainsi qu'aux "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".

Les "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" sont ceux qui se dégagent, par leur importance et leur continuité, de la législation républicaine édictée avant l'entrée en vigueur de la Constitution de la IV^{ème} République. Outre la liberté d'association, ils comprennent en particulier la liberté individuelle, la liberté de conscience, la liberté de l'enseignement, le respect des droits de la défense, l'indépendance des professeurs d'université, le domaine de compétence et l'indépendance de la juridiction administrative, le rôle de l'autorité judiciaire en qualité de gardienne de la propriété individuelle. Dans une décision toute récente du 29 août 2002, relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, le Conseil a dégagé un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République : il se rapporte à la protection pénale des mineurs.

En 1973, par une décision relative à la loi de finances pour 1974, le Conseil a consacré le principe d'égalité devant la loi tel qu'il est contenu dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Depuis lors, l'application de ce principe est très souvent en cause.

D'autres principes ou objectifs de valeur constitutionnelle ne trouvent pas nécessairement leur source directe dans une norme écrite de la Constitution, de la Déclaration des Droits de l'Homme ou du Préambule de la Constitution de 1946. Ils résultent de la prise en compte de leur combinaison : les principes de la dignité de la personne humaine et de la continuité du service public se sont ainsi vus reconnaître le rang de principes à valeur constitutionnelle ; la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi se sont vus reconnaître le statut d'objectifs à valeur constitutionnelle. D'autres exigences, comme la liberté contractuelle, ont un statut constitutionnel encore en devenir.

Le Conseil constitutionnel est ainsi amené à garantir le respect de libertés et de droits essentiels tels que le respect de la liberté individuelle (décisions du 12 janvier 1977 et du 18 janvier 1995 relatives à la fouille des véhicules), la protection de la santé de la mère et de l'enfant et le respect de la liberté de conscience (décision du 15 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse), le droit de grève (décision du 25 juillet 1979 concernant le droit de grève à la radio et à la télévision), la liberté d'aller et venir (décision des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et la liberté des personnes), l'inviolabilité du domicile (décision du 29 décembre 1983 relative à la loi de finances pour 1984), la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale et le droit au regroupement familial (décision du 13 août 1993 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France), la sauvegarde de la dignité de la personne humaine (décision du 27 juillet 1994 concernant la loi relative au respect du corps humain et la loi relative à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale, à la procréation et au diagnostic prénatal), la liberté d'expression des idées et des opinions (décision du 29 juillet 1994 concernant la loi relative à l'emploi de la langue française), et les principes fondamentaux du droit pénal et répressif : caractère personnel de la faute, nécessité d'un élément moral pour définir un crime ou un délit (décision du 16 juin 1999 relative à la loi sur la sécurité routière).

En vertu de l'article 61, alinéa 1, le Conseil constitutionnel est saisi obligatoirement des lois organiques avant leur promulgation, et des règlements des assemblées parlementaires et de leurs modifications avant leur mise en application.

Les lois ordinaires, on l'a vu, sont soumises que sur saisine du Président de la République, du Premier Ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat ou de soixante députés ou sénateurs (article 61, alinéa 2). Les autorités habilitées à saisir le Conseil disposent d'un délai court entre

le moment où la loi est définitivement votée et le moment où le Président de la République la promulgue. En effet, l'article 10 de la Constitution fixe au Président de la République un délai maximum de 15 jours pour promulguer la loi sans prévoir de délai minimum, délai qui se trouve, de fait, être celui dont disposent les requérants pour saisir le Conseil. Mais, en pratique, le secrétariat général du gouvernement s'assure, avant d'entamer la procédure de promulgation, qu'aucune saisine n'est en gestation. La requête est introduite par une lettre adressée au Président du Conseil constitutionnel, sans condition particulière de présentation (en dehors de la signature). La motivation des requêtes n'est pas exigée, même si elle s'est généralisée.

En vertu de l'article 61 de la Constitution, le Conseil est saisi de la loi dans sa totalité, bien que la requête ne porte, dans la plupart des cas, que sur une partie de ses articles. Il n'est donc pas tenu par les moyens ou l'objet de la saisine et reste libre de faire porter son contrôle non seulement sur les seules dispositions contestées, mais encore sur d'autres dispositions. Toutefois, le Conseil ne se prononce sur les articles non contestés que s'il les examine d'office. Aucun "brevet de constitutionnalité" n'est délivré aux dispositions non contestées et non examinées d'office.

Sur le plan psychologique, il faut souligner que le Conseil constitutionnel, à la différence de la plupart des autres cours constitutionnelles, intervient « à chaud » et sur tout un ensemble de dispositions controversées. A cet égard, son intervention joue souvent un rôle d'apaisement. En contrepartie, ses décisions sont naturellement exposées au risque de la critique politique.

Les lois référendaires, adoptées par le peuple souverain, ne sont pas soumises au contrôle de constitutionnalité. Ce principe établi par une décision du 6 novembre 1962 relative à la loi référendaire modifiant le mode d'élection du Président de la République, a été réaffirmé par la décision du 23 septembre 1992, relative à la loi autorisant la ratification du Traité de Maastricht adoptée à la suite d'un référendum. Il a été souligné à cette occasion que les lois que la Constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité "sont uniquement les lois votées par le Parlement et non celles qui, adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale".

Le Conseil constitutionnel est aussi habilité à se prononcer sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Il peut le faire de deux manières.

Au cours du débat législatif, en vertu de l'article 41 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue, en cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, à la demande de l'un ou de l'autre, dans un délai de huit jours, s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38 lequel autorise le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures qui sont du domaine de la loi. Ce mode de saisine n'a été utilisé que 11 fois depuis 1959, et jamais depuis une décision du 23 mai 1979.

Après promulgation de la loi, le Conseil constitutionnel, saisi en vertu de l'article 37, alinéa 2, par le Premier ministre, prononce le déclassement d'un texte de forme législative dans le cas où ce dernier est intervenu dans le domaine réglementaire. Le déclassement permet au Gouvernement de retrouver sa compétence réglementaire pour modifier le texte. Cette attribution concerne les seuls textes adoptés après l'entrée en vigueur de la Constitution. Pour les lois antérieures à la Constitution de 1958, portant sur des matières qui ne sont plus législatives en application de la répartition des compétences entre la loi et le règlement opérée par les articles 34 et 37 de la Constitution, l'avis du Conseil d'Etat suffit pour « déclasser » le texte.

b) Le Conseil constitutionnel peut se prononcer sur la conformité d'un engagement international à la Constitution. A cette fin, il est saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat et, depuis la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, par 60 députés ou 60 sénateurs. En vertu de l'article 54 de la Constitution, si un traité ou un accord international comporte une clause contraire à la Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. Il convient d'observer que le Conseil peut également être saisi de la loi de ratification d'un traité avant sa promulgation (article 61).

C'est sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, que le Conseil constitutionnel a été amené à juger sur quels points les modifications de la Constitution étaient rendues nécessaires par l'adoption du Traité de Maastricht (décision du 9 avril 1992), du Traité d'Amsterdam (décision du 31 décembre 1997), du Traité portant statut de la Cour pénale internationale (décision du 22 janvier 1999) et de la Charte des langues régionales ou minoritaires (décision du 15 juin 1999).

c) - Une procédure simple et informelle

Les textes n'ont prévu aucune procédure particulière pour l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois. La Constitution se borne à indiquer les délais impartis au Conseil constitutionnel pour rendre ses décisions. Il statue dans le délai d'un mois, mais ce délai peut être ramené à huit jours si le Gouvernement déclare l'urgence, ce qui est exceptionnel. Dans la pratique, la procédure mise en oeuvre pour le contrôle de constitutionnalité présente les principaux caractères du droit commun processuel (caractère contradictoire de la procédure, caractère secret du délibéré). Elle est proche de celle suivie par le juge administratif, comme en témoigne notamment son caractère écrit.

Trois grandes phases ponctuent l'examen auquel procède le Conseil.

La première s'ouvre avec la nomination parmi les membres, par le Président, d'un rapporteur chargé de l'instruction du dossier. Celui-ci mène alors, avec l'aide du secrétariat général, les investigations juridiques nécessaires.

La deuxième phase assure le caractère contradictoire de la procédure, puisque le rapporteur entend les observations du secrétariat général du Gouvernement. Ces observations sont ensuite formulées par écrit et transmises aux auteurs de la saisine, qui peuvent alors répondre par la production d'un mémoire en réplique.

Une large diffusion de ces échanges est désormais assurée par la publication au Journal officiel des saisines opérée depuis juin 1983 et des observations en réponse du Gouvernement acquise depuis décembre 1994.

La prise de décision constitue la troisième et dernière phase de la procédure. Le Conseil se réunit alors à huis clos sur convocation du Président pour délibérer. Un quorum de sept conseillers est nécessaire, sauf cas de force majeure constatée au procès-verbal. Le Conseil peut déclarer la loi conforme à la Constitution ou prononcer une censure totale ou partielle de ses dispositions. Toutefois, les solutions ne sont pas toujours aussi tranchées, et il arrive que le Conseil adopte une démarche plus nuancée. C'est le cas lorsque, tout en déclarant une disposition conforme à la Constitution, il formule à l'attention des autorités chargées de son application, autorités administratives et juridictionnelles, une réserve d'interprétation. La loi n'est donc déclarée conforme qu'en tenant compte de cette interprétation que l'on qualifie parfois de "neutralisante". Les réserves font partie intégrante de la décision et en ont la valeur juridique.

B) L'examen de la régularité des consultations nationales constitue le second aspect important de l'activité du Conseil

En vertu des articles 58, 59 et 60 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est compétent pour les consultations nationales que sont les élections législatives, sénatoriales, l'élection présidentielle et le référendum. Pour les deux dernières, il est investi de compétences à la fois consultatives, opérationnelles et contentieuses.

a) L'élection présidentielle

En vertu de l'article 58 de la Constitution, "le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin".

Le Conseil intervient donc à toutes les phases de l'élection présidentielle. Pour remplir sa mission, il bénéficie de la collaboration de dix rapporteurs adjoints paritairement choisis parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'Etat et les conseillers référendaires à la Cour des comptes. Les textes ne prévoient aucune procédure particulière. Aussi le Conseil se réunit-il en assemblée plénière pour statuer sur toutes les questions qui lui sont posées.

Le Conseil est consulté par le Gouvernement sur tous les textes organisant les opérations électorales : calendrier, formulaires de présentation d'un candidat, déroulement du scrutin... Ses avis ne sont pas rendus publics.

Ensuite, le Conseil intervient avant le début du scrutin pour établir la liste des candidats. Il vérifie si chaque candidat à l'élection présidentielle dispose effectivement des 500 signatures (parrainages) exigées par la loi et si, parmi les signataires, figurent des élus d'au moins trente départements ou territoires d'outre-mer, sans que plus d'un dixième d'entre eux puissent être les élus d'un même département ou territoire d'outre-mer. Il s'assure de la régularité des candidatures au regard des autres conditions posées par la loi.

Il veille aussi au bon déroulement des opérations électorales et envoie sur place de très nombreux délégués, choisis parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif, qui sont investis d'une mission de conseil et de contrôle. Le Conseil peut être saisi par ces derniers lorsqu'ils constatent des irrégularités ou, dans les quarante-huit heures suivant la clôture du scrutin, par le préfet ou le représentant d'un candidat. Il peut être également saisi par les électeurs, mais uniquement par le biais d'une réclamation faite au procès-verbal du bureau de vote.

Après le premier tour de scrutin, le Conseil constitutionnel, ayant tiré les conséquences des irrégularités constatées dans les bureaux de vote, rend publics les résultats obtenus par les candidats. Il arrête les noms des deux candidats admis à se présenter au second tour. A l'issue de ce dernier, il proclame, dans un délai maximum de dix jours, les résultats définitifs et le nom du Président élu.

Ensuite, il appartient au Conseil de contrôler les comptes de campagne qui ont été déposés par les candidats deux mois au plus tard après l'élection en vérifiant le respect des règles de financement des campagnes, notamment celui des plafonds des dépenses.

Après avoir mis en oeuvre une procédure contradictoire, le Conseil approuve le plus souvent après réformation ou rejette les comptes des candidats. En cas de non dépôt du compte, de dépassement du plafond légal des dépenses ou de rejet du compte par le Conseil constitutionnel, le candidat n'est pas déclaré inéligible, mais il perd le droit ouvert par la loi au remboursement des dépenses qu'il a personnellement engagées.

b) Le référendum

En vertu de l'article 60 de la Constitution "le Conseil veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats". Le chapitre VII de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel complète et précise cette disposition. Il prévoit que le Conseil est consulté par

le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum.

Pendant le scrutin référendaire, le Conseil veille au bon déroulement des opérations électorales. Comme pour les élections présidentielles il désigne des délégués qui effectuent un contrôle sur place.

Après le scrutin, il assure directement le recensement général des votes, examine et tranche définitivement toutes les réclamations des électeurs et peut, dans le cas où il relève de graves irrégularités, prononcer l'annulation des suffrages obtenus dans les bureaux concernés. Enfin il proclame les résultats. Il exerce ces fonctions avec le concours des rapporteurs adjoints.

c) Les élections à l'Assemblée nationale et au Sénat

La Constitution de 1958 rompt avec la tradition parlementaire qui confiait aux assemblées elles-mêmes le contrôle de la régularité de l'élection des députés et des sénateurs. Cette tradition avait donné lieu à des abus. Le contentieux appartient depuis 1958 au juge constitutionnel.

L'article 59 de la Constitution prévoit en effet que "le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et sénateurs". L'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel précise le rôle qui lui incombe en disposant que "pour le jugement des affaires qui lui sont soumises, le Conseil constitutionnel a compétence pour connaître de toute question et exception posées à l'occasion de la requête. En ce cas, sa décision n'a d'effet juridique qu'en ce qui concerne l'élection dont il est saisi".

Sa compétence contentieuse est donc pleine et entière dans ce domaine. Mais le Conseil n'intervient qu'en qualité de juge de l'élection, après le déroulement des opérations électorales. Il n'est investi d'aucun pouvoir consultatif. Il accepte toutefois de se prononcer, à titre exceptionnel, sur un acte préparatoire dans la mesure où l'irrecevabilité opposée à une requête préalable portant sur un tel acte pourrait ensuite le conduire à remettre en cause la totalité du déroulement des élections.

Le droit de contester une élection appartient à toutes les personnes inscrites sur les listes électorales de la circonscription concernée, ainsi qu'aux personnes ayant fait acte de candidature dans cette circonscription. Mais, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 janvier 1990, le Conseil constitutionnel doit aussi être saisi par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques en cas d'absence de dépôt ou de rejet du compte de campagne. Le Conseil déclare alors, le cas échéant, l'inéligibilité et donc la cessation du mandat du candidat si celui-ci a été élu. Les griefs relatifs à la méconnaissance de la législation sur le financement des campagnes peuvent également être invoqués par les requérants. La Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques en est alors avisée.

Après avoir statué sur sa compétence, le Conseil doit appliquer la procédure particulière prévue aux articles 36 et suivants de l'ordonnance de 1958 complétée par son règlement intérieur.

Le Conseil s'organise en trois sections composées chacune de trois membres désignés par tirage au sort.

Les affaires peuvent être instruites avec l'aide des rapporteurs-adjoints.

C) Les autres attributions du Conseil constitutionnel

Saisi par le Gouvernement, le Conseil constitutionnel peut être amené à constater l'empêchement du Président de la République d'exercer ses fonctions.

En cas de circonstances exceptionnelles, liées à l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, le Président de la République est tenu de consulter le Conseil constitutionnel sur les mesures qu'il prend en vertu de l'article 16 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel est en outre amené à se prononcer sur l'incompatibilité entre le mandat parlementaire d'un élu et ses autres fonctions. Il est saisi assez souvent à cet égard par le bureau de

l'assemblée concernée.

Le Conseil constate, enfin, à la demande de l'assemblée concernée ou du Garde des Sceaux, la déchéance d'un parlementaire. Cette procédure a été de plus en plus souvent utilisée au cours des dernières années. Il ne faut pas cacher que cette évolution est en relation avec le développement des « affaires » politico-financières en France.

FORME ET EFFETS DES DECISIONS

Les décisions du Conseil constitutionnel, rendues en la forme juridictionnelle, ne sont susceptibles d'aucun recours. Aux termes de l'article 62 de la Constitution, elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Depuis mai 1995, le nom des membres ayant assisté à la séance figure au bas de toutes les décisions. Celles-ci sont publiées au Journal officiel de la République française.

UNE POLITIQUE DE COMMUNICATION ET DE COOPERATION

Le Conseil constitutionnel s'attache à faire connaître son activité pour la rendre plus transparente : il le fait à travers son site internet (www.conseil-constitutionnel.fr), qui publie, comme il a été souligné, ses décisions en temps réel. Ce site fournit également un grand nombre d'informations sur ses missions, son organisation et aussi l'ensemble de ses activités extérieures. Par ailleurs le Conseil constitutionnel publie annuellement un recueil de toutes ses décisions ; les abstracts et résumés y sont traduits en langue anglaise. Il fait paraître également une revue semestrielle intitulée « Les cahiers du Conseil constitutionnel » ordonnées autour d'un thème juridique d'actualité et de la présentation d'une cour constitutionnelle étrangère ; y figurent également des commentaires de ses décisions récentes. Il convient d'ajouter que le Conseil constitutionnel accueille de nombreux représentants de Cours constitutionnelles étrangères, d'enseignants et de chercheurs d'universités françaises ou étrangères, aussi bien que de personnalités diverses (parlementaires, etc...). Une coopération avec les deux Cours suprêmes françaises, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation permet d'enrichir les échanges avec les visiteurs étrangers.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel français est très soucieux de participer à la réflexion et au travail commun des Cours constitutionnelles.

Il le fait en premier lieu dans un cadre européen : la Conférence des Cours constitutionnelles européennes (dont la XIIème conférence s'est tenue à Bruxelles en mai 2002) ou la « Commission de Venise », et notamment sa sous-commission « Justice constitutionnelle ». Celle-ci est à l'origine de la base de données « CODICES », où figurent désormais les principales décisions d'environ 70 Cours constitutionnelles, et qui est mise à jour chaque trimestre. Un colloque a réuni en septembre 1997, au siège du Conseil, les cours constitutionnelles de l'Union européenne sur le thème des rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel.

Au-delà des cours européennes, le Conseil contribue activement à la vie de l'ACCPUF (association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français) créée en 1997. Le Conseil constitutionnel français, membre fondateur de l'ACCPUF, en est un des piliers, en raison de sa position au sein de la francophonie, mais aussi parce qu'il y abrite le secrétariat général (www.ACCPUF.org). Regroupant 40 cours constitutionnelles, dont 28 cours africaines, dont la caractéristique commune est l'appartenance à l'organisation intergouvernementale de la francophonie, l'association se révèle un lieu de dialogue,

d'échanges et de formation. S'il fallait tenter de dégager l'inspiration commune qui anime les membres de l'ACCCPUF, c'est de participation à la construction d'un Etat de droit qu'il conviendrait de parler.

* * *

A l'aube du nouveau millénaire, déjà secoué par des événements dramatiques, le Conseil constitutionnel français, création récente et originale, a su trouver sa place dans l'équilibre institutionnel français. L'ouverture de sa saisine aux parlementaires en 1974, dans laquelle on a pu voir l'amorce d'un statut de l'opposition, s'est exprimée par une augmentation quantitative de son activité tout à fait importante. De 1959 à 1974, seulement 9 décisions sur le contrôle des lois ordinaires étaient intervenues, soit moins de une par an ; de 1975 à 2002 ce sont 444 décisions qui ont été rendues en cette matière, soit une moyenne de près de 15 par an. Plus encore, le contenu des décisions sur le fond a bouleversé le simple rôle de « gardien des frontières » que le constituant avait imaginé : créé pour contenir un Parlement trop puissant, le Conseil constitutionnel allait finalement réguler l'activité d'un exécutif activiste. Sous la Vème République, plus de 90% des lois sont en effet d'origine gouvernementale. Ajoutant à son rôle éminent de régulateur de l'activité des pouvoirs publics, il a patiemment construit celui de protecteur des droits et libertés fondamentaux. Prenant appui sur les grands textes qui fondent la tradition des droits individuels exprimés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il les a complétés par l'affirmation des droits économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, tels qu'ils ont été affirmés par le constituant de 1946 au lendemain de la seconde guerre mondiale. Plus encore il a su adapter un « bloc de constitutionnalité » parfois ancien (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) à l'évolution très rapide des moeurs et des techniques (on pense aux décisions concernant la bioéthique ou la communication audiovisuelle).

Ce bilan révèle un souci d'équilibre constamment réaffirmé entre le nécessaire respect des règles individuelles et celui de l'intérêt général . Sans le nommer expressément c'est au concept de sécurité juridique, élément de la sûreté défini par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, que le Conseil se réfère expressément :

Ø L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, dont le Conseil constitutionnel (décision du 16 décembre 1999) fait un «objectif de valeur constitutionnelle, se rapporte à cette notion. La loi doit être claire pour assurer la garantie des droits des citoyens

Ø De même, la sécurité juridique impose des exigences concernant l'élaboration de la loi. L'impératif de sincérité qui s'attache par exemple à l'examen des textes financiers (lois de finances et lois de financement de la Sécurité sociale) exigera que soit transmis en temps utile au Parlement les documents permettant une information correcte des parlementaires.

Ø De même, le Conseil a veillé à ce que l'usage du droit d'amendement en fin de procédure parlementaire ne dénature l'esprit bicamériste du parlementarisme français et ne permette au Gouvernement d'imposer ses vues en trompant la vigilance du Parlement.

Ø Enfin, le Conseil constitutionnel n'acceptera une disposition rétroactive que si elle est justifiée par un intérêt général suffisant et interdira purement et simplement la rétroactivité des dispositions pénales plus sévères.

Les exemples de ce souci de sécurité juridique pourraient être multipliés.

Cette fonction de protecteur des droits fondamentaux témoigne aussi et peut-être surtout de la convergence des Cours suprêmes nationales et européennes vers une conception universelle des valeurs démocratiques.

Au plan national on aurait pu imaginer des divergences de jurisprudence importantes, notamment avec les

cours suprêmes judiciaire (Cour de cassation) et administrative (Conseil d'Etat). La première est proclamée par la Constitution (article 66) gardienne de la liberté individuelle, tandis que la seconde, le Conseil d'Etat, a depuis la fin du XIX^{ème} siècle, soumis le pouvoir exécutif dont elle contrôle les actes, au respect des libertés parfois définies de manière prétorienne. Force est de constater une grande convergence entre les jurisprudences de ces cours et du Conseil constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux.

Au plan européen et international, même si le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme, ni de manière plus générale aux traités, on peut relever une convergence spontanée des droits garantis (et un catalogue très voisin des libertés et droits fondamentaux), comme des méthodes d'interprétation et de contrôle utilisés. A cet égard le Conseil constitutionnel français est partie prenante de ce nouveau dialogue, particulièrement intense depuis une quinzaine d'années, entre Cours suprêmes nationales et Cours européennes. Ce dialogue concourt à la construction de ce que l'on a pu appeler un « ordre public européen ».

EXTRAITS DE LA CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958

Titre VII - Le Conseil Constitutionnel

Article 56 :

Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil Constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le Président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage.

Article 57 :

Les fonctions de membre du Conseil Constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par une loi organique.

Article 58 :

Le Conseil Constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République.

Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin

Article 59 :

Le Conseil Constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

Article 60 :

Le Conseil Constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats.

Article 61 :

Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un

mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation.

Article 62 :

Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Article 63 :

Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil Constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations.

.....

Article 16 :

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier Ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel.

Il en informe la Nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil Constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée Nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

.....

Article 37 :

Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

.....

Article 41 :

S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours

.....

Article 54 :

Si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

SUMMARY

The French Constitutional Council was created by the Constitution of the Fifth Republic on 4 October 1958. It is a recent institution in France, though such constitutional courts had already existed in Europe since the 1920s and had become even more common after the second world war. The idea of judicial review for constitutionality of Acts of Parliament is something of a novelty in France; the idea was long rejected on grounds of the absolute sovereignty of Parliament as the "expression of the will of the people".

The Constitutional Council is made up of nine members appointed for a non-renewable term of nine years to guarantee their independence. Three members are appointed by the President of the Republic, who also designates the President of the Council, three by the Speaker of the National Assembly and three by the Speaker of the Senate. Former Presidents of the Republic are ex officio members for life; in practice the only one still alive at the moment is a Member of Parliament, which is a function incompatible with membership of the Council. Members have a very strict duty of discretion and are subject to several forms of incompatibility (office of Minister, Member of Parliament, member of local elective councils, Member of the Economic and Social Council and so on. And the incompatibilities that apply to Members of Parliament also apply to Members of the Council). On the other hand a Member of the Constitutional Council can hold a post of University Professor. The Constitution does not require a legal qualification or professional experience; in practice, however, most members of the Constitutional Council since its creation have been lawyers (judges in the ordinary or administrative courts, advocates, professors of law) and many of them have had important political responsibilities (Members of Parliament, Ministers...).

Originally, its powers were considered as limited : in the new Constitution of 1958, its main function was to guarantee respect for the frontier between matters to be governed by Acts of Parliament and matters for executive regulation. It was also responsible for monitoring presidential and parliamentary elections. At the time only four authorities were entitled to apply to the Council for constitutional review of an Act of Parliament - the President of the Republic, the Prime Minister and the Speakers of the two Houses of Parliament.

Nobody foresaw that France's Constitutional Council, like Constitutional Courts elsewhere in Europe or America, would come to occupy the predominant place it now has in the country today.

The Council's emergence as guarantor of the legislature's observance of fundamental rights secured by the Constitution came about in two successive stages.

Firstly, in a leading decision of 1971 concerning freedom of association, it held that the Preamble to the Constitution of 1958, which refers to the Declaration of Human and Civic Rights of 1789 and the Preamble to the Constitution of 1946, had mandatory legal status, even though until then many legal authorities and the draftsmen of the Constitution regarded these principles as mere affirmations carrying no direct impact.

The second stage was in 1974, when the Constitution was amended to extend to sixty Members of Parliament or sixty Senators the right to challenge an ordinary Act of Parliament as unconstitutional. This amendment had an immediate effect on the number of enactments referred. It provided the opposition with a means of developing arguments to challenge the constitutionality of laws of which it disapproved.

Today the Constitutional Council is known through its two main functions: control of the regularity of national elections and constitutional review. Its role is more important in the case of Presidential elections and referendums, where it exercises both advisory and judicial jurisdiction. It is consulted by the

government on the whole process of organising elections (timetable, nomination forms, verifying the five hundred signatures that each candidate has to gather from elected representatives, the actual balloting and so on). It hears complaints and declares the results of the vote. After that, in the following months the Council approves or rejects candidates' campaign accounts. In this last case, the candidate is not declared ineligible but loses his entitlement to reimbursement of expenses personally incurred. In parliamentary elections the Constitutional Council intervenes only to control the regularity of an election after the event but it has no advisory role. In the event of important irregularities it may order the total cancellation of the votes and a new ballot then takes place. The procedure is adversarial.

But the primary function of the Constitutional Council is still the very specific constitutional review of Acts of Parliament; it occurs before Acts take effect (after being passed by Parliament but before being promulgated by the President of the Republic). A statute that is found unconstitutional cannot be promulgated; if only certain provisions have been declared unconstitutional and not unseverable from the statute, the statute is promulgated without these provisions. This is actually the most common practice. Another possibility frequently used by the Council is the declaration of constitutionality subject to "qualified interpretation"; the Council will declare a provision is to be interpreted for it to be constitutional. The procedure is informal, mostly written, adversarial but secret (though since 1995 some procedural documents have been published with the decision in the *Journal officiel de la République française*).

Constitutional review rests on the application of parameters to which laws are required to conform. They constitute what has often been called the "bloc de constitutionnalité": the Constitution itself and its Preamble, which, as we have seen, makes reference to the Declaration of Human and Civic Rights and to the Preamble to the Constitution of 1946, which in turn refers to the "the political, economic and social principles especially necessary to our times" and "the fundamental principles recognised by the laws of the Republic". They include freedom of association, individual freedom, freedom of conscience, freedom to come and go, dignity of the human person and many others. Affirming these principles through many decisions, the French Constitutional Council has become a real protector of fundamental rights of the people.

Apart from Acts of Parliament, the Constitutional Council can also review a treaty for constitutionality and may declare that the Constitution must be amended before the treaty can be ratified. This was the case for the European Treaties of Maastricht and Amsterdam and for the Treaty of Rome creating an International Criminal Court.

According to the Constitution its decisions have judicial status and are binding on public authorities and on all administrative and judicial bodies (no appeal lies from its decisions). It can consequently be said that its place in the nation's institutional structure is now assured, and it is further possible to note that both by its case law and by its dialogue in bilateral and multilateral cooperation with foreign Constitutional Courts, it participates in the construction of a "European public order".

Dimiter Gotchev
Juge, Bulgarie

L'EGALITE DEVANT LA LOI ET LA PRATIQUE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

L'un des principes fondamentaux de la Constitution bulgare, énoncé dans son art. 6, est celui de l'égalité devant la loi. Cette égalité ne peut être limitée par les lois se fondant sur la distinction de race, de

nationalité, d'appartenance ethnique, de sexe, d'origine, de religion, d'éducation, de convictions, d'appartenance politique, de condition personnelle et sociale ou de situation de fortune.

La pratique de la Cour constitutionnelle est liée à l'interdiction de limiter les droits des citoyens selon les distinctions ci-dessus. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité conformément à l'art. 149, al. 1, p. 2 de la Constitution, la Cour a pu se prononcer à plusieurs reprises sur l'inconstitutionnalité de textes de lois, mais c'est la décision interprétative No 14 du 10 novembre 1992, sur l'affaire constitutionnelle No 14 du 1992 (J.O. No 93 de 1992), qui est considérée comme principale en la matière.

Cette décision traite en premier lieu le principe de l'égalité devant les lois de tous les citoyens. Il est signalé que ce principe est fondamental dans toute société démocratique et qu'il est énoncé dans le préambule de la Constitution en tant qu'une valeur universelle parallèlement à la liberté, à la paix, à l'humanisme, à la justice et à la tolérance.

Selon cette décision le respect du principe de l'égalité des citoyens est considéré comme le respect même de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies.

Le principe de l'égalité des citoyens devant la loi est lié à l'interdiction d'un traitement inégal fondé sur les distinctions citées dans l'art. 6, al. 2 de la Constitution, autrement dit à l'interdiction de la discrimination.

La Cour repartit en deux catégories les distinctions définissant la discrimination comme inadmissible. La première catégorie regroupe les distinctions de naissance - race, sexe, nationalité, appartenance ethnique, origine. L'inadmissibilité de la discrimination sur la base de ces distinctions relève de la règle qui stipule que «tous les individus naissent libres et égaux en droit...». Les distinctions de la seconde catégorie - religion, éducation, convictions, appartenance politique, condition personnelle et sociale et situation de fortune - sont acquises et changent au cours de la réalisation sociale de l'individu.

Sont inadmissibles toute limitation des droits et toute attribution de privilèges fondées sur quelle que soit des distinctions mentionnées ci-dessus.

Les distinctions en question sont exhaustivement énumérées dans l'art. 6, al. 2 de la Constitution.

L'interdiction par une loi de la discrimination et de l'établissement d'un régime de limitation des droits ou d'attribution de privilèges sur la base d'autres distinctions n'existant pas, le législateur peut limiter les droits ou attribuer des privilèges sur la base des distinctions autres que celles citées dans l'art. 6, al. 2 de la Constitution. Dans la décision en question la Cour constitutionnelle indique que «la Constitution n'exclut pas la limitation des droits et l'attribution de privilèges strictement définis sur la base d'autres distinctions sociales».

Exposées comme elles le sont, les considérations principales du texte de cette décision interprétative de la Cour ont trouvé une application dans nombre de décisions prononcées dans le cadre du contrôle de constitutionnalité exercé sur des textes de lois concrets (art. 149, al. 1, p. 2 de la Constitution).

A titre d'exemple on peut citer la décision No 8 du 27 juillet 1992, affaire constitutionnelle 7/1992 (J.O. No 62/92), par laquelle la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur l'inconstitutionnalité du paragraphe 9 des Dispositions finales et transitoires de la Loi sur les banques et les crédits interdisant notamment l'accès aux organes dirigeants des banques à des personnes ayant occupé auparavant certains postes électifs ou faisant partie des effectifs.

La Cour a noté que cette limitation est en contradiction avec l'art. 6, al. 2 de la Constitution parce qu'elle est fondée sur des distinctions qui y sont mentionnées et qui excluent la limitation des droits en matière d'accès à de tels postes.

Par sa décision No 11 du 29 juillet 1992, affaire constitutionnelle No 18/92 (J.O. No 64/92) la Cour a

déclaré l'inconstitutionnalité du paragraphe 6 de la Loi modifiant et complétant la Loi sur les pensions de retraite (J.O. No 52/1992) qui porte création d'un nouvel article 10 «a». Le texte en question stipule que le temps passé à un poste dirigeant au sein du personnel des partis et organisations politiques visés dans le texte ne sera pas pris en considération pour l'ancienneté de l'individu concerné.

La Cour a décidé que priver cette catégorie de citoyens de leurs droits conformément à l'art. 51 de la Constitution est en contradiction avec l'art. 6, al. 2. Il n'y a pas de fondement pour un traitement inégal des citoyens.

La Cour a affirmé ce principe constitutionnel aussi dans sa décision No 3 du 3 avril 1992, affaire constitutionnelle No 30/91 (J.O. No 30/92). Elle a notamment rejeté la requête demandant l'établissement d'inconstitutionnalité du paragraphe 1 de la Loi modifiant et complétant la Loi sur le Conseil suprême judiciaire (J.O. No 106/91) ce paragraphe ayant abrogé l'al. 4 de l'art. 2 de cette loi lequel interdit aux avocats en exercice d'être élus au Conseil suprême judiciaire. La Cour a indiqué «qu'on ne peut pas, aux termes d'une loi, établir des limitations fondées sur une telle caractéristique professionnelle de la profession juridique» visant notamment la distinction «d'éducation» de l'art.6, al. 2 de la Constitution.

La Cour a exprimé une position similaire aussi dans sa décision No 9 du 30 septembre 1994, affaire constitutionnelle No 11/94 (J.O. No 87/94). Par cette décision la Cour a déclaré inconstitutionnel l'art. 16, al.4, p. 3 de la Loi sur le pouvoir judiciaire (J.O. No 59/94) lequel stipule que l'exercice d'une profession libre de la part des membres du Conseil suprême judiciaire est incompatible avec leur statut.

C'est toujours en suivant le principe d'inadmissibilité de la limitation des droits, fondée sur les distinctions énumérées dans l'art. 6, al. 2 de la Constitution, que la Cour constitutionnelle a prononcé sa décision No 12 du 4 juin 1998, affaire constitutionnelle 13/98 (J.O. No 66/98), qui établit l'inconstitutionnalité de l'art. 1 de la Loi déclarant propriété de l'Etat les biens immobiliers des familles des anciens rois Ferdinand et Boris et de leurs héritiers (J.O. No 305/47). Dans cette décision la Cour exprime son avis qu'il est inadmissible, du point de vue de la Constitution actuellement en vigueur, de porter atteinte aux droits des individus, selon la distinction de «condition personnelle» ou celle «d'origine».

Dans l'esprit de ce principe s'inscrit aussi la décision No 2 de la Cour du 21 janvier 1999, affaire constitutionnelle No 33/98 (J.O. No 88/99). Dans cette décision la Cour a prononcé l'inconstitutionnalité du paragraphe 1 des Dispositions transitoires et finales de la Loi sur l'administration (J.O. No 108/98) qui interdit aux personnes ayant exercé des fonctions de responsabilité au sein de l'appareil politique et administratif du Parti communiste bulgare d'occuper de postes de responsabilité au sein de l'administration pendant cinq ans.

La Cour a signalé que le droit au travail, énoncé dans l'art. 48 de la Constitution, est limité de façon inadmissible sur la base de l'une des distinctions visées à l'art. 6, al. 2 de la Constitution.

Le principe constitutionnel d'interdiction de la discrimination fondée sur les distinctions visée dans l'art. 6, al. 2 de la Constitution est pris en considération par la Cour constitutionnelle aussi dans l'exercice des compétences qui lui sont attribuées aux termes de l'art. 149, al. 1, p. 4 de la Constitution. Par sa décision No 2 du 18 février 1998, affaire constitutionnelle No 15/97 (J.O. No22/98) la Cour s'est prononcée sur la conformité à la Constitution de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales. La Cour a statué que cette Convention est tout à fait conforme aux principes constitutionnels fondamentaux et en particulier à la disposition de l'art. 6, al. 2 de la Constitution portant sur la limitation des droits des citoyens sur la base des distinctions de race, de religion, de nationalité et d'appartenance ethnique.

L'autre principe constitutionnel d'importance, découlant de l'art. 6, al. 2 de la Constitution, selon lequel la

limitation légitime des droits des citoyens et l'établissement de différences dans le régime juridique, sur la base des distinctions autres que celles visées dans l'art. 6, al. 2, sont constitutionnellement admissibles, est également appliqué dans nombre de décisions de la Cour constitutionnelle.

A titre d'exemple on peut citer la décision No 1 du 11 février 1993, affaire constitutionnelle No 32/92, (J.O. No 14/93), par laquelle la Cour a statué que la Loi sur l'application provisoire de certaines exigences complémentaires concernant des membres des directions des organisations scientifiques et de la Haute commission d'attestation (J.O. No 104/92) n'est pas contraire à la Constitution parce que les distinctions, visées dans l'art. 6, al. de la Constitution, sont exhaustivement énumérées alors que la limitation des droits, sur la base d'autres distinctions, est constitutionnellement admissible. Ainsi par exemple le principe du professionnalisme, visé dans la loi en question, n'est pas cité dans l'art. 6, al. 2 de la Constitution.

Par sa décision No 1 du 16 janvier 1997, affaire constitutionnelle No 27/96, (J.O. No 9/97), la Cour a rejeté la requête demandant l'établissement d'inconstitutionnalité du paragraphe 1 et du paragraphe 2 de la Loi modifiant et complétant la Loi sur la protection des dépôts et des comptes en banques de commerce pour lesquelles la Banque Nationale Bulgare a demandé l'ouverture d'une procédure de déclaration en faillite (J.O. No 90/96). La Cour a noté que la protection inégale, des déposants de la part de l'Etat, dépasse, dans ce cas, la question de l'inadmissibilité du traitement inégal des citoyens, découlant de l'art. 6, al. 2 de la Constitution.

La Cour a utilisé la même approche dans sa décision No 18 du 14 novembre 1997, affaire constitutionnelle No 12/97, (J.O. No 110/97). Par cette décision la Cour a rejeté la demande d'inconstitutionnalité du texte de l'art. 9, al. 1, p. 1 de la Loi sur les banques (J.O. No 52/97).

La Cour a considéré que l'exigence à l'égard des membres du conseil d'administration et du conseil des directeurs d'avoir fait des études supérieures en droit ou économie n'est pas une discrimination inadmissible aux termes de l'art. 6, al. 2 parce que cette exigence de la loi ne figure pas parmi les distinctions, visées dans cet article.

Les exemples, cités de la pratique de la Cour constitutionnelle, qui devient, il faut le dire, pratique courante, témoignent clairement du rôle que la Cour constitutionnelle joue en matière de protection des droits des citoyens contre des dispositions de loi discriminatoires.

SUMMARY

Equality before the law is one of the fundamental principles of the Constitution of the Republic of Bulgaria. In the discharge of its constitutional control function on the laws passed by Parliament the Constitutional Court has ruled on more than one occasion that a legal text is in contravention to the Constitution as it discriminates citizens on the basis of criteria that the Constitution recognizes as non-acceptable.

The interpretative decision No 14 of November 10, 1992 is the guiding decision in this practice. The decision characterizes in general the principle of equality before the law and the ban on the abridgement of this right. The decision proclaimed the principle of the exclusiveness of the principles named. The decision divides the criteria in two groups. The individual acquired the first group of criteria like race, gender, nationality and ethnic identity by birth; the second group of criteria like education, beliefs, and political affiliation were added.

As regards the Law on Banks and Lending Activities the Court ruled that it was in contravention to the Constitution to introduce a ban to persons who had previously held certain positions.

On another occasion the Constitutional Court ruled that it was anticonstitutional to count out definite positions held in the past in party headquarters or government institutions when calculating the length of service valid for retirement.

The decision that outlawed the text barring the civil service to persons who had previously held senior positions in the Bulgarian Communist Party is in the same vein.

The Constitutional Court ruled it was anticonstitutional to confiscate the property of the ex kings Ferdinand and Boris III and their inheritors on grounds of origin.

A number of Constitutional Court decisions have been passed to say that a law can abridge rights or grant privileges on grounds of attributes that are not listed in the Constitution and that cannot justify the abridgement of rights and granting of privileges.

The Court ruled that it is constitutionally acceptable to institute a different protection regime for the commercial banks' depositors when the banks are adjudicated bankrupt.

The Court did not find discrimination in the law-required law or economics degree for the bank governors or the bank governing board members.

Prof. Dr. h. c. mult. Rolf Knieper

Zusammenfassung

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Verfassungsprinzipien des territorialen Staatsaufbaus, die sich der Problematik der Abgrenzung von Kompetenzen und gleichzeitig dem Zusammenhalt des Ganzen stellen müssen. Das ist für föderale Staaten selbstverständlich, gilt aber auch im wirklichen Leben auch für zentralisierte Staatsgebilde einerseits und lockerere Zusammenschlüsse andererseits. Die Problematik wird an Beispielen aus im wesentlichen der europäischen und der deutschen Situation abgehandelt. Bei diesen Beispielen steht die sektorale und territoriale Verteilung finanzieller Ressourcen im Vordergrund. Obwohl zugestanden wird, dass es sich jeweils um eminent politische Fragen handelt, wird doch auch die (verfassungs-)rechtliche Dimension herausgestellt und damit die Bedeutung, welche der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Kanalisierung der Konflikte in für alle Streitparteien annehmbare gewaltfreie Verfahren und friedliche Lösungen zukommt.

Abgrenzungen und Zusammenhalt in der Organisation des Staates:
Verfassungsprinzipien und verfassungsgerichtliche Konkretisierungen

I. Fragestellung

Die folgenden Ausführungen setzen das Bestehen einer größeren Einheit voraus, die so organisiert ist, dass bestimmte Kompetenzen, Machtbefugnisse und Gewalten in ihrem Inneren auf verschiedene Institutionen verteilt sind.

Wer die politischen Debatten und tatsächlichen, nicht selten gewaltsamen Geschehnisse innerhalb der und zwischen den Nachfolgestaaten der Sowjetunion verfolgt, wird erkennen, dass hier noch ein gewaltiger Nachholbedarf für die Durchsetzung fairer und realitätstauglicher Rechtsprinzipien und ihre Unterstützung in die Praxis besteht. Der Beitrag soll dazu dienen, diesen Bedarf bewusst zu machen.

II. Grundsätzliche Erwägungen

Die Motivationen für eine Aufteilung sind unterschiedlich. Sie mögen in der Überzeugung liegen, dass eine Aufteilung von Kompetenzen zu größerer Sachnähe und Effizienz bei der Erledigung von vielfältigen Aufgaben führt, sie mögen durch Bürgernähe, die Suche nach Selbstbestimmung und die Hoffnung auf die Erleichterung demokratischer Mitsprache und auf Transparenz der Entscheidungsprozesse begründet sein. Sie mögen aber auch dadurch entstanden sein, dass kleinere Einheiten mehr oder weniger freiwillig zu eben dieser größeren Einheit zusammengefügt worden sind

und im Prozeß des Zusammenfügens ein Kompromiß ausgehandelt werden muß, der bestimmte Kompetenzen bei den kleineren Einheiten beläßt, um den Zusammenschluß akzeptabel zu machen. Selbst wenn ein Zusammenschluß gewaltsam zustande kommt, zum Beispiel bei Territorialeinheiten durch Annexion, zeigt die historische Erfahrung, dass jedenfalls im Anschluß eine juristische, vertragliche Absicherung des neuen Zustandes gesucht wird, wozu es notwendig ist, dass im klassischen Völkerrecht - anders als im Privatrecht - ein durch Gewalt initiiertes Vertrag (zum Beispiel ein Friedensvertrag) gültig ist und auch nicht zur Anfechtung berechtigt.

Die Aufteilung der Kompetenzen und dementsprechend die Einrichtung und/oder der Bestand besonderer Einheiten mag territorialen oder sektoralen Kriterien verpflichtet sein, sich also in der Untergliederung einer größeren territorialen Einheit in kleineren Einheiten vollziehen, die über mehr oder weniger große Selbständigkeit verfügen, oder zu einer inhaltlichen Kompetenzverteilung und Gewaltenteilung führen, also zum Beispiel im konstitutionellen Staat zur Trennung von legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt.

Die Ausgestaltung der Kompetenzverteilungen und die Gewichte der einzelnen Gewalten innerhalb der Gesamtheit können sehr unterschiedlich sein. Sie bewegen sich auf der einen Seite bis zu dem Punkt, wo eine - territoriale oder sektorale - Gewalt von einer anderen vollständig aufgesogen wird, so dass sie vielleicht noch dem Namen, nicht aber mehr dem Inhalt nach als Kompetenzträger existiert. Ein solcher Zustand ist erreicht, wenn zum Beispiel die Exekutive nach Belieben die Arbeit des Parlaments diktiert oder - über das berühmte „Telefonrecht“ - alle Entscheidungen der Gerichte, oder wenn einem Gliedstaat alle Kompetenzen entzogen werden. Auf der anderen Seite ist die Grenze einer Aufteilung der Gewalten erreicht, wenn eine Einheit vollständig selbständig handelt und eine Rücksichtnahme auf das Gesamte mit Erfolg und auf Dauer vollständig verweigert.

Innerhalb dieser Extreme des Aufsaugens und des Auseinanderfallens ist eine Vielzahl von Gestaltungsvarianten möglich und es ist sicherlich gut, eine genaue Aufgaben- und Kompetenzverteilung zu fixieren, wobei man sich der Problematik bewußt bleiben muß, dass eine Fixierung Verschiebungen und Veränderungsnotwendigkeiten in der Zeit nicht ausschließen kann.

Obwohl hier territoriale Einheiten im Vordergrund stehen, gelten auf einer sehr abstrakten Ebene die Überlegungen zu Kompetenzverteilungen und -zentralisierungen für alle Einheiten, also auch für andere juristische Personen des öffentlichen Rechts wie des Privatrechts, für politische Parteien, Religionsgemeinschaften oder Kapitalgesellschaften. Entgegen dem Anschein in manchen Fällen kann es eine vollständig monolithische, von einem Punkt oder einer Person vollständig zentral gelenkte komplexe Einheit nicht geben. Wo immer verschiedene soziale, professionelle, weltanschauliche, politische oder andere Interessen zusammentreffen, ist eine Verteilung von Kompetenzen und die Notwendigkeit ihres Ausräumens gegeben. Je weniger explizit dies anerkannt, offen thematisiert und voraussehbaren Spielregeln unterworfen wird, desto erratischer sind die Entscheidungsprozesse. Die Alternative zu rechtlich fixierten Verfahren ist oft ein informelles Geflecht persönlicher Beziehungen, ein Handeln hinter den Kulissen, ein dauerndes Abstecken von Machtsphären.

Bei den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb der oben angegebenen Extreme scheint mir eine Beobachtung offensichtlich: je weniger aufgegliedert die Kompetenzen, je zentralistischer also die Machtbefugnisse organisiert sind, desto weniger ausgeprägt ist der Bedarf zur Koordinierung, zur Herstellung von Gemeinsamkeiten, zur Wahrung des Gesamtinteresses. Andererseits: wenn überhaupt eine größere Einheit erhalten werden soll, dann müssen akzeptierte Mechanismen bestehen, die widerstehende oder gar auseinanderstrebende Interessen austarieren und in gewissem Umfang zu einem Allgemeininteresse zusammenführen. Je höher der Grad der Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Teilgewalten, desto prekärer und schwieriger wird der Prozeß der Formulierung und Durchsetzung der

Allgemeininteressen. Das gilt insbesondere dann, wenn dieses Allgemeininteresse, ein gemeinsames Ziel, ein kollektives Anliegen nicht klar und inhaltlich gehaltvoll definiert sind. Während zum Beispiel das klare Ziel einer Handelsgesellschaft die Erzielung von Gewinn ist oder einer Partei die Durchsetzung eines politischen Programms, ist eine ähnliche Zielbestimmung bei territorialen Einheiten in der Regel viel schwieriger, komplexer und selbst wo sie versucht wird, häufig unpräzise. Auch der erfolgreichste, beste Weg zur Erreichung eines Ziels oder sogar der Definition des spezifischen Allgemeininteresses stellt sich häufig erst im Prozeß selbst heraus. Nicht selten verbergen sich hinter einem behaupteten Allgemeininteresse in Wahrheit Partikularinteressen, während sich umgekehrt die subjektive Verfolgung von Partikularinteressen im Ergebnis als objektive Realisierung des Allgemeininteresses darstellen mag.

III. Die Grundpflicht zu wechselseitiger Rücksichtnahme

Trotz aller Schwierigkeiten halte ich es für unabweisbar, dass alle Träger von Machtbefugnissen sowohl auf den Respekt aller anderen Träger von Machtbefugnissen und ihrer Kompetenzen als auch auf die Wahrung der Einheit verpflichtet sein müssen. Selbstverständlich ist jede Institution berechtigt und verpflichtet, die ihr zugewiesenen oder originär zustehenden Kompetenzen voll auszuschöpfen und auszuüben; dennoch steht die Ausübung unter dem Leitmotiv der Rücksichtnahme. Zu Recht hat etwa Oeter darauf hingewiesen, dass es sich besonders in der Sphäre des Staatlichen dabei um politische Konstellationen und Probleme handelt, die nicht vorschnell und übermäßig verrechtlicht werden sollten. Dennoch kommt der Prozeß ganz ohne rechtliche Markierungen und (verfassungs-)gerichtliche Kontrollen nicht aus, nicht zuletzt um den Einsatz von Übermacht und physischer Gewalt überflüssig zu machen oder wenigstens einzudämmen.

Dass es sich dabei nicht um eine akademische und voluntaristische Meinung und Debatte handelt, belegt die Beharrlichkeit, mit der gerade in Einheiten, in denen eine starke Aufgabenverteilung und eine selbstbewußte Kompetenzwahrnehmung besteht, in der gerichtlichen und außergerichtlichen Praxis Grundsätze der Rücksichtnahme auf die jeweils anderen und der Verpflichtung auf das Gesamtinteresse eingefordert werden und dies auch dann, wenn sie vom positiven, gesetzten Recht nicht ausdrücklich vorgeschrieben sind.

So stellt das deutsche und europäische Kapitalgesellschaftsrecht die Befugnisse der einzelnen Gesellschaftsorgane präzise auf und grenzt sie voneinander ab. Über die Formen der Interaktion ist wenig ausgesagt. Rechtsprechung und Lehre haben dieses gesetzliche Vakuum gefüllt. Sie konstruieren den Bestand von Treuepflichten zum Beispiel des Managements gegenüber den Gesellschaftern oder die Pflicht zur Wahrung der Belange der Gesamtgesellschaft. Diese Pflichten bestehen neben dem gesetzlich eingeräumten und unbestrittenen Recht zur selbständigen Geschäftsführung.

Im Prinzip gilt im Staatsorganisationsrecht nichts anderes. Juristische Texte, die einem Zusammenschluß von Teilstaaten oder gar Staaten zu einer größeren Einheit Form geben, legen in der Regel mehr Gewicht darauf, die Kompetenzaufteilungen der territorialen Einheiten genau zu beschreiben und von den Kompetenzen der Gesamtheit abzugrenzen; das gilt für die Kompetenzen in der Gesetzgebung, der Verwaltung, der Steuererhebung, der Gerichtsbarkeit. Auch die sektorale Gewaltenteilung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative werden in den Texten schwergewichtig als Problem der Abgrenzung voneinander betrachtet. Eher selten sind Texte, die - wie zum Beispiel Art. 10 Abs. 2 des EWG-Vertrages - die Mitglieder explizit verpflichten, die im Vertrag festgelegten Ziele nicht zu behindern, sondern zu befördern, unabhängig davon, welche Materien dieser oder jener Institution zur Regelung und Verwaltung anvertraut sind.

Beinahe unabhängig aber von der Formulierung in Verfassungsurkunden und Gründungsverträgen größerer Einheiten setzt sich - nicht unähnlich zum Gesellschaftsrecht - die Auffassung durch, dass ein Zusammenhalt der Einheit nicht möglich sei ohne ein Geflecht wechselseitiger Rücksichtnahme und

Treuepflichten, die in jede Richtung gehen, das heißt von den Teileinheiten zur Gesamtheit und umgekehrt, aber auch innerhalb der Teileinheiten. Das gilt sowieso in Zentralstaaten, aber auch in demokratischen Bundesstaaten, deren Verfassung Grundsätze der Gewaltenteilung realisiert. Sicherlich wird immer wieder betont, dass die Teilstaaten und der Gesamtstaat ihre eigenen, voneinander abgegrenzten Sphären haben und ihre Kompetenzen in eigener Verantwortung ausüben und dass auch die Verfassungsorgane ihre jeweiligen Sachbefugnisse in jeweils besonderer Zuständigkeit ausüben und sich gegen Einmischungen verwahren dürfen und müssen. Gleichzeitig aber findet sich beim Auftauchen von Konflikten wie ein roter Faden die Aussage, dass deren Lösung unter dem Leitmotiv der wechselseitigen Rücksichtnahme und der Treue zu stehen habe. Der auch im Gesellschaftsrecht verwendete Begriff der Treue wird jeweils zu einem Bindestrich-Wort konkretisiert: zur Bundestreue für die Mitglieder des Bundesstaates, zur Verfassungsorgantreue für das Verhalten von Legislative, Exekutive und Judikative, zur Unionstreue für den Zusammenhalt der Europäischen Union.

Die Begründungen ergeben sich aus der allgemeinen Verpflichtung zur Realisierung des Sozialstaats, des Rechtsstaats, der Gleichwertigkeit oder der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, aus der Einsicht, dass in Zeiten der Globalisierung von Handel und Kommunikation, aber auch von Umwelt- und anderen Gefahren Souveränitäten und Unabhängigkeiten sich mediatisieren, dass verschiedene Rechts- und Sozialordnungen sich wechselseitig verschränken, dass das Handeln der verschiedensten Akteure bei aller Selbständigkeit wechselseitig aufeinander einwirkt. Es ist also richtig, darauf hinzuweisen, dass alle diese Begriffe, Benennungen, Feststellungen hoch abstrakt und unbestimmt bis zur Inhaltslosigkeit sind, dass sie benutzt werden können, um die verschiedensten Ergebnisse begründen und legitimieren zu suchen. Diese Einsicht macht die Aussagen aber nicht unrichtig (sie gelten für viele Begriffe besonders des Verfassungsrechts), sondern warnen zu Recht davor, dass in der praktischen Handhabung ein hohes Maß an Verantwortung und Denkgenauigkeit, bewußter Professionalität und kritischer Beobachtung erforderlich sind.

Nur eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die sich dieser Verantwortlichkeit und Schwierigkeit bewusst wird und die Herausforderung anzunehmen bereit ist, vermag - wie keine andere Institution - in diesem sensiblen Bereich die Momente der Abgrenzungen und des Zusammenhaltes der territorialen Staatsgewalten mit verfassungsrechtlicher Argumentation zum Ausgleich zu bringen.

In dieser Perspektive hat zum Beispiel das deutsche Bundesverfassungsgericht den zugegebenermaßen vagen Rechtsbegriff der Bundestreue oder des bundesfreundlichen Verhaltens benutzt, um Pflichten des Bundes gegenüber den Ländern, Pflichten der Länder untereinander und Pflichten der Länder gegenüber dem Bund zu begründen. Es hat zum Beispiel die Pläne der Bundesregierung durchkreuzt, eine besondere eigene private Fernsehgesellschaft zu gründen, da sie damit ihre verfassungsrechtlichen Kompetenzen überschritten hätte und da sie in der Art des Vorgehens, des Verhandeln, der Auswahl der Rechtsformen rücksichtslos gehandelt hatte und damit gegen die Pflicht zum bundesfreundlichen Verhalten verstoßen hätte. Es hat Sonderwege der Länder bei der Beamtenbesoldung verbaut, da damit die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, aber auch das Gleichgewicht bei den Staatsausgaben gefährdet und dementsprechend das Prinzip der Bundestreue verletzt worden wäre. Es hat in dem politisch zwischen manchen Ländern und verschiedenen Bundesregierungen höchst umstrittenen Bereich der Atompolitik das Prinzip der Bundestreue benutzt, um Pflichten zur wechselseitigen Information, zur inhaltlichen Abstimmung von Argumentationen, zur Rücksichtnahme auf die Positionen der einen und der anderen zu begründen.

IV. Die regionale Aufteilung finanzieller Ressourcen

Es hat endlich die Verteilung von Einnahmen und Ausgaben zwischen den Ländern und zwischen Bund

und Ländern wesentlich unter den Grundsatz der Bundestreue gestellt, der allerdings hier in der Verfassung schon vorgegeben ist. Auf diese im Moment wieder einmal kontroversen wechselseitigen Verpflichtungen zum horizontalen und vertikalen Finanzausgleich zwischen den Ländern und zwischen Bund und Ländern will ich im folgenden aus mehreren Gründen mit einigen Worten eingehen (das wichtige Sonderproblem der Finanzierung der Gemeinden erörtere ich hier nicht, weil es keine wesentlichen argumentativen Sonderaspekte aufweist).

Zum ersten sind meines Erachtens Verpflichtungen zum Finanzausgleich in der deutschen Verfassung, insbesondere in Art. 107 GG, im Gesetz „Über den Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern“ von 1993 in der Fassung vom 20.12.2001 und im Gesetz „Über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen (Maßstabgesetz)“ vom 09. September 2001 Konkretisierungen der Bundestreue, des bundesfreundlichen Verhaltens und des Rechtsgrundsatzes der wechselseitigen Rücksichtnahme. Diese Verankerungen relativieren die Auffassung, es handele sich bei den Grundsätzen um ungeschriebenes Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang von dem „bundesstaatlichen Gedanken der Solidargemeinschaft, des bündischen Einstehens füreinander“ gesprochen .

In der deutschen Literatur wird neben dieses bundesstaatliche Prinzip häufig das Prinzip der Sozialstaatlichkeit gestellt und betont, dass im Bundesstaat „die finanziellen Voraussetzungen für eine gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Leistungen geschaffen werden sollen“ , damit die Gleichwertigkeit oder gar Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse gewährleistet ist.

Ich persönlich halte dieses Argument für wertvoll, meine aber im Gegensatz zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1986, das die Pflicht zum Finanzausgleich ausdrücklich auf den föderativen Bundesstaat beschränkt hat, dass es in seinem allgemeinen Gehalt nicht auf bundesstaatliche Strukturen beschränkt ist, sondern in der hier vorgetragenen Orientierung auf alle größeren (territorialen) Einheiten anwendbar ist, die aus kleineren, in unterschiedlicher Weise verschiedenen Einheiten zusammengesetzt sind und die auf Dauer real existieren sollen. Staatlichkeit - gleichgültig ob in föderaler oder zentralistischer Organisation - kann sich ohne Finanzausstattung nicht entfalten, ebensowenig wie überregionale mehr oder weniger lockere Verbände. (Steuer)-Einnahmen und die Finanzkraft sind - wie der Nationalökonom Joseph Schumpeter schön formuliert hat - „die materielle Existenz des Staates“ .

Auf der einen, nicht einmal bundesstaatlich oder föderal zusammengehaltenen Seite, steht z.B. die Europäische Union, in der ein klares, rechtlich verankertes Bewußtsein dafür besteht, dass der Einigungsprozeß langfristig zum Scheitern verurteilt wäre, wenn nicht unionsweit die Angleichung und Harmonisierung der Arbeits- und Lebensverhältnisse der Bürger zum verpflichtenden Programm erhoben würde, das die Mitgliedstaaten, aber auch die Union selbst zu realisieren haben. Die Parallele zur nationalen sozialstaatlichen Verpflichtung auf die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse ist offensichtlich. Entsprechend formulieren nicht nur die Präambel und die Grundgesetzartikel des Gründungsvertrages der Europäischen Gemeinschaft diese Ziele als verbindliches Recht, sondern es werden in einer Vielzahl von Fonds der Europäischen Union selbst Finanzmittel zu Transferleistungen zur Verfügung gestellt, um diesem Prozeß einen materiellen Gehalt zu geben. An anderer Stelle habe ich persönlich darüber hinausgehend argumentiert, dass die Transferleistungen aus den Industriestaaten in die sogenannten Entwicklungsländer nichts mit einer großzügigen Hilfe zur Entwicklung dieser Staaten zu tun hat, sondern als Beiträge zur Struktur- und Regionalpolitik einen notwendigen Ausgleich leisten zur

Herstellung und Erhaltung der Funktionsfähigkeit der nicht nur ökonomisch, sondern zunehmend auch politisch sich globalisierenden Verhältnisse.

Auf der anderen Seite des Spektrums stehen die zentralistisch organisierten Staaten. Für sie ist die Terminologie des Finanzausgleichs sicherlich unangemessen, meines Erachtens nicht aber das Prinzip. Wenn sie als vollständige und territorial einheitliche Staaten erhalten bleiben sollen, darf auf die Dauer keine Region ohne angemessene Finanzausstattung bleiben. Die Geschichte ist voll von Beispielen, wo hoch zentralisiert organisierte Staaten, die es nicht geschafft haben, in den verschiedenen Regionen ihres Territoriums über angemessene und reale Finanzleistungen eine Angleichung oder Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse der Bevölkerungen herzustellen und zu erhalten, vielleicht eine Weile mit Gewalt zusammengehalten werden konnten, dass sich die Einheit auf Dauer aber zersetzt. Dieser Prozeß kann die Form einer offenen Revolte gegen die Zentralgewalt annehmen oder sich schleichend vollziehen. Auf Dauer aber setzt sich die Logik der in der Finanzausstattung liegenden „materiellen Existenz des Staates“ regelmäßig auch gegen Gewalt und Einheitsideologien durch.

Wenn hier jetzt also der Mechanismus des deutschen Finanzausgleichs dargestellt wird, so ist gleichzeitig zu betonen, dass hinter der spezifisch föderalen Ausprägung, die für die konkrete deutsche Situation offensichtlich ist, immer auch allgemeinere Prinzipien liegen, die über den Bundesstaat hinausweisen und sowohl für lockerer organisierte Einheiten einerseits und für den zentralistischen Staat andererseits Bedeutung haben.

Das spezifisch föderale Moment kommt in der Ausgangssituation zum Ausdruck: Die Finanzverfassung des Grundgesetzes realisiert die Eigenstaatlichkeit der Länder (und des Bundes) dadurch, dass jedem einzelnen eigene öffentliche Einnahmen zustehen, die ganz überwiegend Steuereinnahmen sind und die aus eigenem Recht erhoben werden. Diese Einnahmen erlauben es den Ländern (und dem Bund), ihre staatlichen Aufgaben und Ausgaben zu erfüllen, die nicht von der Zentrale delegiert sind, sondern von vornherein als gesonderte und eigenständige bestehen. Dieses auf Dauer angelegte Konzept wird ergänzt, um Situationen ausgleichen zu können, in denen ein Land für eine begrenzte Zeit und für eine bestimmte Aufgabe einer Sonderbelastung ausgesetzt ist. Für bedeutende Investitionen, die konjunkturelle Störungen oder strukturelle Ungleichgewichte zwischen den Ländern ausgleichen sollen, kann der Bund einem Land besondere Finanzhilfe gewähren (Art. 104a Grundgesetz).

Dieses Grundkonzept der Verteilung von Einnahmen und Ausgaben ist genuin bundesstaatlicher Natur und hat trotz der Möglichkeit zu temporären Finanzhilfen noch nichts mit einem Finanzausgleich zu tun. Dieser kommt erst dann ins Spiel, wenn sich herausstellt, dass die Normalität der bundesstaatlichen Verteilung von Einnahmen und Ausgaben zu großen Ungleichgewichten zwischen den einzelnen Ländern führt, weil sie eine unterschiedliche Finanzkraft haben. In diesen Fällen sind die Länder mit einer höheren Finanzkraft verpflichtet, den Ländern mit unterdurchschnittlicher Finanzkraft Ausgleichszahlungen zu leisten. Diese Pflicht ergibt sich aus Art. 107 GG, dem Finanzausgleichsgesetz von 1993 und dem Maßstäbengesetz von 2001. Über diesen horizontalen Finanzausgleich hinaus kann der Bund zusätzlich durch Geldzahlungen die Leistungsschwäche von Ländern kompensieren (vertikaler Finanzausgleich).

Über die Modalitäten der Berechnung der Finanzkraft und die Höhe der Ausgleichszahlungen wird praktisch seit dem Bestehen der Bundesrepublik gestritten, wobei nach der Wiedervereinigung der Streit an Schärfe zugenommen hat. Der Streit führt regelmäßig zum Bundesverfassungsgericht, das seine letzte Entscheidung im Jahre 1999 gefällt hat. Auf die Darstellung dieser - sehr wichtigen - (finanz-)technischen und sozialpolitischen Einzelheiten kommt es hier nicht an. Wesentlich ist aber, dass bei allem Streit über die Höhe und die Modalitäten das Grundprinzip allgemein akzeptiert wird. Das mag damit zusammenhängen, dass inzwischen in Deutschland das Modell des Bundesstaates allgemein als

positiv bewertet und verteidigt wird und dass ein Bewußtsein dafür existiert, dass die „Eigenstaatlichkeit der Länder einerseits und ihre Einbindung in die bundesstaatliche Solidargemeinschaft andererseits“ (so die Wortwahl in Art. 6 des Maßstäbengesetzes) untrennbar zusammengehören. Hilfreich ist sicher auch die Erfahrung, dass die Finanzkraft keine statische Größe ist, sondern dass sie sich in der Zeit in den verschiedenen Ländern unterschiedlich entwickelt, so dass tendenziell jedes Land ausgleichspflichtig oder ausgleichsberechtigt werden kann.

Um eine ungefähre Vorstellung von den realen Größenordnungen zu geben, zitiere ich die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1999 angegebenen Zahlen. Danach betrug das Volumen des horizontalen Finanzausgleichs im Jahre 1998 DM 13,52 Milliarden und der ergänzenden Zuwendungen durch den Bund an die leistungsschwachen Länder 25,65 Milliarden bei einem Gesamtvolumen des Bundeshaushalts im Jahre 1998 von etwa DM 460 Milliarden.

V. Sanktionen

Das sind hohe Beträge, die tatsächlich geleistet werden müssen. Dass dies, wenn durchaus auch mit Widerwillen und unter verschiedenem Protest, ohne Anwendung von Zwang geschieht, liegt sicherlich - wie bereits gesagt - daran, dass „die Bundesstaatlichkeit und gerade auch die föderale Einordnungs- und Befolgungspflicht der Länder heute allgemein akzeptiert ist“. Ein Rückgriff auf den sogenannten „Bundeszwang“ (Art. 37 Grundgesetz) ist deshalb in der Praxis nicht nötig. Dennoch lauert dieses verfassungsrechtlich vorgesehene scharfe Instrument im Hintergrund (und leistet vielleicht durch seine bloße Existenz einen wirksamen Beitrag zur Einhaltung der Bundestreue). Es handelt sich bei ihm um eine unangenehme, exzeptionelle, von Hans Kelsen „primitive Rechtstechnik“ genannte „Bundesexekution“, mit der die Bundesregierung Zwangsmaßnahmen gegen ein Land einsetzen darf, das die ihm nach Verfassung oder Gesetz obliegenden Bundespflichten (zu denen auch die Pflicht zum Finanzausgleich gehört) nicht erfüllt.

Die möglichen Maßnahmen reichen von der bloßen Anweisung über die Sperrung von Finanzmitteln und die Ersatzvornahme bis hin zur polizeilichen Gewalt. Gerade in Zeiten, in denen die föderale Verfassungskultur noch wenig entwickelt war und grundlegende politische Konflikte zentrifugale Kräfte freisetzen konnten, hat es in Deutschland - wenn auch seltene - militärische Einsätze gegen widerspenstige Länder gegeben. Auch aus anderen Bundesstaaten wie z. B. den USA und der Schweiz wird dies berichtet. Dass es sich keineswegs um eine Besonderheit des Föderalismus handelt, belegen Frankreich und andere zentralistisch organisierte Staaten, wo besonders in früheren Zeiten durchaus regionale Konflikte mit militärischen Mitteln gelöst wurden. Inzwischen ist die „primitive Rechtstechnik“ in den meisten Staaten praktisch in den Hintergrund getreten, weil sie wegen der Bereitschaft zu Respekt vor Kompetenzaufteilungen und gleichzeitig zum Zusammenhalt und Rücksichtnahme nicht mehr erforderlich ist. In der deutschen Verfassung ist sie darüber hinaus auch juristisch durch zwei Instrumente entschärft: zum einen muß der Bundesrat - also die Vertretung der Länder - der Zwangsmaßnahme zustimmen; zum anderen kann die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen der Bundesregierung auf Antrag des betroffenen Landes vom Bundesverfassungsgericht überprüft werden.

Damit erkennt und nutzt die deutsche Verfassung, dass eine professionell kompetente und neutrale, unabhängige Verfassungsgerichtsbarkeit einen politischen Konflikt zwischen den Staatsgewalten und Staatsorganen mit verfassungsrechtlicher Argumentation auf ein anderes Niveau heben kann, dass also mit der Verrechtlichung eines Konfliktes und seiner Kanalisierung in ein verfassungsgerichtliches Verfahren die Chance einer zu friedlichen und gewaltfreien Lösung wächst.

Selbstverständlich sind dies Fesseln der Machtausübung, deren praktische Wirksamkeit eine hohe rechtsstaatliche Kultur erfordert, die nicht feststeht, sondern die sich stets erneuern und regenerieren muß.

Bei der dauerhaften Erfüllung dieser Aufgabe ist die Einsicht hilfreich, dass wechselseitige Rücksichtnahmen und die Einhaltung von Treuepflichten langfristig dem allgemeinen Interesse, aber auch den vielen durchaus legitimen partikularen Interessen weit mehr dienen als die rücksichtslose Durchsetzung kurzfristiger Vorteile. Es ist den Nachfolgestaaten der Sowjetunion zu wünschen, dass die theoretisch einfache Aussage in die praktisch schwierigen politischen Taten umgesetzt wird. Dabei kann dem Verfassungsgericht und unter bestimmten Umständen dem Internationalen Gerichtshof eine sehr positive Rolle zukommen.

Резюме

Конституционные принципы территориального устройства государства подпадают под проблематику разграничения полномочий и одновременно обеспечения единства целого. Это нечто само собой разумеющееся для федеративных государств, однако в действительности применимо также и к, с одной стороны, централизованным государственным образованиям, а с другой - к более рыхлым объединениям. Проблематика исследуется в основном на примерах, относящихся к ситуации в Европе и, в частности, в Германии. Эти примеры свидетельствуют о том, что на передний план выходит секторальное и территориальное распределение финансовых ресурсов. И, хотя следует признать, что в соответствующих случаях речь идет о высоких политических материях, необходимо выявить также и (конституционно-) правовую составляющую, тем самым подчеркивая значение, придаваемое конституционному судопроизводству, переводящему конфликтные ситуации в русло приемлемых для всех конфликтующих сторон ненасильственных процедур и мирных решений.

Otto Luchterhandt

Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg

Grundrechtsschutz durch Individualbeschwerde-ver-fahren in Verfassungsgerichten. Eine Skizze

I. Einführung in das Problem

Zu den bedeutendsten und faszinierendsten Phänomenen der Entwicklung der nationalen Verfassungsordnungen im 20. Jahrhundert zählt die Ausbreitung der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Europa hat sie nach dem Zweiten Weltkrieg geradezu einen "Siegeszug" (Klaus Stern) erlebt, der durch ihre beinahe flächendeckende Einführung im postkommunistischen Raum bis zum Ende des Jahrtausends seinen Höhepunkt erreichte. Dieser steile Aufstieg dürfte damit an sein Ende gekommen sein, denn es spricht wenig dafür und ist daher ziemlich unwahrscheinlich, dass die geistesgeschichtlich und rechtskulturell so völlig anders als die euro-atlantische Staatenwelt geprägten islamischen und schwarzafrikanischen Staaten an diese Entwicklung im angebrochenen 21. Jahrhundert werden anknüpfen können. Zugleich muss man sich freilich davor hüten, die Verfassungsgerichtsbarkeit als eine unverlierbare nationale Errungenschaft, gewissermaßen als einen juristischen point of no return zu betrachten. Es gehört vielmehr zu den bleibenden, bitteren, zu Nüchternheit mahnenden Erfahrungen und Erkenntnissen, welche gerade die deutschen Staatsrechtler aus der Verfassungsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert gewonnen haben, dass nämlich die Höhen einer humanen Rechtsordnung nur durch eine geringe Entfernung von den Abgründen der Barbarei getrennt sind, dass - anders gesagt - Menschenrechte, soziale Gerechtigkeit und Demokratie mühsam erworbene und sehr zerbrechliche politisch-rechtliche Leistungen einer Nation sind, dass sie nur durch laufende ehrliche und ernsthafte Anstrengungen gegen ihre ständigen - offenen und versteckten - Gefährdungen verteidigt und bewahrt werden können, wenn man ihren Verlust nicht riskieren will. Eine wesentliche Voraussetzung für den bleibenden Erfolg einer mental, politisch und juristisch so anspruchsvollen Institution, wie die

Verfassungsgerichtsbarkeit sie darstellt, ist die innere, sozio-politische Konsolidierung und Stabilität einer Nation. Das lehrt gewiss am eindrucksvollsten und geradezu exemplarisch der Weg der Vereinigten Staaten von Amerika seit 1787, das lehrt aber auch der erfolgreiche Weg Deutschlands in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts. Zu diesem Erfolg hat, und darin liegt eine eigenartige Dialektik zwischen Recht und Wirklichkeit, die Verfassungsgerichtsbarkeit nach einhelliger Überzeugung in Deutschland einen unschätzbaren Beitrag geleistet. Einen bedeutenden Anteil an dieser Leistung aber hatte, auch das ist unstrittig, das Rechtsinstitut der Verfassungs- bzw. Grundrechtsbeschwerde des Menschen und Bürgers (im weiteren: Individualbeschwerde). Es ist eine schwer zu beantwortende rechtssoziologische und zugleich kulturanthropologische Frage, ob dieser Erfolg nur durch dafür günstige Eigenarten der in Deutschland geschichtlich gewachsenen Rechtskultur ermöglicht wurde, das Rechtsinstitut der Individualbeschwerde daher nicht ohne weiteres mit gleicher Erfolgsaussicht auf andere Staaten, Nationen, Rechtsordnungen übertragen werden könnte. Dies näher zu untersuchen, wäre gewiss reizvoll, ist im vorliegenden Rahmen aber nicht möglich. Gleichwohl liegt die Vermutung nahe, dass die rechtskulturellen Voraussetzungen, welche die Nationen jeweils mitbringen, in durchaus unterschiedlichem Grade Einführung, Anwendung und Wirkung der Individualbeschwerde erleichtern und begünstigen. Für die Republik Armenien, die noch nicht über eine Individualbeschwerde verfügt, sich zu ihrer Einführung aber im Zuge der beabsichtigten Verfassungsreform entschließen könnte, ist das Problem durchaus aktuell. Sichere Voraussagen über den möglichen Erfolg eines entsprechenden Schrittes lassen sich naturgemäß nicht machen, denn der Gesetzgeber bewegt sich hier auf dem Felde der Rechts- und Verfassungspolitik, das in hohem Maße von der Maxime des 'trial and error' (Karl Popper) bestimmt wird. Die Qualität des "Versuches", seine Chancen hängen aber nicht unwesentlich davon ab, dass man zunächst einmal theoretisch die verschiedenen Formen der Individualbeschwerde untersucht, denn bekanntlich gibt es sie nicht nur als ein einziges Modell. Es ist Zweck dieses Beitrages, die vorhandenen Varianten der Individualbeschwerde in einem knappen systematischen Überblick darzustellen.

II. Ansätze und Verfahrensformen der Individualbeschwerde

Man kann die Formen der Individualbeschwerde in unterschiedlicher Weise systematisieren. Ich wähle hier als Ansatz die Art der staatlichen Maßnahme bzw. des Aktes, gegen welche sich das Individuum mit seiner Beschwerde wendet: normative Rechtsakte (Gesetze, Verordnungen usw.), Verwaltungsakte, Gerichtsentscheidungen. Die Beschwerden können vom Individuum entweder unmittelbar selbst beim Verfassungsgericht anhängig gemacht werden - dies ist das üblicherweise als Individualbeschwerde bezeichnete Instrument, sie können aber auch durch Einschaltung und mit Hilfe eines anderen Staatsorgans (Gericht; Ombudsman; Menschenrechtsbeauftragter; Generalstaatsanwalt usw.) an das Verfassungsgericht herangetragen werden. Auf diese mittelbare Form wird im folgenden nicht weiter eingegangen.

a) Beschwerden gegen Gesetze, Verordnungen und sonstige untergesetzliche normative Rechtsakte

1. Populare Individualbeschwerden (actio popularis)

Bei der Möglichkeit, Gesetze im materiellen Sinne unabhängig von einem konkreten Beschwerdeanlass und persönlicher Betroffenheit des Antragstellers überprüfen zu lassen, ist Ungarn am weitesten gegangen, indem es ein solches Antragsrecht jedermann - Bürgern, Ausländern und Staatenlosen - eingeräumt hat. Der Sache nach stellt die actio popularis eine verfahrensmäßige Verbindung von abstrakter Normenkontrolle und Individualbeschwerde dar. Der ungarische Gesetzgeber hat sie erklärtermaßen als Instrument der Übergangsperiode eingeführt, um durch den weitgezogenen Kreis von Antragsberechtigten im Normenkontrollverfahren die Überprüfung und Außerkraftsetzung der unter dem kommunistischen Regime erlassenen, aber formell nach seinem Ende fortgeltenden

Rechtsnormen zu beschleunigen. Das Instrument hat sich bewährt, wurde aber allgemein als problematisch betrachtet, da es wegen der Vielzahl der zur Prüfung gestellten Probleme die Macht des Verfassungsgerichts stärkt und eine Grundlage seines vieldiskutierten "Aktionismus" bildete .

2. Individualbeschwerden aufgrund der Behauptung erlittener Grundrechtsverletzungen

Gegenüber der Popularbeschwerde deutlich eingeschränkt ist die für die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland typisch gewordene sogenannte Verfassungsbeschwerde. Ihre Zulässigkeit setzt nämlich eine spezielle Beschwerdebefugnis voraus. Die im Prinzip antragsberechtigte Person muss gegenüber dem Verfassungsgericht einen auf Tatsachen gestützten Sachverhalt darlegen, aus dem sich in plausibler Weise die Möglichkeit der im Antrag behaupteten persönlichen Grundrechtsverletzung ergibt . Die Beschwerdebefugnis erfüllt die Funktion eines Filters, um die von der staatlichen Maßnahme in ihren eigenen Grundrechten betroffenen und daher an dem Verfahren persönlich interessierten Menschen von denjenigen Personen zu trennen, die nur allgemein, "abstrakt" von den Grundrechtsproblemen berührt sind. Der Ausschluss letzterer vom Verfahren hat auch den Zweck, eine Arbeitsüberlastung des Verfassungsgerichts zu verhindern. Eine weitere Einschränkung sieht das deutsche Recht vor, indem es die Zulässigkeit der Beschwerde an die zusätzliche Bedingung knüpft, dass das Individuum zunächst das zuständige ordentliche Gericht oder das Fachgericht anruft und den betreffenden Instanzenzug "ausschöpft". In diesem Sinne ist ausdrücklich geregelt, dass die Verfassungsmäßigkeit untergesetzlicher Rechtsakte (Verordnungen usw.) beispielsweise (auch) von den Verwaltungsgerichten überprüft werden darf. Formelle, d.h. vom Parlament erlassene Gesetze, können hingegen sofort mit der Individualbeschwerde beim Verfassungsgericht angegriffen werden, sofern sie durch die Auferlegung von Verboten oder Geboten das Verhalten des Antragstellers zu Lasten seiner Grundrechte mit unmittelbarer Wirkung regeln.

Eine weitere Einschränkung der Individualbeschwerde kann darin liegen, dass das Verfassungsgericht die Beschwerde nur in den Grenzen des gestellten Antrages, d.h. allein unter dem Gesichtspunkt der vom Antragsteller ausdrücklich behaupteten Grundrechtsverletzungen prüfen darf . Der deutsche Gesetzgeber ist dem Ansatz einer Bindung des Verfassungsgerichts an den Beschwerdeantrag nicht gefolgt, denn er sieht die Funktion des verfassungsgerichtlichen Verfahrens primär darin, aufgetauchte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen objektiv auszuräumen. Das Bundesverfassungsgericht darf daher die Verfassungsmäßigkeit einer Norm auch aus Gesichtspunkten, die der Antragsteller nicht vorgetragen hat, prüfen, soweit es dazu nach eigener Einschätzung Veranlassung sieht.

3. Individualbeschwerden aufgrund der Behauptung persönlich erlittener Grundrechtsverletzungen gegen normative Rechtsakte in Verbindung mit oder im Rahmen eines gewöhnlichen Gerichtsprozesses

Wegen des rechtsstaatlichen und zugleich demokratischen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sind Eingriffe in Grundrechte von Seiten der staatlichen Behörden nur gerechtfertigt, wenn sie durch gesetzliche Ermächtigungsvorschriften begründet sind. Diese Ermächtigungsnormen des Gesetzes müssen ihrerseits mit den verfassungsmäßigen Grundrechten vereinbar sein. Daraus ergibt sich für das Individuum als Grundrechtsträger das Interesse und zugleich das Problem, nicht nur die Verfassungsmäßigkeit des staatlichen Aktes überprüfen zu lassen, der unmittelbar in seine Grundrechte eingreift, sondern auch die Verfassungsmäßigkeit der dem Eingriffsakt zugrunde liegenden gesetzlichen Ermächtigungsnorm. Deren Überprüfung durch das Verfassungsgericht wird in aller Regel im vorrangigen Interesse des betroffenen Bürgers liegen, weil die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, das zu Grundrechtseingriffen ermächtigt, aus prozessualer Sicht die primäre Ursache und Fehlerquelle von Grundrechtsverletzungen ist. Die Grundrechtswidrigkeit des Vorgehens der Gesetzesanwendenden

Behörden und Gerichte ist dadurch vorprogrammiert.

Analysiert man rechtsvergleichend die nationalen Verfassungsgerichtsgesetze, dann stellt man fest, dass sie insgesamt drei Wege kennen, die Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungsgesetzen, die Grundrechtseingriffe legitimieren, mit dem Instrument der Individualbeschwerde feststellen zu lassen. Die Wege unterscheiden sich nur dadurch voneinander, wie eng die Individualbeschwerde zum Verfassungsgericht mit dem Rechtsstreit im Prozessgericht verbunden ist. Das soll im folgenden beispielhaft anhand verschiedener nationaler Regelungen aus dem postkommunistischen Raum Europas gezeigt werden:

“ **Russländische Föderation**

Gemäß Art. 125 Abs. 4 der Föderalverfassung i.V.m. Art. 96 ff. des Föderalen Verfassungsgerichtsgesetzes Russlands vom 21.7.1994 können Bürger, Ausländer und Staatenlose, kurz: alle Personen, gleich welchen Status, eine Individualbeschwerde (individual'naja žaloba) gegen solche förmlichen Gesetze (zakon) einlegen, von deren Anwendung die Entscheidung eines Rechtsstreites unzweifelhaft oder nur möglicherweise abhängt, welcher bei einem Gericht allgemeiner Jurisdiktion, bei einem Militärgericht oder bei einem Wirtschaftsgericht (arbitražnyj sud) anhängig ist oder anhängig war. Die Zulässigkeit der Individualbeschwerde setzt allerdings voraus, dass der Beschwerdeführer dem Verfassungsgericht eine Bescheinigung des Rechtsanwendungsorgans (und damit im Regelfall der gegnerischen Partei im Prozess) darüber vorlegt, dass sie das umstrittene Gesetz angewendet habe oder möglicherweise anwenden werde. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ist fragwürdig, weil sie dem Prozessgegner einer zur Individualbeschwerde entschlossenen Person ungerechtfertigterweise ein wirksames Mittel in die Hand gibt, die Einlegung der Individualbeschwerde zu erschweren, hinauszuzögern oder gar zu verhindern. Individualbeschwerden gegen untergesetzliche normative Rechtsakte sind unzulässig; die Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit können interessierte Personen inzidenter, d.h. im Rahmen eines gewöhnlichen Rechtsstreites durch das Prozessgericht oder durch Einschaltung der Staatsanwaltschaft (Protesterhebung) oder des Menschenrechtsbeauftragten der Russländischen Föderation herbeiführen.

“ **Rumänien**

In den konkreten Rechtsstreit integriert und daher mit dem Verfahrenstyp der Konkreten Normenkontrolle verschmolzen ist die Individualbeschwerde gegen Gesetze und Gesetzesverordnungen in Rumänien. Nach der ursprünglichen Fassung des Verfassungsgerichtsgesetzes von 1992 hatte eine Prozesspartei das Recht, gegen ein Gesetz oder eine Verordnung mit Gesetzeskraft oder gegen einzelne ihrer Vorschriften, von deren Anwendung der Ausgang des Rechtsstreites abhing, gegenüber dem Prozessgericht die (zu begründende) Einwendung der Verfassungswidrigkeit zu erheben. Das Gericht war dann verpflichtet, die Frage zu prüfen, das Verfahren auszusetzen und die von der Prozesspartei erhobene Einwendung dem Verfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen. Um die Zahl derartiger individueller Einwendungen der Verfassungswidrigkeit einzuschränken, wurde 1997 das Verfahren erschwert, die Stellung des Individualbeschwerdeführers gegenüber dem Prozessgericht im Vorlageverfahren geschwächt. Das Prozessgericht ist nämlich dann nicht verpflichtet, die Einwendung der Verfassungswidrigkeit dem Verfassungsgericht vorzulegen, wenn die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Gesetzesvorschriften entweder vom Gesetzgeber mit verfassungsändernder Mehrheit autoritativ festgestellt (vgl. Art. 145 der rumänischen Verfassung) oder die Frage vom Verfassungsgericht bereits entschieden wurde. Über die Anrufung des Verfassungsgerichts entscheidet das Prozessgericht durch Beschluss, dem allerdings die Individualbeschwerde des Bürgers (Prozesspartei) unverkürzt beizufügen ist.

“ **Ungarn, Polen, Tschechien**

Die Möglichkeit, erst nach Abschluss eines gerichtlichen Rechtsstreites die Verfassungsmäßigkeit der die Gerichtsentscheidung tragenden Gesetzesvorschriften gezielt im Wege der Individualbeschwerde überprüfen zu lassen, ist namentlich in Ungarn, Polen und in der Tschechischen Republik eröffnet.

Die vom ungarischen Gesetzgeber so genannte Verfassungsbeschwerde richtet sich ausschließlich gegen Rechtsnormen. Die Beschwerde kann allein diejenige Person einlegen, die behauptet, ihre Grundrechte seien durch einen Vollzugsakt verletzt worden, der wegen der Verfassungswidrigkeit der betreffenden Rechtsnorm nicht habe erlassen werden dürfen. Die Verfassungsbeschwerde kann innerhalb von 60 Tagen nach Erschöpfung des Rechtsweges gegen den Vollzugsakt, also nach Erlass der letzten Gerichtsentscheidung in der Sache eingelegt werden.

Ähnlich wie in Ungarn ist die "Verfassungsklage" genannte Individualbeschwerde ausgestaltet, die in Polen durch die Verfassung vom 2.4.1997 eingeführt wurde. Auch ihr Gegenstand sind rechtliche Normativakte jeder Art (Gesetze, Verordnungen usw.). Die Beschwerdefrist beträgt 2 Monate seit der Zustellung des rechtskräftigen Urteils oder einer sonstigen endgültigen Entscheidung, die aufgrund der angeblich verfassungswidrigen Rechtsnorm gefällt wurde.

Auch in Tschechien kann sich jemand mit einer Individualbeschwerde gegen einen normativen Rechtsakt (oder einzelne seiner Vorschriften) mit der Behauptung seiner Verfassungswidrigkeit an das Verfassungsgericht wenden, wenn er die Grundlage für einen entsprechenden Vollzugsakt bildet. Der Antrag auf Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit muss innerhalb von 60 Tagen nach Inkrafttreten der Entscheidung über das gegen den Vollzugsakt eingelegte Rechtsmittel gestellt worden sein.

b) Beschwerden gegen Einzelakte von staatlichen Exekutivorganen und gegen Gerichtsentscheidungen

In den meisten Fällen wird die Verfassungswidrigkeit einer behördlichen oder gerichtlichen Maßnahme bzw. Entscheidung ihre Ursache in der Verfassungswidrigkeit des ihr zugrunde liegenden normativen Rechtsaktes haben, so dass die gegen die betreffenden Vollzugsakte gerichteten Individualbeschwerden eigentlich die Funktion haben, die im Hintergrund stehende Norm anzugreifen, sie "inzidenter" vom Prozessgericht für verfassungswidrig erklären zu lassen und dadurch im Ergebnis eine Revision der das Grundrecht verletzenden Vollzugsmaßnahme zu erreichen. Natürlich gibt es aber auch den Fall, dass die Behörde oder das Gericht eine an sich verfassungsmäßige Vorschrift in verfassungswidriger Weise anwendet. Das kann und wird insbesondere dann mit höherer Wahrscheinlichkeit geschehen, wenn der Gesetzgeber dem Rechtsanwendungsorgan mehr oder weniger breite Ermessensspielräume bei dem Vollzug der Rechtsvorschrift eingeräumt hat. Daher besteht das legitime Bedürfnis, Individualbeschwerden auch ganz spezifisch gegen Vollzugsakte von staatlichen Exekutivorganen und kommunalen Selbstverwaltungsorganen sowie gegen Gerichtsentscheidungen zuzulassen.

Analysiert man rechtsvergleichend die heute geltenden Verfassungsgerichtsgesetze, so muss man allerdings feststellen, dass die Staaten zwar, wie eben beschrieben, verhältnismäßig großzügig die Möglichkeit eröffnen, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und untergesetzlichen normativen Rechtsakten überprüfen zu lassen, weitaus zurückhaltender aber in Bezug auf Gesetzesvollzugsakte bzw. Rechtsanwendungsakte sind. Auf die rechtspolitischen Ursachen der Zurückhaltung kann an dieser Stelle aus naheliegenden Gründen nicht weiter eingegangen werden. Ein Hauptgrund aber dürfte der sein, dass im Zentrum der verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Rechtsanwendungsakten naturgemäß Gerichtsentscheidungen stehen und dadurch vielfältige Konflikte zwischen den allgemeinen Gerichten und namentlich dem Obersten Gericht einerseits, dem Verfassungsgericht andererseits vorprogrammiert sind. Dass dies keineswegs eine nur theoretische Annahme a priori, sondern ein durchaus

ernstzunehmendes Problem in allen Staaten mit einem selbständigen Verfassungsgericht nach österreichisch-deutschem Vorbild ist, zeigt der jeweilige Rechtsalltag .

1. Bundesrepublik Deutschland

Auf die im internationalen Vergleich wohl intensivste Erfahrung mit spezifischen Individualbeschwerden gegen Einzel- bzw. Vollzugsakte kann Deutschland blicken. Indem die Individualbeschwerde im Prinzip gegen beliebige Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zulässig ist , erfasst sie auch alle Arten von Rechtsanwendungsakten der staatlichen Exekutivorgane und Gerichte. Da die Individualbeschwerde allerdings nur zulässig ist, wenn der "Rechtsweg", d.h. der Weg durch die Instanzen der Gerichte, zuvor ausgeschöpft wurde , ist ihr Objekt in aller Regel die letztinstanzliche Entscheidung des zuständigen Gerichtszweiges, sei es der ordentlichen Gerichte oder der Fachgerichte (Arbeitsgerichtsbarkeit; allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit; Sozialgerichtsbarkeit und Finanzgerichtsbarkeit). Das Bundesverfassungsgericht überprüft die Entscheidungen der sonstigen Gerichte allein nach dem Kriterium bzw. dem Maßstab, ob sie bei der Auslegung der (verfassungsmäßigen) Rechtsnorm die unter Umständen zu berücksichtigenden Grundrechte in irgendeiner Weise verkannt haben. Andere Auslegungsmängel darf das Bundesverfassungsgericht nicht beanstanden, es sei denn, die Fehler sind krass und haarsträubend. Dann hebt es die Entscheidung auf, weil ihre offenkundige Willkürlichkeit die Qualität der Verletzung des Menschenrechts auf Gleichheit bedeutet .

2. Postkommunistische Staaten Europas

Dem Beispiel Deutschlands sind Tschechien, Slowenien, Kroatien und Albanien gefolgt. Die von den betroffenen Grundrechtsträgern für verfassungswidrig gehaltenen Vollzugsakte der Verwaltung müssen auch hier zunächst im normalen Instanzenzug bei den Gerichten angefochten werden. Die Individualbeschwerde richtet sich dann gegen die letztinstanzliche Entscheidung, die in aller Regel ein Urteil ist.

Eine originelle Variante der Individualbeschwerde gegen Rechtsanwendungsakte existierte in Russland (RSFSR) unter seinem ersten Verfassungsgerichtsgesetz von 1991 . Jede Person konnte die Beschwerde mit der Behauptung erheben, der angegriffene Rechtsanwendungsakt sei Ausdruck und zugleich typisch für eine seine Grundrechte verletzende, zur Gewohnheit der betreffenden Staatsorgane gewordene Rechtsanwendungspraxis (obyknovenie pravoprimeritel'noj praktiki). Die offenkundige Achillesferse des Verfahrens, nämlich die von dem Beschwerdeführer nur mit großen Schwierigkeiten zu erfüllende Zulässigkeitsvoraussetzung des vom Gesetz an sich verlangten Nachweises der obyknovenie, hatte das "Zor'kin-Gericht" weitgehend entschärft, nämlich dadurch, dass es für die Zulässigkeit einer solchen Individualbeschwerde bereits die plausible Behauptung ausreichen ließ, auch ein erster, noch vereinzelt dastehender Rechtsanwendungsakt sei - als eine Art Präzedenzfall - geeignet, eine grundrechtswidrige Behördenpraxis zu begründen . Da die Variante der Individualbeschwerde wegen ihrer Unklarheit allerdings viel Verwirrung gestiftet hatte, war ihre Abschaffung durch das geltende Verfassungsgerichtsgesetz Russlands von 1994 nicht unverständlich.

III. Unverbindliche Verfahrensformen der Befassung des Ver-fas-sungs-gerichts mit Individualbeschwerden

Die wohl am weitesten verbreitete Form der indirekten Befassung des Verfassungsgerichts mit Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ist das oben bereits wiederholt erwähnte Verfahren der konkreten Normenkontrolle. Es zeichnet sich bekanntlich durch das dem Prozessgericht zustehende Recht aus, dem Verfassungsgericht die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgebende

Gesetzesvorschrift zur Prüfung vorzulegen, wenn das Prozessgericht von der Verfassungswidrigkeit der Vorschrift überzeugt ist. Das Prozessgericht erfüllt hier die Funktion eines Filters für individuelle Bedenken und Beschwerden über angeblich grundrechtswidrige Gesetze. Die konkrete Normenkontrolle ist ihrer Rechtsnatur nach aus der Sicht des Individuums eine indirekte, wohl aber verbindliche Form der Befassung des Verfassungsgerichts mit einer für verfassungswidrig gehaltenen Norm. In der Praxis der Verfassungsgerichte sind aber noch andere Formen ihrer Befassung mit Individualbeschwerden aufgetaucht, deren Eigenart darin besteht, dass sie direkt an das Verfassungsgericht gerichtet werden, aber (trotz vorliegender Zulässigkeitsvoraussetzungen) nicht verbindlich zur Einleitung eines Überprüfungsverfahrens führen. Die Rede ist von Individualbeschwerden, die in der Form und Qualität von Vorschlägen oder Eingaben an das Verfassungsgericht gerichtet werden, mit der Bitte, bestimmte normative Rechtsakte oder sonstige staatliche Maßnahmen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Teils gehen solche Eingaben beim Verfassungsgericht kraft des den Bürgern von der Verfassung eingeräumten (allgemeinen) Petitionsrechts ein, teils sind solche Eingabeverfahren in den Verfassungsgerichtsgesetzen geregelt. Bereits im kommunistischen Jugoslawien war es aufgrund der Bundesverfassungen von 1963 und 1974 zu einer Verbindung zwischen der Petitionsbeschwerde und der Befugnis der Verfassungsgerichte gekommen, ex officio die Verfassungsmäßigkeit normativer Rechtsakte zu überprüfen. Jedermann konnte eine Beschwerde an die Republikverfassungsgerichte und an das Bundesverfassungsgericht mit der Anregung richten, bestimmte normative Rechtsakte wegen Verfassungswidrigkeit außer Kraft zu setzen. In aller Regel beruhte die Beschwerde auf einem bestimmten Vorgang, der von dem Bürger als Verletzung seiner Verfassungsrechte empfunden wurde. Seine Anregung an das Gericht stellte lediglich die abstrakte juristische Schlussfolgerung aus diesem konkreten Anlass dar. Die Verfassungsgerichte waren zwar nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, aufgrund solcher Petitionsbeschwerden ein abstraktes Normenkontrollverfahren einzuleiten. Die Entscheidung darüber lag in ihrem eigenen, letztlich rechtspolitischen Ermessen. Zugleich handelte es sich um eine Variante der den jugoslawischen Gerichten im Bund und in den Gliedstaaten eingeräumten Befugnis, abstrakte Normenkontrollverfahren aus eigener Initiative einzuleiten.

Die Variante blieb keine nur theoretische Möglichkeit; ganz im Gegenteil: zwischen 75 und 80 % beruhten die eingeleiteten Normenkontrollverfahren im kommunistischen Jugoslawien auf Petitionsbeschwerden! Die Verfassungsgerichte begrenzten allerdings, aus naheliegenden politischen Gründen, ihre Praxis ausschließlich auf die Überprüfung untergesetzlicher Normativakte und hier in aller Regel auf die (autonomen) Rechtssetzungsakte der diversen Selbstverwaltungskörperschaften im Lande. In den postkommunistischen Nachfolgestaaten Jugoslawiens ist das Modell einer Kombination von Petitionsbeschwerde und abstrakter Normenkontrolle ex officio überwiegend beibehalten worden. Dem Beispiel Jugoslawiens war die UdSSR gefolgt, als sie im Zuge der Perestrojka 1989 das Rechtsinstitut bzw. das Komitee der Verfassungsaufsicht (komitet konstitucionnogo nadzora) einführte. Aufgrund seiner Befugnis, abstrakte Normenkontrollen ex officio einzuleiten (Art. 124 Abs. 5 UdSSR-Verfassung 1989) griff das Komitee bevorzugt und gezielt solche Petitionsbeschwerden von Bürgern auf, die gerade die Grundrechtswidrigkeit gewisser Gesetze und Rechtsverordnungen signalisierten. Das geschah auch deswegen, weil bei der Feststellung von Grundrechtsverletzungen die "Gutachten" (zaključenija) des Komitees die stärkste Rechtswirkung, nämlich die kassatorische Rechtswirkung hatten, also die Aufhebung der beanstandeten Rechtsnormen bewirkten, gleichgültig, ob es sich um ein Gesetz oder um einen untergesetzlichen Akt handelte. Fast alle der vom Komitee in den anderthalb Jahren seiner Existenz durch Gutachten entschiedenen 21 Fälle dienten daher dem Schutz der Grundrechte! - ein Ruhmesblatt seiner unvergessenen Vorsitzenden Sergej S. Alekseev und Boris M. Lazarev! Es ist offensichtlich, dass die Befugnis, ein abstraktes Normenkontrollverfahren auf eigene Initiative, ex

officio einzuleiten, die Voraussetzung dafür ist, dass grundrechtsbezogene Petitionsbeschwerden eine Chance auf Wirkung und Erfolg bekommen. Allerdings steht die anlassunabhängige Verfahrenseinleitung aus eigener Initiative im Widerspruch zu dem Grundgedanken, zu der ratio esendi des Gerichts im allgemeinen und damit auch des Verfassungsgerichts. Denn es ist eine wesentliche Voraussetzung und Bedingung für die Gewährleistung der politischen Unvoreingenommenheit, Neutralität, Unparteilichkeit und Leidenschaftslosigkeit eines Verfassungsgerichts, dass es sich nicht selbst, aktiv "seine" Fälle nach mehr oder weniger politischen Erwägungen und Kriterien aussuchen kann, sondern in passiver Lage auf Prüfungsanträge von anderer, fremder Seite mit bestimmten Problemfällen und Streitfragen wartet. Mustergültig bestimmt daher die Verfassung der Republik Armenien in Art. 100 Abs. 2: "Das Verfassungsgericht behandelt eine Angelegenheit nur, wenn ein entsprechender Antrag vorliegt." Dementsprechend verfügen die Verfassungsgerichte in den Nachfolgestaaten der UdSSR, abweichend vom Komitee der Verfassungsaufsicht, in der Regel nicht mehr über die Befugnis zur Verfahrenseinleitung aus eigener Initiative. Eine Ausnahme bildete Weißrussland aufgrund seiner Verfassung von 1994 (Art. 127 Abs. 4). Das Verfassungsgericht durfte "nach seinem Ermessen Fragen der Vereinbarkeit von Normativakten jedes staatlichen Organs und jeder gesellschaftlichen Organisation mit der Verfassung, den Gesetzen und den von der Republik Weißrussland ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen prüfen". Durch die einschneidende Verfassungsrevision vom 24.11.1996 wurde das ex-officio-Verfahren abgeschafft (vgl. Art. 116 n.F.). Doch schon 1997 und seither mit wachsender Intensität hat das Verfassungsgericht einen Weg gefunden, dem Bürger trotz fehlender Individualbeschwerde ein gewisses funktionales Äquivalent zu verschaffen. Ansatz ist die Petitionsbeschwerde gemäß Art. 40 der Verfassung Weißrusslands. In Verbindung mit seinem Recht, sich mit förmlichen Vorschlägen an andere Staatsorgane zu wenden (Art. 7 VerfGG), hat das Verfassungsgericht seit 1998 ein "weiches" Individualbeschwerdeverfahren in folgenden Schritten entwickelt:

Entsprechend seiner Verpflichtung gemäß Art. 40 Abs. 2 der Verfassung nimmt das Gericht die Petitionen an, berät - 2. - über den Fall, trifft - 3. - eine Entscheidung über die Begründetheit der Petition in der Sache und schließt - 4. - das Prüfungsverfahren in einer Form, die einer Gerichtsentscheidung angenähert ist, ab. Diese "Entscheidung" verknüpft sie - 5. - mit einem "Vorschlag", auf welchem Wege die Verfassungswidrigkeit beseitigt werden könne, und stellt die Feststellung der Verfassungswidrigkeit mitsamt dem Vorschlag - 6. - dem betreffenden Staatsorgan förmlich zu. Darüber hinaus veröffentlicht das Verfassungsgericht die "Entscheidung" - 7. - im Gesetzblatt Weißrusslands und kümmert sich schließlich - 8. - nach Ablauf der im Vorschlag gesetzten Vollzugsfrist darum, ob bzw. wie die Verfassungswidrigkeit beseitigt wurde.

In der Praxis waren Adressaten der Vorschläge des Verfassungsgerichts bislang die Regierung und das Parlament. Zwar reagierten sie mitunter ablehnend, insgesamt aber konstruktiv.

IV. Zur Frage eines Verfassungsvorbehalts für Individualbeschwerden

Die grundsätzliche Frage, welche Rechtsinstitute, Organe und Verfahren nicht einfach nur auf der Ebene des Parlamentsgesetzes, sondern kraft ihres Gewichts, ihrer Bedeutung und Tragweite für Staat, Gesellschaft und Bürger in der Verfassungsurkunde selbst geregelt werden müssen, richtet sich als erstes an die Verfassungstheorie und die Verfassungslehre. Zugleich ist sie ein wichtiges Thema der Verfassungspolitik. In den Grundzügen dessen, was unbedingt in den Text der Verfassung gehört und was, weil weniger bedeutsam, vielleicht verzichtbar ist, sind sich Theorie und Praxis weitgehend einig. Das beweisen jedenfalls die Ergebnisse der vergleichenden Verfassungswissenschaft. In Randfragen und im Detail bestehen hier freilich viele Unklarheiten und folglich Meinungsverschiedenheiten, die mit guten Gründen so oder auch anders gelöst werden können.

Die Frage nach Geltung und Reichweite eines Verfassungsvorbehalts betrifft aber nicht nur die originäre Verfassungsgebung, sondern behält durchaus ihre Aktualität auch für eine geltende Verfassung. Darüber, dass die Einführung eines "Verfassungs-"Gerichts legitimerweise nur durch eine Änderung bzw. Ergänzung der Verfassung erfolgen kann, wird man wohl schnell eine Einigung erzielen können, aber schwieriger wird das Problem, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit, ausgestattet mit diversen Kompetenzen, zwar bereits Teil der geltenden Verfassung ist, die Individualbeschwerde aber fehlt und starke politische Kräfte ihre Einführung fordern und den Plan verfolgen, die Individualbeschwerde durch ein einfaches Gesetz einzuführen weil sie keine verfassungsändernde, sondern nur die gesetzesändernde Mehrheit im Parlament besitzen. Ist dies ohne weiteres zulässig oder gilt für die Individualbeschwerde der Verfassungsvorbehalt?

Bekanntlich ist dies ein Problem, das seit einiger Zeit in juristischen Fachkreisen der Republik Armenien diskutiert wird und das in dem Maße auch praktische Bedeutung erlangen könnte, wie das Schicksal der vom Staatspräsidenten angestrebten Revision der Verfassung des Landes in der Schwebelage bleibt.

Der Verfassungstheoretiker und der Spezialist für Verfassungsvergleichung werden, von ihren Grundsätzen ausgehend, wohl übereinstimmend den Standpunkt vertreten, die Kompetenzen und Verfahren des Verfassungsgerichts müssten im Verfassungstext selbst geregelt werden. In der Tat gibt es dafür Gründe, aber so einfach ist das Problem nicht zu lösen. Vielmehr hängt die Antwort auf die Frage, ob die Einführung der Individualbeschwerde der Verfassungsänderung bedarf, entscheidend davon ab, mit welcher Konzeption, Systematik und Wortlaut die jeweilige nationale Verfassung die Verfassungsgerichtsbarkeit regelt. Deutschland bietet insofern ein interessantes und lehrreiches Beispiel, denn das Grundgesetz führte durch seine ursprüngliche Fassung (23.5.1949) zwar die Verfassungsgerichtsbarkeit mit einem Kompetenzkatalog ein (Art. 93), nicht jedoch die Individualbeschwerde. Sie wurde erst 1951 durch das Gesetz über das Verfassungsgericht (§§ 90 ff.) eingeführt. Wäre der Kompetenzkatalog des Gerichts im Grundgesetz abschließend bestimmt gewesen, dann hätte der Gesetzgeber mit diesem Vorgehen verfassungswidrig gehandelt. Art. 93 Abs. 2 GG bestimmte jedoch damals und bestimmt noch immer: "Das Bundesverfassungsgericht wird ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz (!) zugewiesenen Fällen tätig." Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz konnte also dementsprechend die Individualbeschwerde einführen; sie war durch Abs. 2 vom Willen des Verfassungsgebers pauschal mitumfasst. Eine solche Kompetenzöffnungs- oder -erweiterungsklausel kennen viele nationale Verfassungen. Die Verfassung der Republik Armenien enthält nichts dergleichen. Der von ihr bestimmte Kompetenzkatalog des Verfassungsgerichts (vgl. Art. 100) ist abschließend. Allerdings steht Art. 100 der Einführung einer Individualbeschwerde in der Form der Beschwerde gegen Gesetze und untergesetzliche Normativakte der Exekutive nicht entgegen, denn Art. 100 Ziffer 1 lässt offen, ob nicht auch auf Initiative eines Individuums die Verfassungsmäßigkeit solcher Akte vom Verfassungsgericht überprüft werden könnte. Die Möglichkeit, das Verfahren der Normenkontrolle im Sinne von Art. 100 Ziffer 1 auch durch einen allein durch das Verfassungsgerichtsgesetz Armeniens eingeräumten Individualantrag in Gang setzen zu können, wird jedoch durch Art. 101 verbaut. Die Vorschrift beschränkt nämlich in Abs. 1 das Recht, sich an das Verfassungsgericht mit irgendwelchen Verfahrensanträgen wenden zu können, definitiv auf vier Verfassungsorgane bzw. Funktionsträger und Teile von ihnen. Private Individuen, Menschen oder Bürger, sind nicht darunter; sie sind ersichtlich ausgeschlossen. Zu Recht hat die Venezianische Kommission des Europarats in ihrer gutachterlichen Bemerkung zu dem Problem festgestellt, dass die Regelung des Art. 57 der Verfassung nur scheinbar eine Erweiterung des Kataloges der Antragsteller gemäß Art. 101 der Verfassung darstellt.

Es führt daher kein Weg an der Feststellung vorbei: Der Verfassung der Republik Armenien liegt

ersichtlich das Konzept zugrunde, das Antragsrecht zum Verfassungsgericht restriktiv und abschließend im Verfassungstext zu bestimmen. Ein anderes, entgegengesetztes Konzept verfolgt z. B. die Verfassung Polens (Art. 191). Für die Einführung der Individualbeschwerde in der Republik Armenien gilt der Verfassungsvorbehalt im strengsten Sinne: der Verfassungstext muss dafür speziell geöffnet, also geändert werden. Ob dies rechts- und verfassungspolitisch zweckmäßig wäre, ist eine andere Frage, die letztlich nur vom armenischen Volk entschieden werden kann. Die oben dargelegte Übersicht über die möglichen Formen der Individualbeschwerde liefert eine breite Auswahl für eine mögliche Entscheidung.

Резюме

Несмотря на то, что конституционное судопроизводство в течение последних десятилетий 20-го века получило большое распространение в мире и, в частности, в посткоммунистических государствах Центральной и Восточной Европы, процедура защиты конституционных прав на основании индивидуальных жалоб отсутствует в законодательстве многих из этих стран. Это относится и к Республике Армения. С точки зрения сравнительного правоведения, одной из основных причин подобной сдержанности законодателя, по всей видимости, является опасение, что конституционные суды могут потонуть в лавине индивидуальных жалоб. Другим следствием могла бы стать перегруженность Конституционного Суда, которая затронула бы его функциональную дееспособность и нанесла бы удар по его авторитету в государстве. Эти опасения следует принимать всерьез. Разумеется, их не следует переоценивать. Нельзя забывать о том, что, во-первых, есть различные формы индивидуальных жалоб и, во-вторых, что индивидуальная жалоба не может обладать одинаковым эффектом во всех правовых системах и во всякой правовой культуре. Наконец, не следует закрывать глаза на то, что граждане государств, являющихся членами Совета Европы и участниками Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, имеют право подать индивидуальную жалобу в Европейский Суд по Правам Человека в Страсбурге, то есть в наднациональный судебный орган. Этот факт свидетельствует скорее в пользу того, что введение индивидуальной жалобы в национальное конституционное право не стоит превращать в фундаментальную проблему. Решение о введении индивидуальной жалобы должно приниматься в спокойной, рассудительной обстановке с учетом достоверных сведений о ее возможных разновидностях, уже применявшихся в Европе на практике. Представленный обзор дает общее представление об основных формах индивидуальной жалобы. Вначале он описывает индивидуальную жалобу против нормативных правовых актов (законы, постановления органов исполнительной власти и т.д.). Формами этих жалоб являются общедоступная жалоба и жалоба на лично коснувшиеся человека нарушения основных прав, которая может подаваться частично вне пределов и частично — в пределах конкретного правового спора в суде общей юрисдикции. Упоминается также и индивидуальная жалоба на решения административных органов и судов. Наконец, речь идет и об индивидуальных жалобах, которые имеют необязательный характер, а именно: характер обращений в Конституционный Суд и которые, в сочетании с полномочием Конституционного Суда по возбуждению производства по контролю правовых норм *ex officio*, могут привести к принятию постановления по поднятому в обращении вопросу, однако не обязательно приводят к этому.

Вне зависимости от того, на какой процедуре судопроизводства в конечном итоге остановит свой выбор национальный законодатель, очевидно, что введение индивидуальной жалобы допустимо только в том случае, если конституция в явной или скрытой форме - "между строк" - предусматривает такую возможность.

Doc. JUDr. Ján Mazák, PhD.
President of the Constitutional Court of the Slovak Republic
JUDr. Gabriela Dobrovicová,
Candidate of Sciences Adviser, Constitutional Court of the Slovak Republic

Fundamental Rights Protection and Abstract Constitutional Review after the Amendment to the Constitution of the Slovak Republic in 2001.

Fundamental Rights Protection and the New Type of Complaint Introductory Remarks

Since 1993 the protection of individual fundamental rights and freedoms in the proceedings before the Constitutional Court of the Slovak Republic (hereinafter as Court) has been developed in two principal trends under the Slovak constitutional conditions. Both, the natural and legal persons, until 1 July, 2001 were allowed to appeal to the Court by filing a petition for commencement of proceedings pursuant to Art. 130 (3) of the Constitution of the Slovak Republic (hereinafter as Constitution) or in exactly specified cases by the instrument of a constitutional complaint as set forth in Art. 127 of the Constitution, effective until 1 January, 2002.

The outcomes of such fundamental rights and freedoms protection constitute available sources of this information, on the development of such a protection and results in different cases.

An essential change occurred following the amendment of the Constitution enacted by constitutional statute 90/2001 Coll., (hereinafter as amendment of the Constitution). Art. 127 has become a basis for the revised concept of proceedings on complaints. The purpose of this new power of the Constitutional Court lies in the philosophy that after the motion on commencement of proceedings had been quashed, the complaint remained the only constitutional instrument giving a direct access to natural persons and legal entities to the protection of the constitutionality towards to fundamental (human) rights and freedoms provided by the Court.

Proceedings on Complaint

2.1 On some Procedural Requirements

The Court may hold proceedings and decide on the complaint only in case that during the preliminary discussion, following the proceedings have been commenced, (Art. 25, Constitutional Court Act) it finds that all constitutional and legal (procedural) requirements have been met in the complaint to be accepted for further proceedings and to be decided on the merits.

Complaint

The essential procedural requirement on the proceedings related to the fundamental rights and freedoms protection shall be a complaint that fulfils all the terms defined by law. The mentioned terms shall be those the presentation or submission of which the Court will find sufficient for the purpose that the complaint not to be rejected due to the lack of requirements, stipulated by the law; or the case considered a complaint would be suspended pursuant to § 23a, of the Constitutional Court Act. The given provision allow the Court to suspend the motion if this shall be found evidently unqualified petition for commencement of proceedings and no remedy might be reached upon the appeal and notice of rights, delivered by the Constitutional Court.

The complaint shall have the general requirements (§ 20 Constitutional Court Act). One of the requirements shall be the authorisation for the attorney or commercial lawyer which shall explicitly specify the representation before the Constitutional Court. Failure in submitting the said authorisation, even an additional one upon the Court's notice, shall result in dismissal the complaint due to lack of requirements stipulated by the law. The purpose of obligatory legal representation in the proceedings on complaints shall be a filter that would eliminate unqualified and unsuccessful complaints. Under certain circumstances, the Court may, unless it is an evidently unsuccessful application related to protection of the constitutionality, appoint an attorney on the expenses of the

State.

The complainant may, in addition to allegation that fundamental right or freedom has been breached or requirement that a decision, measure or any other encroachment that resulted in such breach of right or freedom to be quashed, propose to the Court to:

- a) order that the party, violating the fundamental right or freedom through omission, shall try the case under special regulations,
- b) revert the case to further proceedings
- c) prohibit continued violation of fundamental right or freedom
- d) order to that party which has violated fundamental right or freedom to recover the state, prior to the violation of fundamental right or freedom
- e) to impose on the violator of the fundamental right or freedom an obligation to pay appropriate financial compensation
- f) decide upon temporary injunction or postpone the enforceability of the final decision, measure or intervention.

The special requirements are the following:

- a) specification of the fundamental right or freedom which, upon the complainant's allegation, have been breached,
- b) final decision, measure or any other encroachment causing the breach of fundamental right or freedom,
- c) specification of the subject against whom the complaint has been raised,
- d) a copy of a final decision, measure or evidence on any other infringement,
- e) should the complainant demand an appropriate financial compensation, the specification of the amount and grounds for a claim
- f) grounds for application of temporary injunction or enforceability suspension

Constitutional Court's Jurisdiction and Subsidiarity Principle

Another procedural requirement in the proceedings upon the complaint shall be the Court's jurisdiction, which, pursuant to the subsidiarity principle, shall be given if the following two basic conditions are met. Under the Article 127 (1) of the Constitution and in a compliance with the provision 49, Constitutional Court Act, the Court's jurisdiction shall be to protect fundamental rights and freedoms unless such a protection falls under other court's jurisdiction.

The aforesaid condition has not been met by exhausting all the regular legal remedies available within the general court system. The cited Article of the Constitution shall be applicable to the court which, in compliance with the general jurisdiction pursuant to Art. 142 (1) of the Constitution shall also have specified jurisdiction stipulated by the law, on fundamental rights or freedom protection. Respecting this, it shall have no constitutional significance, whether there is a court against which a legal remedy (regular or extraordinary) will be raised or the application of legal remedies is limited (for instance in the event of charging order, appellate court's and cassation courts decision). Such applicable legal remedies might be even excluded, as it can happen in the proceedings upon the appeal against administrative courts final decisions being held within the administrative court system (§ 244 and following of Civil Procedure Code). I would like to conclude the issue on the subsidiarity principle effect by saying that it is sufficient if the specific fundamental right or freedom protection falls under the jurisdiction of another court.

The concept "another court" shall involve any court having general jurisdiction pursuant to the Art. 142 (1) of the Constitution and such a jurisdiction shall be applied to fundamental right or freedom protection upon a legal basis, exercising constitutional regulation of fundamental right or freedom protection. So the concept other court means the whole system of general courts regardless to the functional principle, applied by such a system in a particular case falling under the general

courts jurisdiction (as a rule under criminal, civil, public and especially under administrative courts jurisdiction). The adversary conclusion according to which there shall be no other court if no regular or extraordinary legal remedy is applicable, would result in an inadmissible extension of the general court system by the Constitutional Court. Moreover, under such circumstances the Constitutional Court would assume a position of other appeal instance, i.e. the third appeal level (should the second appeal be inadmissible) or even the constitutional court would receive the status of the fourth remedial instance (in the cases when the second appeal is admissible).

However the Constitutional Court may not be incorporated in such a manner into the general courts system since both systems, the constitutional and the general courts jurisdiction work relatively independently and have their own powers. This is why the Constitutional Court, in a compliance with its own powers, shall be authorized to protect fundamental rights and freedoms only in cases if:

- a) such a protection does not fall under the jurisdiction of another court
- b) fundamental rights or freedoms have been violated by a general court due its decision, action or other infringement and provided such decisions, actions or other infringements are related to the right to judicial protection and fair trial principles.

This is supported by an experience according to which another court may hold proceedings to protect fundamental right or freedom, and the concerned parties before the court shall be the subjects claiming such a protection and the person (natural, legal entity or state) which are alleged to breach such a fundamental right or freedom. For this reason it may be found unreasonable that another court after development of the whole procedural system related to the proceedings held before such a court, should become a kind of secondary violator of the fundamental right or freedom which it shall protect upon specified constitutional and procedural (legal) principles. Those principles are consolidated in Art. 46 and following provisions of the Constitution as well as in the particular procedural codes (Civil Procedure Code, Criminal Procedure Code), which regulate the procedures applied by the general courts in the proceedings under Article 142 (1) of the Constitution. If only the above principles are breached this would result that another court has breached a fundamental right or freedom. Basically, this shall not concern such fundamental right or freedom which were to be breached by some other subject within the pre-procedural stage of proceedings held before another court, however this shall be applicable to such fundamental right (or freedom) that regulate the access to the court and the fair trial principles.

Pursuant to the Constitutional Court's case-law (II. ÚS 54/02 and II. ÚS 4/94, II. ÚS 3/97) the allegation regarding the fundamental right or fundamental freedom violation itself, limiting the access to the court or fair trial principles during the proceedings before a general court might result in a conclusion that the Court's power has been constituted. The finding of such a violation would lead to providing a protection to the complainants that the Constitutional Court would decide on the individual complaint to the extent of its power.

The second condition that is to be met in principles and upon which the existence of the Court's power is proved, shall be the requirement that the complainant has exhausted all the legal remedies or other legal instruments that were effectively provided to him by the law to be protected his fundamental right or freedom. The next condition is that the complainant will be entitled to such instruments, applicable upon special regulations.

The complainant shall exhaust all available legal remedies (not only the regular ones) and other legal instruments. The complainant shall have to be independently entitled to such instruments and disregarding the said remedy shall depend on actions applied by another public authority, e.g. by Attorney General.

Other legal instruments, pursuant to the new legal regulations, shall be applicable, particularly with respect to the public authorities passivity other than courts which may result in breach of the right to other legal protection as set forth in Article 46 (1) of the Constitution.

In addition to the unreasonable delays in legal proceeding, the Constitutional Court's present case-law has paid interest also to the passivity of public authorities, e.g. to unreasonable delays occurred in taxation law proceedings held before the real estate register bodies. The said trend in the Constitutional Court's case-law has indicated considerable changes particularly due to the amendment of the Civil Procedure Code, passed by law No. 501/2001 Coll., taking effect by 1 January, 2002.

Pursuant to the amended § 244 of Civil Procedure Code, not only the administrative authorities decisions may be subject to review. The administrative body's procedure shall be its activity through which such an authority implements its power specified upon special laws. The said activity shall, as a rule, include an effective procedure based on procedural and material law standards upon which the administrative body shall be entitled and liable to actions taken during the proceedings. However, under the expressive reading of the § 244 (3), Civil Procedure Code, the administrative authority's procedure shall also imply its inactivity. The passivity shall be considered as the administrative body's passivity in the matters submitted to him for decision unless any legal or actual objection has occurred to prevent such an administrative authority from holding proceedings or taking a decision. Following from the above, the Constitutional Court from 1 January, 2002 has no power to decide on procedures or passivity of public authorities. Such procedures shall fall under the appropriate court's jurisdiction within the administrative court system.

The exception to the subsidiarity principle (its restriction) with respect to the exhaustion of remedies or legal instruments is included into the Act on the Constitutional Court. Pursuant to § 53 (2), Act on the Constitutional Court, the Court shall not reject the complaint even though the condition requiring the complainant to exhaust all available remedies or legal instruments effectively provided to him by the law to protect his fundamental rights or freedom, has not been met. Should the complainant prove the said condition was not satisfied due to reasons worthy to special respect the court shall not reject such a complaint. This restriction of the subsidiarity principle shall only mean that during the preliminary hearing, the Constitutional Court shall not reject the complaint only due to the lack of the Court's jurisdiction.

Evidently ill-founded complaint during the preliminary hearing

The Constitutional Court may reject the complaint, found evidently ill-founded (under § 25 (2), Act on the Constitutional Court). Already the present, relatively narrow case-law of the Court Senates indicates that it shall be respected the current decision making activity related to the construction of the term "evidently ill-founded", however it has been formulated upon the motions requiring the commencement of proceedings. The evidently ill-founded complaint shall be stated particularly in the case if such a breach of fundamental right shall be alleged which the public authority could not violate, since the said violation has occurred prior to the proceedings or decision, made by such an authority, for instance by the general court (II. ÚS 54/02).

Complainant and the person against whom the complaint is being raised

The complainant shall be a natural person or legal entity. The condition for such a procedural legitimacy shall be an unexceptional legal personality.

The concept "natural person" as a petitioner in proceedings on complaint we understand in a certain reduced way.

The complainant can be any natural person. Natural persons, however, belonging to the circle having other procedural legitimacy than procedural right to file a complaint, are excluded while the applied complaint would aim at protection of the constitutionality, connected with the constitutional position of such a complainant.

The concept legal person evokes several problems. First of all it is a legal person whom we can delegate or acknowledge a fundamental right or freedom. If it is not possible then the pure fact that

the complainant is a legal person is not sufficient for the conclusion that an entitled person has filed the petition. Secondly it cannot be a legal person that is obliged to take part in fulfillment of positive liabilities of the state related to protection of fundamental rights and freedoms. This applies even if we cannot exclude in a concrete case that an encroachment to a legal person's fundamental rights and freedoms is possible.

From wording of Art. 127 of the Constitution it is not clear who can be marked in the complaint as a violator of fundamental rights and freedoms in such a way that the Constitutional Court could consider such a subject or even non-subject a passive, objectively legitimated participant in the proceedings before the Constitutional Court. Starting point for solution of this issue could be a consideration on the fact that who has positive liabilities in protection of fundamental rights and freedoms and at the same time their violation can occur through a lawful decision, measure or other encroachment, i.e. by acts or activities or passivity in relation to the procedural rules of such procedural facts.

There is a basic conclusion there that the complaint can be directed against all the authorities of the public power irrespective if it is a state administration authority or a self-government authority.

The possible violation of fundamental rights and freedoms can be applied in principles in proceedings against other subjects, e.g. professional chambers, civil associations or similar corporations before general courts (principle of subsidiarity).

Term of filing complaints

Under § 53 (3) of the Act on the Constitutional Court a constitutional complaint can be filed within two months, passing from the entering into force of the decision, announcement of a measure, or instruction on other encroachment. This term runs in case of measures or other encroachment from the day when the complainant learnt about the measure or other encroachment. The term is defined for all cases in which natural or legal person requests the protection of a fundamental right or freedom. And this is a significant difference compared to the former petition, filed by a natural or legal person, under the quashed Art. 130 (3) of the Constitution which has not been limited with any legal term.

Counting of the time, however, will be quite complicated. The complexity is raised by the fact that missing the term to file the petition is excluded. As a starting point to count the term will serve the content of the Procedural Rules under which the decisions, measures or other encroachment have been made.

2.2 Recognizing an adequate financial satisfaction

By virtue of the Constitution the Constitutional Court may award adequate financial satisfaction. By its decision to grant a complaint the Constitutional Court may award reasonable financial redress to persons whose rights subject to Art. 127 section 3 have been violated. This constitutional regulation has become the basis for the law. Under § 50 (3) of the Constitutional Act, should the complainant claim appropriate financial compensation, he/she shall specify the extent he/she demands, and give reasons for such a claim.

Under the law the adequate financial satisfaction shall be a compensation for immaterial damage expressed in money. The Constitutional Court Act has used the term "compensation for immaterial damage expressed in money" which is traditionally used in private law (§ 13 of the Civil Code). The legislator wanted to make this way a distinction from other claims as a claim for damages and measure for unjustified enrichment or some other material harm. The adequacy of this solution has been emphasized through the fact that on the recognizing the claim under § 13 of the Civil Code there is a stable case-law of general courts which could be a kind of inspiration for Constitutional Court decisions. I suppose however that this inspiration is in the level of understanding the content of the concept "compensation for immaterial damage".

The only constitutional precondition for recognizing the financial satisfaction is that the

Constitutional Court grants a complaint. It suffices if the court grants a complaint at least partly, e.g. the Constitutional Court announces the violation of a certain fundamental right or freedom, although in the concerned complaint the violation of several rights and freedoms has been challenged.

It follows from the above that the Constitutional Court of the Slovak Republic does not have any other criteria for recognizing satisfaction than the only fact that it grants the complaint at least partly. We regard it the right approach from the legislator not to state any other criteria for settling this delicate issue of effective domestic tool for the reparation of fundamental human rights and freedoms violations. I consider automatic that the Constitutional Court of the Slovak Republic will create the criteria within its decision-making activity. It is evident too that our court will follow the results of the decision-making activity of the European Court on Human Rights under Art. 41 of the Convention as it is shown in the first decisions on acknowledgment of financial satisfaction. The acknowledgment of financial satisfaction should not be a rule (finally the Convention stipulates too that the just satisfaction is being awarded only if need be). The satisfaction shall not be awarded if the Constitutional Court of the Slovak Republic can achieve the purpose of the proceedings on complaints (protection of human rights and freedoms) by verdicts under § 56 (3) of the Constitutional Act. Such a process is, however, excluded in proceedings where the violation of the fundamental human right to proceedings without unreasonable delays has been challenged under Art. 48 (2) of the Constitution. In this case there is nothing to quash, restore or repair otherwise than by acknowledgement of the satisfaction.

The principle under which the acknowledgement of the satisfaction shall not be a rule shall be reflected in the reasoning of the Constitutional Court decisions. Briefly it is to say the reasoning shall follow the fact that the satisfaction is needed, it is fair and inevitable for completion of the protection of fundamental rights and freedoms.

The satisfaction shall be a compensation for immaterial damage. For this reason it shall be emphasized the immaterial sphere of the complainant while considering its acknowledgement. The mentioned immaterial sphere of the complainant shall be concentrated on the depression, limitation or disabling of the complainant possibilities to assert him/herself in the work, entrepreneurship in personal or social life. Other fields include the violation of one's dignity, psychical status, discrimination of the complainant or feelings of frustration, moral damage or helplessness in relation to proceedings before the violator of rights and freedoms.

Should the constitutional court decide that it grants an adequate financial satisfaction, the authority that has violated the fundamental right or freedom shall be obliged to pay the adequate satisfaction for the complainant within two months from entering into force of the Constitutional Court decision. The Constitutional Court verdict is an efficient executive title and its content is enforceable under general rulings on civil distraint. The payment obligation is directed on the law-breaker (authority) which is a significant difference in compare to decisions under Art. 41 of the Convention where the obligatory subject shall be always the state. This is the reason why it is not possible to demand the payment of the satisfaction from the Slovak Republic or some other subject of law.

2.3. The ways of the protection against violation of fundamental rights or freedoms

If the constitutional court gives a verdict that a fundamental right or freedom has been violated it can under the petitioner's motion (§ 20 (3) of the Constitutional Court Act):

a) order that the subject which violated a fundamental right or freedom with its passivity should proceed in the case under special regulations i.e. under procedural codes especially the Code of Civil Procedure and Code of Criminal Procedure. The proceedings under special regulations should be arranged in a way that the concerned authority shall not continue to breach the fundamental rights or freedoms. The Constitutional Court of the Slovak Republic has used the verdict on general court's

obligation to proceed without unreasonable delays (after finding violation of the fundamental right to proceedings without unreasonable delays under Art. 48 (2) of the Constitution).

b) The Constitutional Court may return the case for further proceedings while a required precondition to this is the quash of the challenged decision or measure. The Constitutional Court quashes a decision (measure) if a precondition exists that the public authority being bound by the Constitutional Court's legal opinion can during the further proceedings repair the violation of a fundamental right or it can remove its consequences. An example of such a verdict could be the quash of the court's ruling on ceasing the proceedings through which the breach of the fundamental right to judicial or other protection has occurred under Art. 46 sect. 1 of the Constitution. The binding force of the Constitutional Court's legal opinion (§ 56 (6) of the Constitutional Court Act) acts in the same extent as it is in case of lower courts on the basis of legal remedies under procedural rules, generally appeals, highest appeal, complaints on breaching the law and some others.

c) prohibit continued violation of this right or freedom. This verdict is a complementary to the one to hold further proceedings without violation of fundamental right or freedom. The aim of this verdict lays in the fact that the prohibition as a single measure suffices to stop the concerned public authority (law breaker, breaching a right or freedom) in its proceedings which is held in an unconstitutional way, and finally

d) order that the authority violating rights or freedoms should reinstate the conditions obtaining before the violation took place. In order to reinstate the previous conditions the law breaker, breaching a fundamental right or freedom, shall apply the regulations regulating the proceedings before it which expressly adapt or enable the return to the conditions obtaining before the violation took place. These regulations are mainly decisions or measures. The specific applied method depends on the law breaker who shall use up all the available and possible means for the renewal of the correct constitutional state before the unlawful proceedings took place.

2.4. Guaranteeing means in proceedings on complaints

Since January 1, 2002 the Constitutional Court of the Slovak Republic can apply procedural guarantee for achievement and guarantee the goal of the proceedings on complaints (the submitting of the complaint itself does not have suspending effects). This act has two basic forms:

a) temporary measure

b) suspending the enforceability especially of a decision or measure.

The content of the temporary injunction abide by the requirement on temporary adaptation of the complainant-lawbreaker relation in term of the appropriate rights and freedoms. The aim of this measure lays in creation of a state enabling the constitutional court to discuss and decide the case without thwarting the final decision (to grant the complaint) through the failure in temporary adaptation of the relations of allegedly violated rights and freedoms. The temporary injunction shall not have effects usually having the verdict on the merits of the case especially when it is the possibility under § 56 (3) of the Constitutional Act. By means of temporary measure it is possible to cancel the effects of the challenged decision especially when the case can be settled by the suspension of enforceability. It means that such decisions temporarily do not derive any rights or duties.

A temporary injunction does not prejudge and cannot influence the proceedings result of the complaint. The acceptance of the complaint does not mean the automatic success of the complainant in proceedings on merits. The validity of the temporary injunction expires at latest by entering into force of the decision on merits of the case unless the Constitutional Court of the Slovak Republic decides on its later quashing. The temporary injunction may be quashed without any motion, should the reasons for which it was imposed, lapsed.

Under the petitioner's motion the Constitutional Court may suspend the enforceability of the challenged lawful decision, measure or other encroachment. Suspending the enforceability shall be

taken into consideration in case of such acts, challenged in a complaint, content of which is an enforceable duty or right of another subject to proceed in a certain way. This should be defined in the verdict of the concerned act, which are in most of the cases certain decisions.

The suspension of the enforceability shall not contradict to an important public interest. By their interpretation the same rules apply as to other proceedings before the Constitutional Court, especially in proceedings on conformity of legal regulations. The immediate execution of the challenged regulation, measure or other encroachment must result for the complainant bigger damage than which might arise through suspension of the enforceability (under the law an error does not change the aim of this legal precondition). The suspension of the enforceability means that the Court shall impose to such a body that in the complainant's opinion has violated his/her fundamental rights or freedoms temporarily to desist from execution of the lawful decision, measure, or other encroachment and the Constitutional Court shall impose on third parties temporarily to desist from their power, recognized by means of lawful decision, measure, or other encroachment.

We cannot exclude however some other wording of the verdict too, especially when the execution of the challenged act would be a subject to enforcement before another authority and not before that one which allegedly breached the concerned right or freedom.

II. The abstract constitutional review with special aspect to proceedings on conformity of legal regulations

The amendment of the Constitution, Constitutional Statute 90/2001; Collection of Laws, has brought several specifications to the Court's abstract decision-making process, and thus for the activity which is not closely related to particular legal cause. The purpose is to eliminate certain limitations in the power of the Court during the decision-making on legal regulations conformity (Article 125 of the Constitution). Generally, the subject of proceeding on legal regulations conformity shall be the conformity of legal regulation with lower legal force with that of higher virtue. Pursuant to the both amendments, the Constitution and the Law by the National Council of the Slovak Republic, No. 38/1993 Coll., On Organization of the Constitutional Court of the Slovak Republic, on the Proceedings before it and on the Status of its Judges (hereinafter as „Constitutional Court Act“) the term legal regulation shall also cover sources such as international law and international treaties.

Moreover it specified the proceedings subject on legal regulations conformity and so the Court shall decide on the conformity of:

- a) laws with the Constitution, constitutional statute and international treaties those approved by the National Council, ratified and promulgated by the manner as stipulated by the law
- b) decrees of the government, public statutes of ministries and other central governmental authorities with the Constitution, constitutional statute and international treaties those affirmed (approved) by the National Council those ratified and promulgated by the manner as stipulated by the law and conformity with the laws,
- c) generally binding rulings as set forth by Article 68 (so-called self-government ordinances of self-government authorities) with the Constitution, constitutional statute and international treaties those affirmed (approved) by the National Council those ratified and promulgated by the manner as stipulated by the law and conformity with the laws, unless does not fall under the jurisdiction of another court.
- d) public statutes of local state administration authorities and generally binding rulings of self-government authorities pursuant to Article 71 (2) (issued by self-government authorities at process of exercising state administration powers) with the Constitution, constitutional statute and international treaties, adopted by the National Council and ratified, promulgated by the manner as stipulated by the law and conformity with the laws, decrees of the government, public statutes of ministries and other central governmental authorities, unless they do not fall under the jurisdiction of another court.

The original wording, Article 125 c) and d) of the Constitution has neglected an instrument of reviewing the municipality's generally binding rulings conformity with constitutional statutes, however, in the hierarchical system of the legal regulations, they occupy the same position as the Constitution does.

The legal force of the municipality's and higher administrative unit's generally binding rulings related to territorial self-government subject, on the area of so-called delegated government administration (Article 71, (2), may be inferred from the current Constitution (Article 68).

There was also eliminated the obscurity concerning the power of the Court in decision-making on conformity of Constitution with international treaties. Furthermore the revised wording Article 125 (1) of the Constitution, pursuant to the Article 7 (4), has incorporated international treaties into the law system of the Slovak Republic.

On the other hand, the legislator has reduced the workload of the Court by giving an opportunity to the Court, through regular law, to delegate powers in adjudication on conformity of local government authority's generally binding rulings and self-government's generally binding ordinances with legal regulations having higher virtue to other courts; i.e. the delegation of powers to general court within exercising its powers that would fall under the administrative justice jurisdiction. However only further application of the aforesaid provision in everyday legal practice may prove whether it is reasonable the matters on conformity with legal regulations to be decided by general courts.

Pursuant to the Article 130 (1) of the Constitution:

„The Constitutional Court shall commence proceedings if the motion is submitted by:

- a) at least one-fifth of all Members of Parliament,
- b) the President of the Slovak Republic,
- c) the Government of the Slovak Republic,
- d) a court,
- e) the Attorney General,
- f) everyone whose right is to be adjudicated in cases provided in Arts 127 and 127a,

Act on the Constitutional Court, Section 37 (1), specifies who shall be authorized to initiate proceedings on the conformity of legal regulations: the cited provision includes only subjects defined in Art 130 (1 a) - e) of the Constitution. This definition has remained unchanged also after the recent amendment of Act on the Constitutional Court (Act No. 124/2002 Coll.).

Referring to the said provision, the Court since the very beginning of its performance, has denied motions filed by individuals related to the conformity/unconformity of legal regulations. Reasoning related to the proceedings on the conformity of legal regulations is quite simple: the law here does not concede to any individual the active procedural legitimacy.¹ As for the proceedings on constitutional complaint or on the motion respectively, the Court has stated that in proceedings which fall under other court jurisdiction, the Constitutional Court would not be authorized to review the conformity of legal regulations.

The Constitutional Court has not modified its approach to the motions submitted by individuals not even following the last amendment of the Constitution. For instance, by its Ruling of 6 February, 2002, the Court has rejected the constitutional complaint filed by a natural person claiming unconformity of the local government authority's generally binding ordinance with the Constitution and laws. The Court in the reasoning, referring to its stabilized case-law, among others, has also noticed: „Notwithstanding that the Court, during the preliminary hearing of the claimant's complaint, took into consideration that the revised constitutional regulation of the Court's activity (constitutional statute No. 90/2001 Coll., as amended by the Constitution No. 460/1992 Coll., as amended) has generally extended and specified particular proceedings before the Court and in relation to the Art 127 of the Constitution, the proceedings on complaints constitute an effective

legal instrument to protect the natural person's and legal entity's human rights and fundamental freedoms. On the other hand, the said amendment shall not apply to the rule under which and within the particular proceedings no other proceedings shall be held before the Court, provided such pending proceedings once commenced as separate trial before the Court."³

In the juristic theory, on the above issue, there is no common (unified) opinion. We encounter with such opinions that respond to the reasons of the Court⁴, but there are also such opinions which are based on foreign legal regulations, encourage the right of an individual to challenge a legal regulation within the proceedings on the conformity of legal regulations or on the constitutional complaint respectively.⁵

Moreover the amendment of the Constitution expressly specified that any final decision given by the Court and within the abstract constitutional review or legitimacy control or other legal regulations review shall be generally binding⁶. This new feature of the Court's decisions binding force has definitely included them among regular sources of law. The Constitutional Court consolidated the proper construction of the legal concept "final decision" in Article 133 of the Constitution. Although in the literature, with respect to the regulation of the court's decision legal force constitutionality, we may find such a regulation as extremely casuistic⁷, however the grounding of the Court's finding legal force still remains an open issue. Regarding the legal force of a law, this may be compared only with the Court's finding derogatory effect upon which expired the effect of the legal regulation, in whole or in part or its particular provision.

For such a source of law is typical that it results from the standard making activity of such a body which is not conferred with the „traditional" legislative power (law making initiative) and due to this it has no authority to make any changes in such sources of law. It is correct that from formal and procedural point of view, Art 125 (6) of the Constitution consolidates the manner how the Court promulgates the non-conformity related decisions, however it would be reasonable if their legal force would be also subject to regulation. The purpose of forming hierarchy in legal regulations is to ensure an internal consistency in legal system. And if such a rule is being applied under which one legal regulation may be superseded by another one having identical or higher legal force, then no doubts on particular findings legal force should occur. The rule occupying higher position in the legal system hierarchy, i.e. having higher legal force, shall be always a result of standard making function of a body taking higher rank within the state power structure than the authority enacting norm with lower legal force or the power of which to enact norms having higher legal force shall be one of the instrument for ensuring a balance among the particular powers.⁸ The Constitutional Court is the body the decision making authority of which on the matters of conformity with the legal regulations shall be an instrument to guarantee a balance towards to legislative power and so it may be presumed that decisions in the subject of conformity with the legal regulations shall enjoy the law's legal force. In Federal Republic of Germany, the potential problems related the Federal Constitutional Court's decisions legal force were anticipated and the provision 31 of Court Rules set forth that all the Federal Constitutional Court's decisions shall be binding to each federal and land constitutional bodies as well as to any general courts or authorities. Moreover the Section 2 of the said Rules further specifies that the selected and particularly listed decisions shall have the legal force of law.

The constitutional amendment conferred the Court with an optional competence, to suspend any challenged legal regulations effect or its part or some of their provisions, after the motion for commencement of proceedings on conformity with the legal regulations has been accepted, unless fundamental rights and freedoms are threatened due to their applications or if there is a risk of severe economic damage or other serious irrecoverable consequence (Art 125, 2 of the Constitution).

Since 1993 has been proved the need for such a regulation as pursuant to Art 125, the decisions

on nonconformity with the legal regulations shall take effect by day promulgation in the Collection of Laws and their effect shall be *ex nunc*. Finding a proper solution for legal consequences of those invalid legal regulations shall be a substantial and difficult issue even in other countries⁹ and similar legal regulation may be found in abroad as well. This is way it is possible at least partially to prevent from an occurrence of further and unwanted consequences, related to the nonconformity of legal regulations. Decisions taken in the subject of privatization process related legal regulation which appeared in practice and that may be found in the Court's current case-law, can give convincing examples on severe economic damage caused due to the application of unconstitutional legal regulation.¹⁰

The two Court rulings¹¹ which decided on legal regulation suspension only have justified the viability of that provision consolidating the Court's said power. In both cases, the Court, upon the petitioners' appeal, suspended the effect of legal regulations and giving grounds that further application of those may threat fundamental rights and freedoms. Although on the provision consolidating the Court's capacity to suspend effect of the legal regulation, no conclusions may be drawn so far, however the second case, when the effect of the legal regulations was suspended, the proceedings on the challenged legal regulations conformity was abated, since the Parliament, following the above ruling had been issued, passed a law that responded to the claimant's petition. The said ruling grounds indicate that legal regulations provisions (in the said case the Ordinance, Ministry of Finance and Order Ministry of Finance were concerned) were subjects to review pursuant to Art 125 1 a) and b) of the Constitution and regarding the proceedings on conformity with the Constitution, have been revised and so their validity has expired giving grounds the proceedings to be stopped.

Should the Court take the advantage of that power and if under the said conditions shall decide on suspension of the challenged legal regulations, its part or some their provisions, his decision shall be promulgated by a manner as set for the promulgation of laws. This means that it shall be published in the Collection of Laws, Slovak Republic. The decision on suspension of the effect of the legal regulation shall have analogical effects as the decision on legal regulation nonconformity, however the suspension of those challenged legal regulations shall have only provisional nature and the legal regulations shall remain valid and they shall be considered as the Slovak legal system source. So the decision on suspension of the challenged legal regulations effect, its parts, or some of their provisions shall expire at latest by date when the Court's decision on the merits is promulgated unless the Court earlier has quashed the decision on suspension of the challenged legal regulations effect since the reasons due to which they were made, have passed away.

To examine whether in the given case any reasons occurred for the suspension of the legal regulation effect or to be quashed a decision upon which the effect was suspended, shall be subject to the Court's further consideration. This is provided to the Court as it is considered to be an independent and responsible judicial body intended to protect the constitutionality which also enjoys the trust of the general public due to his impartiality in decision making process¹². When applying such a power, the Court shall have to take into account also those negative impacts that may accrue from the potential suspension of the challenged legal regulations effect, their part or some of their provisions.

Another area where the Court's activity was affected by the amendment of the Constitution was the construction of the Constitution and constitutional statutes. The Court, pursuant to Art.128 of the Constitution, provides a construction of the Constitution and constitutional statutes, only if the matter is disputed. The said amendment has removed several limitations regarding the construction of the Constitution and constitutional statutes, as the former regulation was raising some doubts whether the Court was in authorized to provide construction of the Constitution as well. The Court

coped with this situation by issuing a decision I. ÚS 39/93, where regarding the issue of relation between the Constitution and constitutional statutes in the law system, stated that "from the point of law shall have the relevance only to be distinguished between the law passed by qualified majority of MP votes and between the laws that shall require simple plurality to be passed. Hence the provision of Art.128 (1) of the Constitution authorizes the Court to provide a construction of any law, passed, amended or modified upon the qualified majority of MP."

In the course of application of Art.128 of the Constitution, at the proceedings on construction of the Constitution, has been established such a practice upon which providing of a construction should be related to particular dispute between the public authorities. Moreover the Court is required to be vested with a real power to get into the mutual conflict when providing construction of a constitutional norm. The Court has affirmed this conception in several of its legal opinions such as follows: „The purpose of proceedings on the constitutional statutes construction, under Art. 128 (1) of the Constitution shall be providing definite construction of the particular law’s disputable provision on such a way that it would eliminate in the future any dispute that raised grounds for the commencement of proceedings in the current case by the Court. However one of the conditions for proceedings on providing construction of the Constitution before the Court shall be an occurrence of particular dispute between the Slovak public authorities and in a particular time, the Court’s ruling on the construction of the Constitution’s disputable provision shall receive „erga omnes" effects having durable validity (until further amendment or quash of that Constitution given provision, which was subject to construction by the Court)."¹³

So far, the essential procedural requirement for commencement of proceedings before the Court was to be proved the disputability of the constitutional statute construction. So it was not only based on the petitioner’s allegation but also upon the fact that the particular constitutional article upon which the constitutional statute confer right and liabilities to the state authority, is wrongly construed. The Court at any proceedings concerning construction of the constitutional statutes, firstly and foremost already during the preliminary hearing has justifiably required to be proved a relevant dispute on providing construction of the constitutional statutes and only further proceedings related motions and to the extent of the proved dispute were received.

The Constitutional Court of the Slovak Republic has created a constant case-law from which several reasons of rejecting a motion follow e.g. if the motion is filed by a person who is evidently not entitled to file a motion, or for not fulfilling the requirements provided by law or for evidently ill founded motion.

It depends on consideration of the Constitutional Court of the Slovak Republic which rulings on interpretation have general character and will be published in the Collection of Laws. Exactly this is the formulation that evoked doubts on the issue that the constitutional court’s interpretation for whom and in what amount has a binding force. The Constitutional Court of the Slovak Republic being aware of the not very good solution of this problem in the Constitution of the Slovak Republic and in the Constitutional Court Act has published all the interpretations of the Constitution and constitutional statutes in the Collection of Laws. This fact has been respected during the constitutional amendments and it follows from it that the given interpretation has a generally binding force and the constitutional court decisions on interpretation of the Constitution or constitutional statutes shall be promulgated in the Collection of Laws.

Other procedural issues came up in connection with decision-making during proceedings on interpretation of constitutional statutes¹⁴, as they have not been regulated in the previous legal regulations. This fact has been reflected in mutually contradictory constitutional court decisions when in decision II. ÚS 69/99 it has been stated: Under the Constitution of the Slovak Republic and under any other legal act, interpretation of the Constitution of the Slovak Republic given by the Constitutional Court of the Slovak Republic pursuant to Article 128 (1) of the Constitution of the

Slovak Republic may not have a retroactive effect and be applied to the period which preceded the publication of the interpretation of the Constitution or even its announcement by the Constitutional Court of the Slovak Republic." An opposite opinion has been presented in other decision: "An opinion on effectiveness of the interpretation ruling given by the Constitutional Court only after its publishing in the collection of laws is unacceptable. It contradicts definitely to provision of § 33 section 4 of the Statute 38/1993 Coll. which does not obligatorily provide for publication of the decisions on interpretation in Collection of Laws and to § 1 of Law 1/1993 Coll. which lists in details what shall be published in the Collection of Laws...."¹⁵ The conclusion that a decision on interpretation shall have effect only for the future has been proved by amended provision of § 128 of the Constitution which says that the interpretation is generally binding since its day of promulgation. This solved the dispute on the time of arising of legal effects in connection with the interpretation of the Constitution and constitutional statutes.

It is a positive feature too that the motion requiring interpretation will be decided by the plenary session and not by the senate as it happened before. The interpretation given by the Constitutional Court of the Slovak Republic is a legal interpretation having general binding force and it results that the constitutional court acts here as a law creating subject. It was an unsatisfactory situation before when the law had been made by the senate i.e. in fact three judges of the constitutional court acted in this capacity. Besides this fact another non-desired situation has been eliminated when the senate gave the interpretation and it could result that different senates within their decisions arrived to different legal opinions expressed in proceedings on interpretation of constitutional statutes.

The next new type of proceedings is the one on the motion for a decision on the conformity of a negotiated international treaty with the Constitution or with a constitutional law under Art. 125a of the Constitution of the Slovak Republic where a preventive review on constitutionality of international treaties is given. The aim of these proceedings is to avoid a situation that a valid international treaty which is binding for the Slovak Republic would be in unconformity with the Constitution of SR or with a constitutional statute. If the constitutional court has decided that the negotiated international treaty is not in conformity with the Constitution or with constitutional laws, it cannot be ratified. Under Article 125a sect. (1) of the Constitution of SR this competence of the Constitutional Court of the Slovak Republic does not include all the negotiated international treaties but only those ones which require the consent of the National Council of the Slovak Republic. They are listed in Article 7 section 4 and Art. 86 point d) of the Constitution: The validity of international treaties on human rights and fundamental freedoms, international political treaties, international treaties of a military character, international treaties from which a membership of the Slovak Republic in international organizations arises, international economic treaties of a general character, international treaties for whose exercise a law is necessary and international treaties which directly confer rights or impose duties on natural persons or legal persons, require the approval of the National Council of the Slovak Republic before ratification.

The Constitutional Court of the Slovak Republic does not have any experience with this type of proceedings, however the need of its regulation follows from Article 27 of the Vienna Convention on contractual law according to which a party cannot refer to provisions of its domestic law as a ground for failing to fulfill the treaty.

Subjects to proceedings before the Constitutional Court could be international treaties that the Slovak Republic through its President or an entitled authority has assented but they are subject to further internal debates and adoption. Only after this proceedings, resulting the ratification-document, or document on adoption, approval or acceptance can an international treaty enter into international validity.

Entitled persons to file a motion to commence proceedings under Art. 125a of the Constitution are in accordance with Art. 102 point b) the President of the Slovak Republic and under Art. 119 h)

the Government of the Slovak Republic. These subjects have stipulated their rights in our Constitution but this is not an obligation to file a motion to the Constitutional Court of the Slovak Republic. The Constitution sets a possibility for the discretion of both the President and the Government of the Slovak Republic whether respecting the circumstances of the preparatory proceedings of the specific international treaty they will use their constitutional right and decide to file a motion to the Constitutional Court or they will decide alone on the fact if the content of the negotiated international treaty is in conformity with the constitution and constitutional statutes. In case the President and the Government shall not apply the option of the preventive constitutional review of the negotiated international treaty and the valid treaty, binding for the Slovak Republic, would be contradictory to the Constitution or some constitutional statute there would occur an undesirable situation while respecting the Constitution or constitutional statutes an international treaty would be violated.

While the President of the Slovak Republic or the Government of the Slovak Republic, prior to submitting it for the debate at National Council of the Slovak Republic, may submit to the Constitutional Court of the Slovak Republic a motion for a decision on the conformity of a negotiated international treaty so from the aspect of time the concerned international treaty shall be submitted to the Parliament concurrently with the Constitutional Court decision on its conformity or non conformity with the Constitution or some constitutional statutes. 16 Requirements of the motion to commence proceedings under Art. 125a of the Constitution are put down in § 41c of the Law on the Constitutional Court and in accordance with this it should contain besides the general requirements the following:

- a) designation of the negotiated international treaty
- b) documents, serving as a basis for negotiating the international treaty
- c) reasons leading the petitioner to his/her doubts on the conformity of the negotiated international treaty with the Constitution or with constitutional laws.

The law stipulates that the concerned international treaty shall be attached to the motion too. The specific features of the proceedings under Art. 125a of the Constitution put on the petitioner some special requirements. The Constitutional Court prior to its decision on the conformity of the international treaty provision with the Constitution or constitutional statute shall this provision interpret while it shall follow the interpretation rules of the international contractual law. If the constitutional court has decided that the negotiated international treaty or some of its parts are not in conformity with the Constitution or with constitutional laws so the court decision is binding for the President or the Government of the Slovak Republic and such a treaty cannot be ratified. Its ratification is available just after the National Council of the Slovak Republic has changed the contradictory provisions of the Constitution or constitutional statutes. Considering that the Constitutional Court decisions are binding only for the President or the Government of the Slovak Republic, as it has been said they shall not be published in the Collection of Laws of the Slovak Republic, however they shall be delivered to the petitioner and to the National Council of the Slovak Republic.

Another new constitutional provision is that of Art. 125b which also enables the constitutional court to give a preventive review in the field of reviewing the subject of the referendum prior to its announcement by the President of the Slovak Republic. Article 125b of the Constitution relates to presidential competences under Art. 95 sect. (2) of the Constitution. The aim of this new Constitutional Court competency is to evaluate the conformity of the referendum question with the provisions of Art. 93 sect. (2), (3) and Art. 99 of the Constitution.

Under Art. 93 (2) a referendum may also be used to decide on other crucial issues of the public interest. It is an optional referendum and its subject has been specified very broadly and in general level. In case of review of the conformity of the referendum subject under Art. 93 sect. (2) of the Constitution the Constitutional Court 's primary task shall be to interpret the concept of „public

interest". The aim of a referendum is to enable the citizens to decide on the referendum-subject issues. Considering the fact that it is difficult to predict what kind of future problems will be raised in the society to which the citizens' direct participation will be desired, the legislator did not specify the referendum subjects in details. However the subject has been formulated through an indefinite concept, and so a discretionary power has been provided to the referendum-initiator. While specifying the mentioned concept „public interest" we could take, for example, the definition from the Black's Law Dictionary which gives the following: It is "the interest in matters concerning the administration of the municipality, state or federation which is common for all the citizens."¹⁷ Although the referendum subject is regulated in our Constitution only on general level the legislator nevertheless specified in details the negative referendum subjects i.e.: No issues of fundamental rights, freedoms, taxes, duties or state budget may be decided by a referendum. Notwithstanding that the subject is defined in details the Constitutional Court could face a difficult task while interpreting the concept of "fundamental rights and freedoms".

Respecting the original provision of Art. 99 sect (2) of the Constitution all referendum subjects should be deemed unconstitutional if the referendum on the same issue is repeated earlier than three years after the previous referendum had been held. According to the Constitution a referendum on the same issue may be repeated not earlier than three years after the previous referendum had been held. If a referendum is to be held under the citizens' petition or the National Council of the Slovak Republic ruling (Art. 93 (1)) it is the Constitutional Court of the Slovak Republic that shall decide (if requested so by the President of the Slovak Republic) whether a referendum, held three years before, decided the same issue like the planned next referendum.

The subject of the obligatory and ratifying referendum under Art. 93 (1) of the Constitution i.e.: „A constitutional law on joining a union with other states or the secession from it, shall be confirmed by a referendum" - respecting its nature cannot be adjudicated within proceedings under Art. 125b of the Constitution.

The only entitled subject for motion on commencing proceedings under Art. 125b submitted to the Constitutional Court can be the President of the Slovak Republic prior to declaring a referendum, if he/she has doubts on whether the subject of referendum is in conformity with the Constitution or a constitutional law. It is necessary to emphasize that the President has the right but not the obligation to file such a petition to the Constitutional Court requesting to review the referendum subject. The President, however, him/herself can also review this issue as it has been before. Besides he/she can evaluate further connected issues, e.g. the validity and number of signatures on the petition.

As for the referendum prerequisites, the provision of § 41f of the Law on the Constitutional Court stipulates that the motion besides the general requirement, shown in § 20 (1) shall contain:

- a) the subject of the referendum
- b) legal basis for announcing the referendum
- c) reasons, leading the petitioner to his/her doubts on the conformity of the referendum subject with the Constitution or with constitutional laws.

This type of proceedings is not an ordinary type of legal proceedings while there is no contradiction between the petitioner and the other party. It is more an issue on giving a binding professional standpoint on the constitutionality of the referendum subject which shall have the form of a finding. The petitioners committee shall be the second party to the proceedings if the referendum is announced under the petition of not less than 350 000 citizens, or if it is initiated by the National Council of the Slovak Republic.

Article 125b sect. (3) of the Constitution stipulates the issue of the constitutional court-decisions binding force as follows: "if the Constitutional Court holds in its decision that the subject of referendum to be declared upon a petition of citizens or a resolution of the National Council of the

Slovak Republic according to Art. 95 (1) of the Constitution is not in conformity with the Constitution or constitutional law, the referendum cannot be declared." A negative decision is an invincible obstacle for announcement of the referendum. In other case after confirming decision of the Constitutional Court on the referendum subject with the Constitution or constitutional law the President shall announce the referendum unless he/she has other reasons not to do so, for example finding a failure in the required number of petitioners, asking for referendum, or some other required constitutional or legal conditions.

The Constitutional Court shall decide on a proposal pursuant to paragraph 2 within 60 days from the date of its delivery. In fact there are no legal means enabling the Constitutional Court to apply its competency under Art. 125b in the legally stated term. The review of the referendum subject could prolong the term for its announcement by the President of the Slovak Republic from 30 up to 90 days from accepting the citizens' petition or the ruling of the National Council of the Slovak Republic.

This type of proceedings we expect to be very rare and the Constitutional Court of the Slovak Republic has not had any experience in it so far.

Used sources:

1. Bröstl, A., Klucka, J., Mazák, J.: Constitutional Court of the Slovak Republic (Organization, process, doctrine). Košice 2001, published within Phare project (Russian, German, English version)
2. Relevant decisions of the Constitutional Court of the Slovak Republic 1993-2000, published on <http://www.concourt.sk/>;

Annually published Collection of Findings and Rulings of the Constitutional Court of the Slovak Republic

1. Decision PL. ÚS 4/93 Collection of Findings and Rulings of the Constitutional Court of the Slovak Republic 1993-1994. Košice 1995, p. 33
2. II. ÚS 5/02. Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic of February 6, 2002
3. Ibid
4. Bröstl, A., Klucka, J., Mazák, J.: Constitutional Court of the Slovak Republic (Organization, process, doctrine). Košice 2001, s. 87-88
5. Repík, B.: Ludské práva v súdnom konaní. Bratislava 1999, s. 124, Kvasnicková, J.: Možnosť jednotlivca napadnúť na ústavnom súde právny predpis. Justičná revue No. 6-7/2002, p. 679-694
6. Article 125 (6) Constitution of the Slovak Republic
7. Kuhn, Z.: Působení rozhodnutí ústavního soudu ve vztahu k soudům obecným. Právní obzor No. 6/2001, p. 468
8. Prusák, J.: Teória práva. Bratislava, I. vyd. 1995, s. 245
9. Blahož, J.: Soudní kontrola ústavnosti. Praha 2001, s. 28
10. E. g. PL. ÚS 1/02. Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic of 10 January, 2002; PL. ÚS 4/02. Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic of 24 January, 2002
11. Drgonec, J.: Ústava Slovenskej republiky - komentár. Šamorín 2001, s. 211
12. ÚS 61/96. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu SR 1996. Košice 1997, s. 242
13. Bröstl, A., Klucka, J., Mazák, J.: cited above, p. 99; Drgonec, J.: cited above footnote No 12, p. 244-246
14. ÚS 48/1999. Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic of 20 December, 1999. Zbierka nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky 1999, p. 448-449

- 15. Klucka, J.: Material not published
- 16. Black 's Law Dictionary II vol., 6th edition, 1993, p. 1144
- 17. Barany, E., Dobrık, L.: Material not published

ΔΑΦΥΑ

Είλαεεαοαεϋίλϋ ςαϋεοα ίνίííííϋ íðáà è ñáíáíá á ðαςáεðαòáεϋíñòáá á Είíñòεòóοείíííí Νóáá Νείíááοείε Δáñíóáεεεé ñ 1993 áíáá ðαςáεáεáεáñϋ ááóíϋ ίνίííííϋε ίáíðááεáíεϋíε. Óεςε-áñéεá è þðεáε-áñéεá εεοá ίíáεε ίáðáϋáòòϋñϋ á είíñòεòóοείíííúé ñóá áí 1 εþεϋ 2001 á. ñáíεì íðíøáíεáí í áίςáóáεáíεε ðαςáεðαòáεϋíñòáá ñíáεáñíí ñòáòϋá 130 áας. Είíñòεòóοεé Νείíááοείε Δáñíóáεεεé (ááεáá Είíñòεòóοεϋ) εεé ίá ίνίííá ðí-ίí ííðáááεáííϋó óñεíáεε ίíε ίíáεε ííááááòϋ είíñòεòóοείíííóþ æείíáó ñíáεáñíí ñòáòϋá 127 Είíñòεòóοεé, ááεñòáóþϋáε áí 1 ϋíááðϋ 2002.

Νóϋáñòááííá εςίáíáíεá íðíεñóíáεεí íñéá íðεíϋòεϋ íííðááεé ε Είíñòεòóοεé είíñòεòóοείíííí ςáείíí 1 90/2001 Νáíáá ςáείííá, (ááεáá ííðáááεá ε είíñòεòóοεé). Νòáòϋϋ 127 Είíñòεòóοεé ñòáεá ίνίííáíε áεϋ εςίáíáííε είíóáíòεé ðαςáεðαòáεϋíñòáá íí æείíááí. ςíá-áíεá ϋóíε ίíáíε εíííðááíòεé Είíñòεòóοείíííáí Νóáá Νείíááοείε Δáñíóáεεεé ςáεεþ-ááòñϋ á ðíí, -òí íñéá íòáíáϋ íðíøáíεϋ í áίςáóáεáíεε ðαςáεðαòáεϋíñòáá είíñòεòóοείííáϋ æείíáá ίñòáεáñϋ ááεíñòááííϋ είíñòεòóοείíííí ñðááñòáíí íðϋííáí áíñòóíá ðεςε-áñéεò è þðεáε-áñéεò εεò ε ςαϋεοá είíñòεòóοείíííñòε á ίáεáñòε íðáá -áεíááεá è ίνίííííϋ ñáíáíá, íðááíñòááεáííε Είíñòεòóοείííííí Νóááíí Νείíááοείε Δáñíóáεεεé.

Ííðááεá ε είíñòεòóοεé (ςáείí 1 90/2001) íðείíñεò ðϋá óóí-íáíεé á ááñòðáεòíá ñóáííðíεςáíáñòáí Είíñòεòóοείíííáí Νóáá Νείíááοείε Δáñíóáεεεé, ð.á. á ááεñòáεá εíòíðíá ίá ñáϋςáíí ñ είíεðáòíϋí þðεáε-áñéεì ñííðíí. Ííðáááεá ñεááóáò ðáεóþ óáεϋ, -òíáϋ óñòðáíεòϋ íðááϋáòϋεá ίááíñòáòεé á íðááííí-εϋò είíñòεòóοείíííáí ñóáá íðε ðáøáíεϋò í ñííðááòñòáεé íðááíáϋò áεòíá (ñò. 125 Είíñòεòóοεé).

Íðááíáòíí ϋóíáí ðεíá ðαςáεðαòáεϋíñòáá ϋáεϋáòñϋ ðáññííðóáíεá áííðííá, ϋáεϋáòñϋ εε íðáááεáϋí ίáíεá ςáείííí óñòáííáεáííϋó íðíóáññóáεϋíϋó εεò í íðíòεáíðá-εε είíεðáòíáí ííðáòεáíáí íðááíáíáí áεòá ίεςøáε íðááíáíε ñεεϋ íðááíáíò áεòó áϋñøáε íðááíáíε ñεεϋ. Íá ίνίííáá íííðááεé ε Είíñòεòóοεé Νείíááοείε Δáñíóáεεεé è ε ςáείíó Íáοείíáεϋííáí Νíááòá Νείíááοείε Δáñíóáεεεé 1 38/1993 Νá. í Íðááíεςáοεé Είíñòεòóοείíííáí Νóáá Νείíááοείε Δáñíóáεεεé, í ñóáííðíεςáíáñòáá á í, í è í ííεíááíεε ááí ñóáϋáε ííϋòεá „þðεáε-áñéíá íðááíεñáíεá“ ίáíςíá-ááò è εñòí-íεéé ίáæáóíáðíáííáí íðááá, ίñíááíí ίáæáóíáðíáííϋá áíáíáíðϋ.

Íí óóí-íáíεé íðááíáòá ðαςáεðαòáεϋíñòáá í ñííðááòñòáεé íðááíáϋò áεòíá Είíñòεòóοείííúé ñóá íðείíεíááò ðáøáíεϋ í ñííðááòñòáεé:

à) ςáείííá - Είíñòεòóοεé è είíñòεòóοείíííí ςáείíáí, ίáæáóíáðíáííϋ áíáíáíðáí, íðεíϋòϋí Íáοείíáεϋíϋí Νíááòíí Νείíááοείε Δáñíóáεεεé è ðáòεòεοεðíááííí è ίáíáðíáíááííí á ííðϋáεá, óñòáííáεáííí áεϋ ίáíáðíáíááíεϋ ςáείííá,

á) íñòáííáεáíεé íðááεòáεϋíñòáá, ίáϋáíáϋςáòáεϋíϋó íðááíáϋò áεòíá ίεíεñòáðñòá è áðóáεò óáíððáεϋíϋó íðááíá áíñóááðñòááííε ááíεíεñòðáòεé - Είíñòεòóοεé, είíñòεòóοείíííí ςáείíáí, ςáείíáí è ίáæáóíáðíáííϋ áíáíáíðáí, íðεíϋòϋí Íáοείíáεϋíϋí Νíááòíí Νείíááοείε Δáñíóáεεεé è ðáòεòεοεðíááííí è ίáíáðíáíááííí á ííðϋáεá, óñòáííáεáííí áεϋ ίáíáðíáíááíεϋ ςáείííá,

á) ίáϋáíáϋςáòáεϋíϋó íñòáííáεáíεé ñíáεáñíí ñò. 68 Είíñòεòóοεé (òáε ίαςϋáááííϋá íñòáííáεáíεϋ íðááíá ðáððεòíðεáεϋííáí ñáííóíðááεáíεϋ) - Είíñòεòóοεé è είíñòεòóοείíííí ςáείíáí è ίáæáóíáðíáííϋ áíáíáíðáí, íðεíϋòϋí Íáοείíáεϋíϋí Νíááòíí Νείíááοείε Δáñíóáεεεé è ðáòεòεοεðíááííí è ίáíáðíáíááííí á ííðϋáεá, óñòáííáεáííí áεϋ ίáíáðíáíááíεϋ ςáείííá, è ςáείíáí, á ñεó-áá áñéε ίá ϋòí ίá íðείíεíááò ðáøáíεá είíε ñóá,

ã) íáúáíáýçàðäëüíúõ ìðàáíáúõ àèðíá ìáñóíúõ íðãáíá áññóããðñòãáííé ààìéíèñððàöèè è íáúáíáýçàðäëüíúõ ìðàáíáúõ àèðíá ìáñóíúõ íðãáíá ðãððèðíðèàëüííá ñàìíóíðãáéáíèý ñíãèàñí ñò. 71 àáç. 2 Êííñðèðóöèè (èçãáííúõ ìðãáíáè ðãððèðíðèàëüííá ñàìíóíðãáéáíèý áí áðáìý èñííéíáíèý áññóããðñòãáííé ààìéíèñððàöèè) - Êííñðèðóöèè, êííñðèðóöèíííú çàéííà è ìãæäóíàðíáíú àíáíáðàì, ìðèýòù Ìàöèíáëüíú Ñíáãòì Ñéíáãöéíé Ðãñíóáèèè è ðàèðèèèèðíáííú è íáíàðíáíáííú á ìðýáè, ðñòáííáéáííí äëý íáíàðíáíáíèý çàéííá, çàéííà è ìñòàííáéáíèý ìðãáèðäëüíðàà è èíúí íáúáíáýçàðäëüíú ìðãáíáú àèðà ìéíèñððãðòã è ìñòäëüíú ìðãáíá áññóããðñòãáííé ààìéíèñððàöèè, á ñéó-ãã ãñèè íá ýòì íá ìðèíèààð ðãáíèá èíé ñóã.

Р. А. Папаян

член КС РА, к.ф.н.

КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ – БИБЛЕЙСКИЕ ИСТОКИ

Достоинство – это вложенные в человека свойства Бога, предполагающие права на их реализацию; достойная жизнь – это условия для пользования этими правами. Последнее и есть назначение общественного устройства, называемого государством. “Согласно взгляду на государство как на служебное орудие (не человек для государства, а государство для человека), оно предназначено лишь для создания необходимых условий для достойной жизни людей, а на библейском языке - раскрытия образа и подобия Божия в людях”.

В какие бы бездны безбожия и богоборчества ни впадало человечество, все равно, в нем, пусть не во всей полноте, но восстанавливается то, что было вложено в первочеловека при его сотворении: образ и подобие Божие, равно как и осознание необходимости собственных усилий для сохранения этих божественных свойств. В силу этой закономерности сложилось так, что конституции современных государств – это изложение, в первую очередь, прав и свобод своих подданных, гарантия и реализация которых представляется как цель, и лишь вслед за этим – представление государственных властных структур и их полномочий, подчиненных изложенной целевой установке и представляющих механизмы ее реализации.

Не останавливаясь на спорах вокруг вопроса о правомерности различения понятий “право” и “закон” и иерархии в их отношениях, а также рассчитывая, что нижеследующие рассуждения позволят найти пути разрешения и этой дискуссии, начнем с самого главного. Приоритет основного закона государства над прочим законодательством детерминирован тем же, чем примат права над законом: конституция – это позитивированное естественное право плюс установление форм организации орудия, служебного в отношении естественного права и называемого государственной властью. Исходя из этого, можно предложить следующую формулировку, которая, при всей своей схематичности, кажется верной: **правосудие “обычное” – защитник правового закона, правосудие конституционное – защитник права.**

Следовательно, для более адекватного постижения задач той составляющей библейского механизма регуляции жизнедеятельности общества и государства, в которой мы склонны усматривать начатки конституционного правосудия, предпочтительнее начать с уяснения двух вопросов: 1) каково библейское понимание права и 2) что мы имеем в виду под «библейской конституцией».

* * *

Обычно в семантическом ряду значений слова «право» (правда, справедливость, праведность и т.п.) исследователи упускают антоним «левого», обозначение правой стороны (значение это есть и в англо-саксонских, и в романских языках - «right», «recht», «a droit»). Слово это – указание на сторону десницы, правой руки: «Отныне Сын Человеческий воссядет одесную силы Божией» (Лука 22:69). Нравственно-правовое противопоставление левой и правой сторон особенно отчетливо предстает в следующем фрагменте Евангелия, которое позволим себе привести полностью:

«Когда же придет Сын Человеческий во славе Своей и все святые Ангелы с Ним, тогда сядет на престоле славы Своей, и соберутся пред Ним все народы; и разделит одних от других, как пастырь отделяет овец от козлов; и поставит овец по правую Свою сторону, а козлов – по левую. Тогда скажет Царь тем, которые по правую сторону Его: Приидите, благословенные Отца Моего, наследуйте Царство, уготованное вам от создания мира: ибо алкал Я, и вы дали Мне есть; жаждал, и вы напоили Меня; был странником, и вы приняли Меня; был наг, и вы одели Меня; был болен, и вы посетили Меня; в темнице был, и вы пришли ко мне. Тогда праведники скажут Ему в ответ: Господи! когда мы видели Тебя алчущим, и накормили? или жаждущим, и напоили? когда мы видели Тебя странником, и приняли? или нагим, и одели? когда мы видели Тебя больным, или в темнице, и пришли к Тебе? И Царь скажет им в ответ: истинно говорю вам: так как вы сделали это одному из сих братьев Моих меньших, то сделали Мне. Тогда скажет и тем, которые по левую сторону: Идите от Меня, проклятые, в огонь вечный, уготованный диаволу и ангелам его: ибо алкал Я, и вы не дали Мне есть; жаждал, и вы не напоили Меня; был странником, и не приняли Меня; был наг, и не одели Меня; болен и в темнице, и не посетили Меня. Тогда и они скажут Ему в ответ: Господи! когда мы видели Тебя алчущим, или жаждущим, или странником, или нагим, или больным, или в темнице, и не послужили Тебе? Тогда скажет им в ответ: истинно говорю вам: так как вы не сделали этого одному из сих меньших, то не сделали Мне. И пойдут сии в муку вечную, а праведники в жизнь вечную» (Матф. 25:31-46).

Из этого фрагмента легко выводится два положения: 1) служение Христу или просто христианство означает не что иное как заботу о защите ближнего, а говоря сегодняшним юридическим языком – защиту прав человека; 2) эта защита осмысливается как обеспечение пребывания по правую сторону Господа.

Соотнесенность оппозиции «левый-правый» с противопоставлением благоприятного – неблагоприятному, праведного – неправедному, хорошего – дурному зафиксирована еще в индоевропейской традиции. Традиция эта, в христианском преломлении отождествления правого с божественным, во многом сохраняется и в современных языках, и это мы видели выше: морфема «-прав-» образует слова и понятия, связанные добрым началом. В противовес этому, слово «левый» мы и сегодня в определенном смысле соотносим со всем несправедливым и недобрым – в таких фразеологических оборотах, как «левый заработок», «пойти налево», «встать с левой ноги» и пр. Хотелось бы особо подчеркнуть, что в армянском языковом мышлении с правой стороной («ач») связывается и такое понятие, как прогресс, которое по-армянски звучит «арачынтац», и означает это не что иное как «движение вправо» (ар-ач-ынтац). Добавим, что термины «левый» и «правый», устоявшиеся в политической фразеологии для различения двух противостоящих группировок политических сил в современном мире, не столь условны, как принято считать. В них подсознательно (а может, вполне осознанно) отражено вышеизложенное христианское осмысление сторон: левыми себя называют те, кто претендует отрицать, подменять или основательно исказить право (правое).

Таким образом, право – это Десница Божья и незыблемая основа закона, и подобное осмысление берет начало в христианстве. Иначе что могли бы означать слова апостола Павла: «Конец закона – Христос» (Рим. 10:4)? Ведь в том же тексте он заявляет: «Итак, мы уничтожаем закон верою? Никак; но закон утверждаем» – Рим. 3:31). Дело в том, что в первом случае говорится о законе, базированном лишь на принуждении, следовательно, ущемляющем право, во втором – о законе, основанном на праве. Началом утверждения права в греховном мире является Христос. Апостольские формулировки, гласящие, что «Закон свят» (Рим. 7:12) и «Закон духовен» (Рим. 7:14) означают, что современное выражение «источник закона – право» синонимично библейскому определению «источник закона – Бог» (ср. фразеологическое сращение «Боже Правый»). Слова Соломона о том, что мир был создан из «необразного вещества» (Прем. 11:18), указывают, что материя, созданная Богом из ничего, оставалась бы абсолютно бессмысленной («Безвидна и пуста, и тьма над бездною» – Быт. 1:2), если бы не была подчинена законам, творимым вместе с миром. В миг сотворения существа по образу и подобию Божию, наделенного Божьим Духом – разумом и свободной волей, – совокупность боготворимых законов обрела характер права. В тот миг Основной закон творения – закон всемирного тяготения, не позволяющий Вселенной «рассыпаться» – обрел значение закона любви, не позволяющего, чтобы «рассыпалось» человечество. Таким образом, **право – это духовный вектор творения в контексте свободной воли**. Формулировка «право – математика свободы» – вовсе не метафора. Устоявшееся в современном лексиконе словосочетание «права и свободы» базируется на христианском миропонимании. Именно потому христианство названо «Законом свободы» (Иак. 1:25; 2:12) – оно соединяет созидательное начало права (свободу) с созидательным началом жизни – любовью. Свобода же вне любви – это разрушение мира. Уникальность христианства в том, что в системе ценностей, включающих веру и любовь, оно, будучи **вероучением**, тем не менее акцентирует **любовь**: «Вера, надежда, любовь; но любовь из них больше» (1Кор. 13:13). Это – формула космического масштаба, охватывающая все временные координаты: прошлое (вера – это приятие Бога как начала всего), будущее (надежда – это приятие Бога как конца всего) и настоящее (любовь – это приятие Бога на всем пути от начала до конца: «Я есмь путь и истина и жизнь» – Иоанн 14:6).

Бог сотворил человека для его непрерывного сближения с Богом же. Подобно тому, как Бог является и истоком, и целью человечества, **право является не только истоком закона, но и его конечной целью**. Это так, потому что право формирует закон для всё более полного отражения в нем и воплощения в жизнь изначальных правовых констант. В свете сказанного совершенно новый, но важный смысловой нюанс получает известное утверждение Господа: «Я есмь Альфа и Омега, начало и конец» (Откр. 1:8; 21:6; 22:13; ср.: Исая 44:5; 48:12). Поскольку «Бог есть любовь» (1Иоанн 4:8), то здесь говорится и о том, что любовь и является конечной целью творения. Когда же Христос говорит: «Я есмь корень и потомок Давида» (Откр. 22:16), – понятия начала и конца переносятся из плоскости творения в плоскость государства и государственной власти, символом которого является первый библейский царь Давид. Право – сфера творения, закон – сфера государства, воплощение богоданного права, являющегося как истоком, так и целью государственной власти. Следовательно, христианское утверждение, что «Нет власти не от Бога» (Рим. 13:1) – это не оправдание любой власти, как часто считают, а отрицание власти, не признающей своего источника и цели. Правомерно, что с царствованием Давида, наиболее праведного из всех библейских царей, связано возникновение триады «государство-дом-храм», в рамках которой государство есть человеческое общежитие, представляющее, подобно Едему, как обиталище семьи (дом) и

Бога (храм). В Божьем обращении к Давиду, где говорится о будущей постройке храма (дома Господня), эти понятия столь слитны, что почти невозможно вычленишь то или иное из перечисленных значений: «Господь возвещает тебе, что Он устроит тебе дом. [...] Я восставлю после тебя семя твое, которое произойдет из чресл твоих, и упрочу царство его. Он построит дом имени Моему, и Я утвержу престол царства его навеки. Я буду ему отцом, и он будет Мне сыном [...]. И будет непоколебим дом твой» (2Цар. 7:11-16). Государство предстает как общность людей, призванная стать синтезом семейной и храмовой соборности. Посему понятия государство, семья и храм предстают в Библии как триединство.

* * *

Тем сводом положений, который можно квалифицировать, как «конституционный закон», включающий основные правовые регуляторы общества, следует считать десять заповедей. Осознавая всю условность их определения как «библейской конституции», отметим, что их незыблемость подчеркнута тем, что они были начертаны Самим Господом и – **на каменных скрижалях**, в отличие от прочих положений ветхозаветного закона, которые были написаны уже **в книге**, допускающей возможность дополнений и «редактирования», то есть предполагающей уже и человеческое законотворчество: «И вписал Иисус слова сии в книгу закона» (Нав. 24:26); «И изложил Самуил народу права царства, и написал в книгу» (1Цар. 10:25).

Каменные скрижали, символизировавшие жесткость богоданного права, отраженного в этом «конституционном» своде законов, в свою очередь, в дальнейшем предопределили христианскую символику. Известное выражение «муж благоразумный, который построил дом свой на камне» (Матф. 7:24), отражается как в имени одного из основателей Христианской Церкви – апостола Петра («Петр» – означает «камень»), так и в декларировании Христом Своих намерений: «Ты Петр, и на сем камне Я создам церковь Мою» (Матф. 16:18). «Дом на камне», как и «храм (церковь) на камне», предполагают, что государство как, во-первых, материализация (позитивация) права и, во-вторых, «дом-храм», должен быть основан на том камне, на котором Божьим перстом были начертаны «конституционные» нормы заповедей.

Поскольку государство есть дом и храм, то иерархия «конституционных» законодательно-правовых постулатов, запечатленных «на камне», предполагает, что в качестве храма будущее государство должно обеспечить жизненность правовых констант в отношениях с Богом, а в качестве дома (семьи) оно должно гарантировать соблюдение права в межличностных отношениях. В соответствии с этим, библейская «конституция» (Исх. 20:2-17; Втор. 5:6-21) отчетливо членится на две части, которые действительны лишь во взаимном преломлении. «Юридическая техника» заповедей предельно ясна и прозрачна: это движение от основы к частностям. Первая заповедь фиксирует небесный Источник жизни («Я Господь, Бог твой») и свободы («Который вывел тебя из земли Египетской, из дома рабства»); вторая заповедь – это формула свободы («Не делай себе кумира, [...] не поклоняйся им и не служи им»); третья – формула истины: «Не произноси имени Господа, Бога твоего, напрасно»; четвертая – о служении Богу: «Помни день субботный, чтобы святить его; [...] а день седьмой – суббота Господу, Богу твоему». С этого «стыка» небесных и земных реалий начинается переход от основы к частностям, от духовной сферы бытия к материальной: «Шесть дней работай, и делай в них всякие дела твои». Заповедь о субботе, обычно воспринимаемая лишь как установление права на труд и отдых, на самом деле ничто, если не осознается как одно из условий уподобления Господу, реализации заложенного в человеке подобия Божьего. На самом деле в заповеди говорится не об отдыхе, ибо Господь обуславливает Свое

установление вовсе не усталостью человека, а необходимостью уподобления Себе: «Ибо в шесть дней создал Господь небо и землю, море и всё, что в них, а в день седьмый почил». Творец «почил» вовсе не потому, что после шести дней созидания материального мира Он устал: «Господь Бог, сотворивший концы земли, не утомляется и не изнемогает» (Исайя 40:28). Но Бог определил периодичность, с которой человек, после шести дней созидания материальных благ, должен обрести умиротворение, устремляясь к духовному.

Последующие заповеди о сугубо земных взаимоотношениях, как и заповедь о субботе, обретают истинный смысл лишь в контексте первых, вне чего «уставы народов – пустота» (Иер. 10:3), т. е. любое законодательство обесмыслено. Заповедь о почитании отца и матери – это перенос заповеди о почитании Источника жизни в земные координаты: земной родитель должен почитаться так, как почитается Отец Небесный. Запрет лжесвидетельства соотносится с запретом на произношение Божьего имени всуе. Заповеди, запрещающие красть, убивать, прелюбодействовать, переносят требование любви к Богу в плоскость любви к ближнему. Такая соотнесенность двух частей Десятослова позволяет Христу весь Божий закон изложить в двух лаконичных пунктах: «Возлюби Господа Бога твоего всем сердцем твоим, и всею душою твоею, и всем разумением твоим: сия есть первая и наибольшая заповедь. Вторая же подобная ей: возлюби ближнего твоего, как самого себя; **на сих двух заповедях утверждается весь закон**» (Матф. 22:37–39). Христос фактически объясняет, что “каменная конституция”, данная Моисею на горе Синай, явившись позитивацией права, во-первых, сформировала **иерархию правовых установлений**, во-вторых, зафиксировала два составляющих права – духовную и мирскую, предопределив, что вторая составляющая может обрести действенную силу лишь в призме первой. Написание “основного закона” будущего государства на каменных скрижалях предопределило необходимость особой защиты его норм. Божья кара за их нарушение не могла считаться решением этой проблемы; ее должен был решать наделенный свободной волей человек.

* * *

Иерархия правовых норм, предполагающая нормы отношений вертикальных (человек – Бог) и горизонтальных (человек – человек), обосновывает два уровня судебной защиты. Соответственно этому и создавалась двухуровневая система библейского правосудия.

В начале кочевой жизни библейского народа, на его пути к образованию государства, произошло то, в чем ряд исследователей справедливо усматривают отделение судебной власти и создание условий независимости суда: Моисей создал специальный «орган», состоящий из «людей способных, боящихся Бога, людей правдивых, ненавидящих корысть» (Исх. 18:21), и передал судебные функции этому «органу». Но на самом деле Моисей вовсе не сложил с себя судебные полномочия: «И судили они народ во всякое время; **о (всех) делах важных доносили Моисею, а все малые дела судили сами**» (Исх. 18:26). Оказывается, фактически были созданы две инстанции правосудия. Так что Моисей как судья попросту обрел иной статус.

В чем же было различие между статусом Моисея и остальных судей? Понятно, что отныне Моисей стал верховным судьей, и надо бы уточнить, что это означает в данном случае. В обозначении должности судьи в этом фрагменте есть проблематичность. Здесь использованы «термины», несколько непонятные в данном контексте, – судьи названы начальниками: «Поставил их начальниками народа: тысяченачальниками, стона начальниками, пятидесяти начальниками и десяти начальниками» (Исх. 18:25). Слово «начальник» здесь использовано так, как часто используется и сегодня: человек, наделенный властью. В сочетании с определенным числом – это всего лишь обозначение рамок юрисдикции того или

иного судьи, охватывающих определенное количество людей. Между тем, относительно продолжающихся судебных полномочий Моисея ни о каких таких рамках нет речи. И это понятно: вновь назначенные судьи «судили народ», то есть субъектом их суда было определенное количество людей, а объектом являлись всё те же «малые дела», независимо от того, десятиначальник ли это или тысяченачальник. Следовательно, слово «малые» – здесь вовсе не количественная, а качественная характеристика, и потому оно включено не в противопоставление «малые – большие», а в оппозицию «малые – важные». Моисею предстояло судить не народ, не людей, и надо полагать, что, в отличие от прочих судей, решающих частные дела, в его обязанности входило рассмотрение вопросов, касающихся общих правоотношений: разъяснение божественных законов и наблюдение за тем, чтобы законодатель, формулируя правила поведения в миру, выводил их из этих, данных свыше, ценностей права. Следовательно, объектом контроля, осуществляемого Моисеем в этом новом статусе, были уже не просто люди, а властные звенья. Посему каждый раз, говоря об этих вопросах, Моисей адресует свои указания представителям власти: «Соберите ко мне всех старейшин колен ваших, и судей ваших, и надзирателей ваших, и я скажу вслух их все слова сии» (Втор. 31:28). Как видим, здесь названы органы представительной (старейшины) и судебной властей, а также функциональный эквивалент будущей исполнительной власти (надзиратели).

При окончательно сформированной исполнительной ветви государственной власти в лице монарха и царского аппарата, по отношению в ней ту же функцию будет выполнять тоже судья, в соответствующий период осуществляющий ту же функцию, что и Моисей в пустыне – высшее правосудие. Этим властным лицом в период учреждения царского трона оказался пророк и судия Самуил, которому и было поручено: «Представь им и объяви им права царя» (1Цар. 8:9).

В связи с этим важно указать на следующую параллель между Самуилом и Моисеем. Во многих изданиях Библии фрагмент обращения Самуила к народу при учреждении царского престола (1Цар., гл. 12) снабжен подзаголовком, отсутствующим в оригинале: «Самуил слагает с себя звание судьи», – интерпретация, которая весьма неоднозначна в данном случае. Безусловно, здесь есть некая двусмысленность. Монархия возникла во исполнение требования народа, сформулированного следующим образом: «Поставь над нами царя, чтобы он судил нас» (1Цар. 8:5). Хотя именно эта часть требования особо не понравилась и Самуилу (1Цар. 8:6), и Господу (1Цар. 8:7), тем не менее, Господь, не ущемляя свободы воли, которой Он наделил человека, не воспрепятствовал желанию народа, рекомендовав Самуилу: «Послушай голоса народа во всем, что они говорят тебе» (1Цар. 8:7). Посему логично предположить, что с воцарением первого царя Саула, Самуил должен был сложить свои судебные полномочия. Но, как и в случае с Моисеем, Самуил попросту перестал быть судьей в обычном смысле, то есть «судящим народ», решающим частные вопросы, «малые дела». Как видим впоследствии, именно он становится инстанцией, осуществляющей как превентивный, так и судебный контроль над деятельностью исполнительной власти. Именно Самуил указывает на все закононарушения царя, которые, достигнув критической массы, приводят к прекращению полномочий царя, то есть к «импичменту» главы исполнительной власти, решение о котором принимает тот же Самуил. Следовательно, мы вправе констатировать, что Самуил из статуса судьи «малых дел» был переведен в статус судьи, отправляющего «конституционное правосудие».

* * *

Структура судебной власти, сформированная Моисеем и функционально восполненная при Самуиле, продолжала существовать и в более поздние библейские времена. На

структуру, характер полномочий высшей судебной инстанции проливает свет эпизод назначения судей царем Иосафатом: «В Иерусалиме приставил Иосафат некоторых из левитов и священников и глав поколений у Израиля – **к суду Господню и к тяжбам**» (2Пар. 19:8). Далее царь разъясняет задачи назначенных им судей: «Так действуйте в страхе Господнем, с верностью и с чистым сердцем: **во всяком деле спорном, какое поступит к вам от братьев ваших, живущих в городах своих, о кровопролитии ли, или о законе заповеди, уставах и обрядах**» (2Пар. 19:9-10). В данном определении функций отчетливо вычлняются две части. В первой из них говорится о спорах, проступках и преступлениях людей, во второй – о сфере права вообще. Сопоставляя это двучленное построение с двучленностью в определении задач всей судебной системы («тяжбы» и «суд Господень»), а также имея в виду, что выражение «суд Господень» здесь вовсе не может означать грядущий Божий Суд, поскольку абсурдно для него назначать людей, можно заключить следующее. Кроме суда для гражданских споров (тяжб), предполагается и суд, который не должен заниматься обычными судебными делами – конфликтами граждан, названными у Моисея «малыми делами». Следовательно, эта судебная инстанция должна расследовать те явления в повседневной земной жизни страны, которые наиболее связаны с Божьим промыслом и потому названы Моисеем не то что «большими», «сложными» или как-нибудь иначе, а – «важными».

Вне сомнения, что эти дела касаются вопросов культа, обрядов, службы в храме и ряда подобных проблем. Однако такое однозначное утверждение ущербно и будет неполным без учета того, что, с одной стороны, в системе библейской теократии Бог является Верховной Властью, с другой – государственная власть является земной параллелью Божественной власти. Человек сотворен по образу и подобию Божию, и подобно тому, как все божественные качества, присущие лишь человеку (воля, разум, созидательная сила и прочие), так и власть, также являющаяся одним из проявлений Божьего образа и подобия, должна воспроизвести в себе качественные характеристики Божественной власти, вплоть до отражения в структуре государственного управления троичной сути власти небесной. В ветхозаветной формулировке «Господь – судия наш, Господь – законодатель наш, Господь – царь наш» (Исайя 33:22) предельно четко представлена троичная структура Божественной власти, которая в Новом Завете, в Пресвятой Троице, предстает уже в трех Лицах: Бог-Отец – Законодатель (излагая новозаветную формулировку закона, Христос говорит: «Как научил Меня Отец Мой, так и говорю» – Иоанн 8:28), Бог-Сын – Судия («Отец и не судит никого, но весь суд отдал Сыну» – Иоанн 5: 22), Бог-Святой Дух – Исполнитель (Он нисходит на людей, «работает» с ними и претворяет в жизнь Божий промысел на земле).

Рассматривая вышеизложенное в этом свете, можно констатировать, что дела, относящиеся к Богу, – это все те судебные дела, которые относятся к власти – и небесной (в лице реально действующей духовной власти), и земной (мирской, «человеческой»). Следовательно, задача контроля над властью должна быть возложена на ту «часть» всей системы правосудия, которая должна творить «суд Господень». В соответствии с этим, распределение судей по их функциям, показывает, что «тяжбы» (гражданские и уголовные дела) рассматривает одна инстанция, а контроль за соблюдением богоданных основ права в деятельности духовной и государственной (законодательной, судебной и исполнительной) власти осуществляет инстанция иная, отдельная от первой. Посему вполне логично, что требование защиты и соблюдения права Моисей огласил, как мы видели выше, представителям как духовной, так и мирской власти со всеми ее ветвями.

Таким образом, можно утверждать, что и в «важных делах» усматривается весьма

содержательное разграничение. Предположение о различии среди «важных дел» проблем сугубо духовного характера и вопросов мирской власти подтверждается чуть позже, в обращении царя к назначенным судьям, где по сути говорится о различных «палатах» внутри единой судебной инстанции. При назначении глав этих «палат» читаем: «Амария первосвященник над вами **во всяком деле Господнем**, а Зевадия, сын Исмаилов, князь дома Иудина, **во всяком деле царя**» (2Пар. 19:11). Это означает, что высшая судебная инстанция, помимо рассмотрения культовых и обрядовых вопросов, то есть проблем, связанных с духовной властью, должна была расследовать и вопросы, связанные с деятельностью мирской власти – царя (слово «царь» в Библии зачастую используется как обозначение вообще государственной власти, подобно тому, как слово «царство», обозначает не столько «царствование» или «престол», сколько вообще «государство»). Следовательно, можно догадываться, что назначения были «из левитов и священников и глав поколений» с тем, чтобы в компетенцию судей из священнического рода левитов входили дела духовного характера, а в компетенцию судей из глав поколений – мирского. Соответственно, над первой группой судей был поставлен первосвященник, над второй – князь.

* * *

Библия дает возможность более подробного раскрытия функций той высшей судебной инстанции, к которой были причислены в одном из описанных случаев Моисей, в другом – Самуил. Среди этих функций особенно отчетливо вычлняются следующие.

1. «Господними делами» являются не только каноны храмовой службы и обрядовые установления, но и все те дела, которые связаны с обеспечением действенности этой «конституции», содержащей основные принципы права, следовательно, все «царские дела». Напомним два обстоятельства. Первое: Бог неоднократно подчеркивает приоритет заповедей над обрядовыми вопросами, наставляет, что обрезание или пост и прочие обряды лишены ценности без соблюдения заповедей. Более того, Господь подчеркивает, что жизнь в соответствии с заповедями и есть пост: «Вот пост, который Я избрал: разреши оковы неправды, развяжи узы ярма, и угнетенных отпусти на свободу и расторгни всякое ярмо; раздели с голодным хлеб твой, и скитающихся бедных введи в дом; когда увидишь нагого, одень его» (Исайя 58:6-7). Апостол прямо отмечает, что царский закон суть не что иное как Закон Божий – заповедь о любви: «Если вы исполняете закон царский по Писанию: Возлюби ближнего твоего, как себя самого, – хорошо делаете» (Иак. 2:8). Второе: Десятослов является «конституцией» еще и потому, что указывает, в первую очередь, его обязательность для власти, так как нормы заповедей вовсе не абстрактны, в них не сказано «Запрещено убивать», «Нельзя красть», «Нельзя создавать кумиров», они конкретно адресованы носителю власти, сказаны Моисею лицом к лицу: «Не убий», «Не кради», «Не сотвори кумира», в том числе из себя. Учитывая это, можно быть уверенным, что главной функцией библейского аналога конституционного суда является обеспечение действенности этой основы Закона Божьего со стороны властных структур. Когда сменились судебные полномочия Моисея и в его компетенции остались «важные дела», первое судебное дело, рассмотренное им, было связано с золотым тельцом и осудило акт, совершенный властью – первосвященником Аароном. Дело в том, что в этом деле духовная проблема предстала в сращении с общественно-политической. Поклонившись литому божеству, общество, с одной стороны, стало вероотступником, с другой, нарушило «конституционный строй» – установленную в Десятослове теократию («Я Господь Бог твой [...]. Да не будет у тебя других богов [...]. Не делай себе кумира и никакого изображения [...]. Не поклоняйся им и не служи им» – Исх. 20:2-5). То обстоятельство, что именно в этот миг разбились каменные скрижали с

начертанными на них заповедями (Исх. 32:19), весьма символично: культ золотого тельца сам по себе «уничтожил» важнейшую норму этой «конституции», «разбил» ее. На судью «важных дел» Моисея и была возложена обязанность восстановить нарушенный «конституционный строй»: «Вытети себе две скрижали каменные, подобные прежним, и Я напишу на сих скрижалях слова, какие были на прежних» (Исх. 34:1). Так что, глубинным смыслом этого суда Моисея было восстановление «конституционного строя».

2. Следует особо отметить упомянутый библейский «Уотергейт». Решение об «импичменте» царя Саула было принято судьей Самуилом, и столь строгий вердикт был основан на том, что царь нарушил «конституционные» нормы: вопреки заповеди «не сотвори кумира», он воздвигнул памятник себе же (1Цар. 15:12); вопреки заповедям «не кради» и «не желай дома ближнего твоего [...], ни вола его, ни осла его, ни всякого скота его»), он взял себе в добычу «лучших из овец и волов и откормленных ягнят» (1Цар. 15:9); вопреки заповеди «не убивай», убил священников (1Цар. 22:17-19). Законоотступления царя, послужившие причиной вполне «конституционной» смены власти, в вердикте Самуила сформулированы как нарушение богоданного права: «За то, что ты отверг слово Господа» (1Цар. 15:23). Слово судьи, контролирующего соблюдение права в действиях власти, должно быть столь же авторитетно и обязательно к выполнению (послушанию), как слово Господа. Осознавая это, сам поверженный царь так и формулирует свою вину: «Согрешил я, ибо преступил **повеление Господа и слово твое**» (1Цар. 15:24). Такой авторитет блюстителя «конституционности» подготовлялся с периода Моисея, дважды названного Богом (Исх. 4:16, 7:1), получил более точное «терминологическое» оформление в эпоху судей: все они титуловались как «спасители» (Суд. 2:16, 3:15, 6:14, 10:1, 13:5 и др.) – слово, слившееся в Евангелии с именем воплотившегося Бога – Христа Спасителя (выше мы указали, что в небесной власти функцию Судии осуществляет Христос).

3. Функция библейского надзора за властными структурами государства, включает не только лишение полномочий вследствие законоотступлений властного лица, но и надзор за формированием звеньев государственной власти с целью предупреждения таких законоотступлений. Накануне смены власти, когда место Моисея должен был занять Иисус Навин, тот же Моисей, уже не столь в качестве предводителя народа, сколь в качестве судьи над «важными делами», выступил как лицо, гарантирующее «конституционность» перехода власти, удостоверяющее легитимность нового властного лица. Именно Моисею Господь сообщил о Своем выборе нового вождя (Чис. 27: 18-21) и предъявил требование стать очевидцем передачи власти: «Призови Иисуса и станьте у входа скинии собрания, и Я дам ему наставления» (Втор. 31:14). Только став наблюдателем этого акта Моисей мог подтвердить легитимность Иисуса Навина как предводителя народа, ссылаясь на Господни слова: «Иисус пойдет пред тобою, как говорил Господь» (Втор. 31:3).

Аналогичные эпизоды видим и до, и после этих событий. Еще в пустыне Господь обратился к Моисею с требованием стать очевидцем, как другая властная ветвь (старейшины) получает легитимность (Чис. 11:16-17). Уже при состоявшейся государственности, Самуил, в своем новом статусе, отличном от домонархического, находится в центре событий каждый раз, когда решаются судьбы государственной власти. Передача царских полномочий новому монарху (Давиду) должна была произойти непременно в его присутствии, поэтому Господь повелевает ему отправиться в Вифлеем и стать очевидцем передачи власти (1 Цар. 16:1). Самуил в этом эпизоде выполняет ту же функцию, какую выполнил в свое время Моисей, и тем самым еще раз, уже в условиях состоявшейся государственности, подтверждается, что само назначение носителя исполнительной власти подлежит «конституционному» контролю.

Орган, осуществляющий этот контроль, сам должен удостоверить подданных в легитимности новоизбранного властного лица. Следовательно, есть основания предположить, что одной из задач органа конституционного контроля является подтверждение законности избрания властных звеньев и лиц – задача, и сегодня во многих странах рассматриваемая как сфера конституционного правосудия.

4. Те судьи, которые при Моисее “судили малые дела”, должны были обращаться к Моисею при возникновении “важных дел”. Как многие положения Библии, так и это трактуется многопланово. Одна из таких трактовок содержится в наставлении этим судьям: “Если по какому делу затруднительным будет для тебя рассудить между кровью и кровью, между судом и судом, между побоями и побоями, и будут несогласные мнения в воротах твоих, то встань и пойдешь на место, которое избереет Господь Бог твой, (чтобы призываемо было там имя Его,) и приди к священникам левитам и к судье, который будет в те дни, и спроси их, и они скажут тебе, как рассудить” (Втор. 17:8-9). В данной рекомендации предполагается, что в сложных случаях, при непонятности или запутанности закона или при возможности двоечтения (“несогласные мнения”), судьям вменяется в обязанность обращаться в вышестоящую инстанцию, которая уполномочена помочь и прокомментировать закон. Следовательно, в компетенцию высшего органа правосудия входило и толкование законов. Логично было бы заключить, что подобная ситуация могла возникнуть в том случае, если закон, установленный “законниками и книжниками”, уклонялся от права – от заповедей, данных Господом, и ставил под вопрос законность самого закона, его правовой характер. Следовательно “помощь” верховной судебной инстанции прочим судьям предполагала: 1) контролировать законность решений судов общего профиля, 2) комментировать или толковать применяемые законы и 3) определять правовой или неправовой характер закона, и в случае негативного ответа на этот вопрос – обеспечить непосредственное действие права.

5. Отсюда же можно вывести, что в компетенцию высшей судебной инстанции входил и превентивный контроль за деятельностью законодателя, за соответствием принимаемых им законодательных актов божественному праву. В рамках этой деятельности и следует воспринимать указание Моисея – хранить законы так, чтобы они пребывали по правую сторону Господа: «Возьмите сию книгу закона, положите ее одесную ковчега завета Господа Бога вашего» (Втор. 31: 26). Это метонимия, означающая необходимость сохранения закона в лоне права, но мысль эта выражена в Библии не только метонимически, как видим в данном месте, но и прямо – в довольно грозной форме: «Горе тем, которые постановляют несправедливые законы и пишут жестокие решения, чтобы [...] похитить права у малосильных народа» (Исайя 10. 1-2).

* * *

Как видим, контроль над органами государственной власти и направленность этого контроля на защиту естественных и неотчуждаемых прав человека как главнейшая функция особой, именно для этого предназначенной судебной инстанции вовсе не является прерогативой новых времен, а берет начало с библейских. Но важнее всего то, что это представляется в Библии не только как деятельность, санкционированная Богом, но и как перенесение божественных деяний на землю. Этот глобальный смысл проявляется в ряде нюансов.

Первый такой нюанс видится в том, что, как и сегодня, библейский орган конституционного надзора был централизованным. Относительно судов общего профиля Моисей ясно указал на их территориальную юрисдикцию: «Во всех жилищах твоих, которые Господь Бог твой даст тебе, поставь себе судей и надзирателей по коленам твоим, чтобы они судили народ судом праведным» (Втор. 16:18). Между тем, в подсказке судьям обращаться за получением разъяснений и комментариев к применяемому закону, Моисей указывает место:

«Пойди на место, которое изберет Господь Бог твой, чтобы призываемо было там имя Его». Конечно, эти координаты кажутся туманными, что естественно в условиях кочевой жизни, однако тем не менее здесь нет никакой «туманности»: место, избранное Господом, где «призываемо» имя Его, вполне однозначно – это ковчег завета Господня, одесную которого хранится книга закона, согласно повелению Моисея.

С установлением государственности этим местом должна была стать столица – Иерусалим. Посему в новых условиях, в отличие от судей общей юрисдикции, которых царь Иосафат «поставил [...] по всем укрепленным городам Иудеи, в каждом городе», рассматриваемый «верховный» суд был учрежден только в столице. По крайней мере, ясно сказано, что «**В Иерусалиме** приставил Иосафат» судей, наделенных полномочиями творить «суд Господень», и нет никакого намека о том, что аналогичная инстанция была еще где-либо. Но Иерусалим и есть место, «которое избрал Господь»: «Было в Салиме жилище Его, и пребывание Его – на Сионе» (Пс. 76:2); «Обращусь Я к Сиону, и буду жить в Иерусалиме» (Зах. 8: 2). Посему, согласно этому пророчеству, вочеловечение Бога состоялось именно здесь, где положено было быть защитнику права – органу конституционного надзора, но где, вопреки этому, в то время господствовало не право, а закон, игнорировавший право. Господь, неся в мир любовь, восстанавливал отмененное законом право в своем изначальном статусе: «Конец закона – Христос» обрело тот смысл, что Христос – торжество свободы и права.

В контексте вышеупомянутой уникальной особенности христианства – приоритета любви («Вера, надежда, любовь; но любовь из них больше») – следует понимать христианское наставление «не судите, да не судимы будете» (Матф. 7:1), которое, как это ни парадоксально, относится и к судьям, посему требует пояснений. Это указание на примат милости в суде, то есть на параметр Божьего суда: так как «Бог есть Любовь» (1Иоанн 4:8), то в Господнем суде «Милость превозносится над судом» (Иак. 2:13). Отсюда следует вот что. Над земным судом, созданным для разрешения тяжб и кровопролитий, находился также земной орган, предназначенный «к суду Господню», – это и есть вышестоящая «инстанция милости». Это следует понимать в трех планах. 1) Поскольку деятельность этой судебной инстанции скорее всего относится к указам, вердиктам, законам и прочим актам, издаваемым определенным властным лицом или органом, постольку этому суду подсудны не лица, а их конкретные действия, выраженные в распоряжениях – как письменных, так и устных: так Моисей, став инстанцией рассмотрения «важных дел», перестал быть судьей над людьми, «судить народ». Так что вычерчиваемый в Библии абрис прототипа конституционного контроля, при функции судить, всё же реализует требование не осуждения человека, а защиты его богоданных прав и свобод. 2) В вышеописанной деятельности контроля за правоприменением в общих судах эта же инстанция устраняет опасность ущемления права подсудного человека. 3) Благодаря деятельности этого органа, направленного на защиту права, в стране создается ситуация, при которой необходимость осуждения конкретных лиц сводится к минимуму. Обычный суд – инстанция определения виновности в уже имевшем место факте, между тем как суд, выступающий гарантом «конституционности» в стране, является органом, скорее предотвращающим нарушения, органом, в результате чьей деятельности право превращается в совокупность «надфактовых» норм, действующих непосредственно и вне зависимости от фактов.

В XX веке теория конституционного права после многовековых блужданий, наконец, постигла права человека как непосредственно действующие нормы – положение, впервые зафиксированное, в частности, в Конституции ФРГ в 1949 г. (ст. 1). Поиски эти могли быть менее болезненны и кровопролитны, если бы человечество не столь пренебрежительно

относилось к библейским истинам. Из вышеизложенного следует также, что библейский прототип органа конституционного контроля явился зародышем двух форм, одна из которых действует сегодня во Франции (Конституционный совет), вторая – в других европейских странах (Конституционный суд). Существование богоучрежденного этого органа было обусловлено Божественной заботой об упрочении основ государства, предназначенного для синтеза правовых констант вертикали «человек-Бог» (любовь к Богу) и горизонтали «человек-человек» (любовь к ближнему). Государство может стать единением дома и храма именно так – в силу соединения в себе этой вертикали и горизонтали, которое суть крест – орудие спасения и христианский символ древа жизни, игнорированного человеком в Едеме. Следовательно, и гарантия жизни государства и государственной власти – в ее неукоснительной верности праву. Задачу, возложенную на библейский орган конституционного контроля и сообщенный царю («чтобы не уклонялся он от закона ни направо, ни налево»), Господь именно так обосновал: «Дабы долгие дни пребыл на царстве своем он и сыновья его» (Втор. 17: 20). Следовательно, в библейском осмыслении, орган, контролирующий законопослушность власти, и есть тот орган исключительной важности, главной задачей которого является сохранение мира и политической стабильности в стране. Защита права органом конституционного контроля – это христианизация общества еще по одному параметру: это воцарение в нем мира как умиротворенности, как получения печати миро. Омофоны «миръ» и «міръ» в русском языке, по-видимому, не случайны. «Бог не есть Бог неустройства, но мира», (1Кор. 14: 33). Бог творил мир, устраивая его, а устройство – это умиротворение. Мир как умиротворение есть составляющая мира как творения, посему современная орфография превратила эти омофоны в полные омонимы.

Так всё возвращается на круги своя, и так мы вернулись к началу наших размышлений о праве как духовном векторе творения. Защита права, которое суть задача конституционного суда, есть, таким образом, защита этого вектора.

Summary

Constitution is a positivized natural law (human rights and freedom) and bases of organization of the service instrument, i.e. state power; "ordinary" justice is the defender of legal law and constitutional justice is the defender of rights. Christ, considering that serving people is equal with serving Him and putting the sheep at His right hand (Mtt. 25:31-46), in fact confirmed that the service to Christ, i.e. Christianity is a care for one's neighbour (defense of human rights), and due to it a chance to be in the right hand of God.

The expression "rights are the source of law" is synonymous to the expression "God is the source of law". Laws that were brought forth during the creation of the world obtained a character of rights with the appearance of beings bestowed with free will. Rights are the spiritual vector of creation in the context of free will. God is the beginning and the final aim of creation and humanity. Similarly, rights are both the beginning and the final aim of law (state). The formulation of Christ "I am the Alpha and the Omega, the Beginning and the End" (Rev. 1:8) moves from the field of creation to the field of the state: "I am the Root and the Offspring of David" (Rev. 22:16).

In the Bible state is considered to be home (family) and church, that is why "constitutional" postulates (commandments) formed the hierarchy of legal statute fixing two constituting laws - spiritual and secular and determining that the latter can obtain executive power only in the prism of the former. The outline of the "basic law" of the future state on tablets of stone assigned a necessity of its special defense symbolizing its steadiness.

The significance of the fact that Moses appointed judges is not only the establishment of an independent lawcourt, but also the creation of two courts of justice: the appointed judges "judged the people" and Moses - "hard cases", i.e. general legal relations and formation of their authorized circles. A similar role was given to Judge Samuel in the establishment of monarchy.

In the decree of King Jehoshaphat are clearly presented two court-instances in the system of justice: "for the judgement of the Lord and for controversies". Their authority was also explained: make justice "whatever a case comes to you [...] whether of bloodshed, or offenses against law or commandment, against statutes or ordinances" (2 Chr. 19:10). The first part of this definition is the object of the courts of general jurisdiction and the second one is the object of constitutional justice. Two "courthouses" were founded inside this body of constitutional control. One of them examines issues of spiritual power, the other - those of secular power. Respectively, the head of the first "courthouse" is the chief priest and the head of the second one is the prince.

Functions of biblical constitutional control are the following: 1. defense and restoration of the "constitutional structure": such is the case with the golden calf, when Moses restored the basis of the "constitutional structure" (theocracy) infringed by one of the branches of authority - by chief priest Aaron; 2. deposition of the head of the state: decision about the king's impeachment was made by Judge Samuel; 3. control over the formation of the branches of authority and confirmation of their legitimacy: Moses did just the same by giving the elders empowered authority, as well as by giving the power to Joshua, son of Nun; and Judge Samuel - by giving the kingdom to David; 4. through decrees addressed to judges of general jurisdiction "If a matter arises which is too hard for you to judge [...], then you shall arise and go up to the place which the LORD your God chooses. And you shall come to priests, the Levites, and to the judge there in those days, and inquire of them; they shall pronounce upon you the sentence of judgment" (Deut. 17:8-9) it becomes clear that the supreme court: a) controlled over the decisions' legitimacy of judges of those days; b) interpreted practiced laws; c) defined legal or illegal character of laws, in the last case immediate action of rights was available; d) realized preventive control so that practiced legislative acts could correspond to the law: "Woe to those who decree unrighteous decrees, who write misfortune, which they have prescribed to rob the needy of justice, and to take what is right from the poor of My people" (Isa. 10:1-2).

God substantiated the task imposed on the body of constitutional control ("he [the king] may not turn aside from the commandment") in the following way: "so that he may prolong his days in his kingdom, he and his children in the midst of Israel" (Deut. 17:20). In this way the court, which controls over the legitimacy of the authority's acts, is considered as a very important body in the Bible, the mission of which is the preservation of peace and political steadiness in the country.

G. M. Pikiis
President of the Supreme Court of Cyprus

The Application of the Principle of Separation of Powers under the Cyprus Constitution

The concept of separation of powers is deeply rooted in the history of law. Aristotle was the first to identify the need for the separation of the powers of the State as a necessary element of a balanced government. Symmetry in this, as in other areas, was perceived by Aristotle as essential for a healthy rule. In such a system of government, it is all important that the judiciary should be identified with the neutrality of the law. In the modern era the principle of separation of powers was taken up by Montesquie in his work on *The Spirit of the Law*. He singled out the British judiciary as having the attributes of independence notwithstanding the absence of a formal separation of powers. Nowadays few would disagree with the proposition that the institutional separateness of the judiciary is a necessary attribute of

its independence.

The application of the principle of separation of powers is the subject of numerous decisions of the Supreme Court of Cyprus. The true application of the principle requires that each power should be institutionally and functionally separated from the others, sovereign and autonomous in its domain; with power to regulate the exercise of its jurisdiction. The three powers of the State should operate co-ordinately that is, each should promote in its sphere the constitutional ends of government. An example of the similarity of the purposes which they should strive to promote, is provided by Article 35 of the Constitution which enjoins each of the three powers of the State, within the limits of their respective competence to ensure the efficient application of human rights.

The doctrine of separation of powers requires each power to confine its actions within the sphere of its jurisdiction. Overstepping this limit casts its deeds outside the law. I discuss, below, the implications of the limitations of the power of each branch of the State beginning with the legislature.

Legislature

The province of the legislature is the making of laws, that is the enactment of abstract and impersonal rules regulating rights and liabilities of the subjects of the law, and making provision for the governance of the country. The legislature must not intrude into the administrative process, the province of the Executive, or bring judgment to bear on any dispute, (the adjudicative process), the sphere of the Judiciary.

The legislature cannot abrogate, vary or amend any order of a department of Government made in the exercise of executive or administrative authority. In *Michael Theodosiou Ltd. v. Municipality of Limassol* (1993)3 C.L.R. 25, a law annulling orders of acquisition made by the Council of Ministers, was declared unconstitutional. The Court pointed out that the compulsory acquisition of property for public purposes is per se an administrative matter, consequently within the competence of the Executive.

The appointment, termination of services and removal of public officers, including the personnel of public corporations is a function of the Executive. Under the Cyprus Constitution the appointment of public officers and every power associated therewith is trusted to an independent body, the Public Service Commission. A series of laws were declared unconstitutional because provision was made therein bearing directly or indirectly upon the selection of personnel or the termination of their services. Reference will be made to a small number of them, exemplifying the application of the doctrine of separation of powers in this area. In *Republic v. Yiallourou* (1995)3 C.L.R. 363, and subsequently in *Menelaou and Others v. Republic and others* (1996)3 C.L.R. 370, and *Elias and others v. Republic* Cases 534/97 and others - 23.12.1999, the Court held legislation prescribing the conditions for the permanent appointment of temporary personnel to the Public Service, unconstitutional. The power of the Administration to appoint government personnel, includes the entire field of the selection process. This authority cannot be curbed by the legislature, nor the choice of the competent administrative authority be limited. Not only directly but indirectly too the legislature is precluded from stepping into the field of the Administration. In *President of the Republic v. House of Representatives (No. 3)* (1992)3 C.L.R. 458, the Court was asked to consider the constitutionality of a law initiated by the House of Representatives extending the tenure in office of the Educational Service Commission, the body responsible for the appointment of educationalists. The Court ruled that the law amounted to an act of administration inasmuch as the extension of the services of an administrative organ is an aspect of executive power.

In *Pres. of Republic v. House of Representatives* (1985)3 C.L.R. 1724, it was acknowledged that the House of Representatives may freeze, and in effect prohibit the filling of extant posts in the Public Service. The subject matter of the law was referable to the allocation of resources and control of finances, matters amenable to the power of the legislature. On the other hand the legislature could not make the filling of specific posts subject to the approval of the legislature, which was the theme of the second part of the law duly declared to be unconstitutional.

Addressing administrative needs is a competence of the executive. A classic example of the legislature assuming administrative functions is provided by *President of the Republic v. House of Representatives*

(1992)3 C.L.R. 109. The competent office of government, chose and by order specified an area at the village of Ayios Sozomenos, for the disposal of refuse. A law was enacted thereafter reflecting the opposition of the House of Representatives to the project, prohibiting on pain of penalty, the disposal of refuse at Ayios Sozomenos. The law was declared unconstitutional as the choice of the location for the disposal of refuse was an administrative matter for which responsibility rested with the Executive. The definition of the field of competence of Ministries and, subject to the Constitution, their powers may be regulated by law. This was affirmed in *President of the Republic v. House of Representatives* (1985)3 C.L.R. 2779. The nomination, on the other hand, of ministries, again subject to the limitations of the Constitution, is an incident of executive power in the discretion of the President of the Republic. Hence a law purporting to establish ministries according to a division of subject matter of the choice of the House of Representatives, was declared unconstitutional in *President of the Republic v. House of Representatives* (1985)3 C.L.R. 2801.

The Executive.

Excepting the preparation and submission of bills to the legislature authorised by its Constitution, that may on a strict classification be treated as an incident of legislative power, the Executive is precluded from exercising legislative power save to the extent authorised by law and subject to limitations set thereby. Delegated (secondary, subsidiary) legislation not conforming to the provisions of the empowering enactment, i.e. ultra vires the enabling legislation, is void and may be declared as such by a court of law.

Neither the Council of Ministers, the vestee of the residue of executive power, nor any other organ of Government, can assume or exercise directly or indirectly, any aspect of judicial power. A case illustrating the intrusion of the executive into the judicial domain and the consequences thereto, is the decision of the Supreme Court *Kyriakides and Others v. The Republic* (1997)3 C.L.R. 485. Following the report of a Commission of Inquiry, set up to investigate allegations of brutality in a department of the police, and acting upon its findings, to the effect that three officers were guilty of abuses amounting to criminal and disciplinary offences, the Council of Ministers ordered their dismissal. The Supreme Court annulled the decision as unconstitutional. The determination of the guilt of any person for the commission of a criminal offence is a judicial matter. Only a court of law can pronounce a person guilty of committing a crime. In the absence of a condemnatory verdict of a court of law, no one can attribute criminal conduct to a person or punish him for that. Likewise no disciplinary sanctions can be imposed, save by the appropriate disciplinary organ in proceedings analogous to judicial proceedings assuring to the respondent the defence rights of the accused in a criminal trial. Consequently the premise of the decision of the Council of Ministers was ill-founded and its action lacked constitutional authority.

With the exception of appointments to the Supreme Court, all other judicial appointments are entrusted to the Supreme Council of Judicature made up of Judges of the Supreme Court. Two laws purporting to confer power upon the Council of Ministers, to make appointments to Courts of specialized jurisdiction were declared unconstitutional. In *Keramourgia "AIAS" Ltd v. Yiannakis Christoforou* (1975)1 C.L.R. 38, it was held that the involvement of the executive in the appointment and definition of the terms of service of the Chairman of the Industrial Disputes Court, rendered the law unconstitutional and the Court established thereunder ill-constituted, lacking power to assume or exercise judicial functions. In *Pastellopoulos v. Republic* (1985)2 C.L.R. 165, the relevant provisions of the National Guard Law, providing for the establishment of a Military Court, were likewise found to be unconstitutional because the appointment of the President of the Court was entrusted to the Council of Ministers, and that of its members, to the Commander of the Force. It was emphasised that no Court can be established, constituted or function outside the constitutional framework of the judicial power. Article 30.1 of the Constitution prohibits the establishment of judicial committees or exceptional courts under any name whatsoever.

Separation of Political and Administrative Authorities.

The Constitution distinguishes between political and administrative organs of government. The appointment, promotion, transfer and the exercise of disciplinary control over public officers, is entrusted

to the Public Service Commission, an independent body appointed for a six year term. The members of the Commission cannot be removed, except on like grounds and in similar manner as Judges of the Supreme Court. A consistent body of case law establishes that political bodies of Government, should have no involvement in the manning of the Public Service and public corporations. What bodies constitute political departments of Government, was the subject of examination in a good number of cases. In *Pavlou v. Returning Officer & Others* (1987)1 C.L.R. 252, we adverted to the attributes of political state authorities. Their principle characteristic is that they exercise state power directly at a primary level. Another is that they are politically accountable as opposed to civil servants who are disciplinarily accountable. The Council of Ministers and the House of Representatives are political bodies. In *Charilaos Frangoulides (No. 2) and The Republic of Cyprus, through the Public Service Commission* (1966)3 C.L.R. 676, a promotion in the Public Service was annulled on the ground that the Minister of Labour took part in the preparation of the confidential reports of employees of his Ministry. The Court noted that the object of the Constitution is to keep all matters pertaining to the competence of the Public Service Commission, appointments, promotions, and transfers, outside the influence of the political side of Government of which the Minister is an important part. In a subsequent decision *C.B.C. v. Karayiorgis and Others* (1991)3 C.L.R. 159, the Court stressed that Article 28 of the Constitution, establishing inter alia equality before the Administration, justifies the neutrality of political organs of government in matters of appointments and promotions of personnel of public bodies. Equality before the law and the administration requires adherence to norms ruling out political influence in the appointment and promotion of public servants.

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. The institutional independence of the judiciary requires security of tenure and the 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 60. 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. Rule making power for every matter associated with recourse to the Court and the transaction of judicial business, is solely and exclusively in the hands of the Supreme Court.

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 among Judges recommended by 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 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 sanction in all other instances for a disciplinary offence is a reprimand and in more serious cases a reprimand published in the official Gazette.

The control of the constitutionality of laws and the review of administrative actions are, of 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 reasoning of judicial decisions required by the Constitution (Article 30.2), 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. Judges must take pains to reason explicitly the sphere of their authority. Subject to this, they must be fearless in declaring and applying the law. The words of Lord Atkin in his dissenting opinion in *Liversidge v. Anderson* (1941) 3 All E.R. 338, are a constant reminder of where judicial duty lies. Laws, he proclaimed, speak the same language in war and peace and more importantly still, Judges, he declared, are no respecters of persons. A gratifying addendum are the remarks of Lord Scarman in *I.R.C. v. Rossminster Ltd* (1980) 1 All E.R. 80, 104, referable to the majority judgment in that case "The ghost of *Liversidge v. Anderson* casts no shadow on this statute and I would think it need no longer haunt the law. It was laid to rest by Lord Radcliffe in *Nakkuda Ali v. M. & F Jayaratne* (1951) A.C. 66, 75, and no one in this case has sought to revive it, it is now beyond recall." The supremacy of the law is ultimately dependent on a judiciary devoted to and wholly associated with the law and its transcendent goals. To personify the law is their duty and to do justice to man, their mission. A far seeing judiciary, free from ephemeral tribulations and true to the lasting ends of justice, is a great judiciary.

The interpretation of laws, rules and regulations is exclusively a judicial function. In *Diagoras Development v. National Bank of Greece* (1985) 1 C.L.R. 581, the Court declared unconstitutional a law purporting to define the meaning of pre-existing legislation, with the obvious aim of bypassing a decision of the Court on the same subject. In *Papadopoulou and Another v. Rapti and Others* (1996) 1 C.L.R. 1306, a law making the establishment of a legal right dependent on the certification of facts by the Minister, was pronounced unconstitutional for the reason that the fact finding process for the determination of litigants' rights is a judicial matter. Article 30.2 of the Constitution, establishing the framework of the judicial process, makes the determination of civil rights and obligations the sole responsibility of the judiciary. I shall not refer to the obvious domain of the judicial power, to determine the rights of the parties in the face of conflict and pronounce on the criminal liability of the subject. I may only note that numerous decisions of the Courts establish beyond doubt, that no authority other than a competent court of law can meet out punishment for infraction of the general law. Punishment of crime and fixing its measure are in the power of the Judiciary. (*Republic v. Sampson* (1991) 1 C.L.R. 858, *Demetrakis HajiSavva* (1992) 1 C.L.R. 1134.).

Резюме

Теория разделения властей имеет глубокие исторические корни. Аристотель первым выдвинул необходимость разделения властей как элемент сбалансированного правления. В дальнейшем эту теорию развил Монтескье. В наши дни вряд ли возможно отрицать, что разделение судебной власти от законодательной и исполнительной властей является необходимым условием для обеспечения ее независимости.

Вопросы применения принципа разделения властей стали предметом некоторых решений Верховного Суда Кипра.

Обсуждение вопроса о разделении властей и в то же время о гарантиях обеспечения их деятельности в рамках своих компетенций автор начал с законодательной власти.

Согласно Конституции, принятие законов является компетенцией законодателя.

Законодательная власть не должна вмешиваться в сферу деятельности исполнительной или судебной властей.

По делу (1993) 3 *C.L.R* 25 Верховный Суд признал неконституционным закон о признании недействительным решения Совета министров о приобретении собственности в общественных целях. Верховный Суд подчеркнул, что приобретение собственности в общественных целях является компетенцией исполнительной власти.

Согласно Конституции Кипра, назначение на должности государственных служащих является компетенцией Комиссии государственной службы. Целая серия законов была признана неконституционной, потому что они прямым или косвенным образом касались назначений на посты или выборов персонала. В некоторых своих решениях Верховный Суд признал неконституционными законы, которые регулировали вопросы назначения временного персонала государственной службы.

Ни Совет министров, ни какой-либо другой орган правления не могут, прямым или косвенным способом брать на себя или выполнять любые функции судебной власти.

Примером такого неправомерного вмешательства может служить дело (1997) 3 *C.L.R* 485, по которому Совет министров своим решением уволил трех служащих, которых признал виновными в совершении уголовных и административных преступлений. Верховный Суд признал это решение неконституционным, так как только суд может признать человека виновным в совершении преступления и назначить наказание за это. То же самое касается и дисциплинарных санкций, которые должны применяться соответствующими административными органами.

Всех судей, кроме судей Верховного Суда, назначает Верховный совет правосудия.

По делу (1985) 2 *C.L.R* 165 соответствующие положения закона “О национальной защите”, которые предусматривали создание военного суда, были признаны неконституционными, так как назначение председателя этого суда являлось полномочием Совета министров, а членов этого суда должен был назначить командующий войсками. Верховный Суд заметил, что никакой суд не может создаваться и функционировать вне конституционных рамок судебной системы. Статья 30.1 Конституции запрещает создание судебных комиссий или чрезвычайных судов.

Конституция проводит различие между политическими и административными органами правления. Назначение, освобождение, перевод и контроль за деятельностью государственных служащих осуществляются Комиссией государственной службы. Члены этой Комиссии могут быть освобождены от должности только на тех основаниях, что и судьи Верховного Суда. Политические органы правления не должны вмешиваться в работу государственной службы и государственных учреждений.

Политическими органами правления являются Совет министров и Палата представителей.

Бесспорно, что эффективность применения доктрины разделения властей, в конце концов, зависит от существования независимой судебной власти.

Необходимые условия независимости судебных органов в Кипре гарантируются.

Толкование законов, решений и других нормативных актов является исключительной функцией судебной власти.

В своем решении (1985)1 *C.L.R* 581 Верховный Суд признал неконституционным закон, который толковал ранее принятый закон, переступая через решение суда по аналогичному вопросу.

Автор замечает, что Верховный Суд принял множество решений, согласно которым никакой другой орган, кроме суда, не уполномочен назначать наказание за совершение преступления, так как это является исключительной компетенцией суда ((1991)1 *C.L.R*. 858, (1992)1 *C.L.R* 1134).

LA LEGITIMITE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

DOMINIQUE ROUSSEAU

*Professeur à l'Université Montpellier I, Membre de
l'Institut Universitaire de France*

Le XIX^e siècle fut celui des Parlements, le XX^e est le siècle de la justice constitutionnelle a coutume de dire le professeur Mauro Cappelletti. Et il est vrai que l'établissement d'une Cour constitutionnelle est depuis 1945 un élément obligé de toutes les constitutions modernes au même titre que l'institution des assemblées parlementaires, d'un gouvernement et d'un chef de l'Etat; que les pays qui découvrent la démocratie, le Portugal en 1974, l'Espagne en 1975, la Pologne, la Croatie, la Slovénie, la Slovaquie, la République tchèque, le Hongrie, la Bulgarie, la Roumanie en 1990 s'empressent d'inscrire dans leurs nouvelles constitutions le contrôle de constitutionnalité des lois; que des pays hostiles par tradition politique à toute forme de contrôle juridictionnel des lois découvrent, comme la France en 1958 et surtout en 1971, les «charmes» mystérieux du sphinx qui surplombe la porte d'entrée du Conseil constitutionnel. Il ne reste plus, en Europe, que le Royaume-Uni, les Pays-Bas et, dans une certaine mesure, les Etats scandinaves à n'avoir pas succombé à la justice constitutionnelle.

Ce succès, voire cet engouement, ne laisse pas pourtant de surprendre. Dans la tradition démocratique «classique», le principe de légitimité consacré dans tous les textes constitutionnels modernes est en effet la souveraineté populaire. Titulaire du pouvoir, le peuple est, en démocratie, au principe de toutes choses: il décide, il délègue, il sanctionne, il contrôle, il juge, mais il ne peut être lui-même jugé, sanctionné ou contrôlé. Car s'il pouvait l'être, il ne serait plus le souverain; s'il pouvait l'être, il faudrait nécessairement poser l'existence «au-dessus» du peuple d'un lieu où se trouvent les valeurs, les règles de jugement des actions du peuple. En démocratie, le peuple, c'est la Cour suprême, pour paraphraser le Général de Gaulle.

Or, dans son principe, la justice constitutionnelle s'inscrit contre cette conception-là de démocratie puisqu'elle se définit comme le pouvoir donné à des personnes nommées d'apprécier, de contrôler et, le cas

échéant, de sanctionner la conformité à la constitution des actes pris par les pouvoirs publics et en particulier, des lois votées par les représentants élus du peuple souverain. Le peuple élit ses représentants; par cette procédure électorale se dégage une volonté majoritaire du peuple; par le vote des lois, les élus expriment et traduisent cette volonté majoritaire; par le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, les juges portent un jugement sur ces lois qui expriment et traduisent la volonté majoritaire du peuple. Les trois premiers membres de cette phrase développent la définition «classique» de la démocratie; le dernier élément lui est étranger, il marque une rupture, une discontinuité ou encore une «patte d'oie»: à droite, sans le contrôle de constitutionnalité, la route de la démocratie «classique» continue; à gauche, avec la justice constitutionnelle, le chemin s'ouvre sur une nouvelle configuration politique. Plus complexe, plus contradictoire, plus difficile à saisir que «l'ancienne» dans la mesure où elle a pour propriété de faire vivre ensemble deux principes jumeaux: la souveraineté populaire et les droits de l'homme. Même s'il ne se résume dans aucun pays à cette seule dimension, le contrôle de constitutionnalité est en effet la mise en forme institutionnelle d'un face-à-face entre les lois votées par les élus du peuple et les droits fondamentaux de l'homme consacrés par le texte constitutionnel. Ce dernier, par l'action – au sens forcé du terme – des juges constitutionnels, devient un frein obstacle, une limite à la volonté exprimée par les élus.

La justice constitutionnelle inaugure ainsi une formidable mutation politique et, en même temps, provoque un formidable renouveau de la théorie et de la philosophie juridique et politique: qui dit le droit? Le droit peut-il être «arraché» à la souveraineté populaire? La loi cède-t-elle devant la jurisprudence? Comment se «fait» la jurisprudence? Est-ce la consécration d'une religion ou d'une métaphysique juridique?...

I. La formation de la querelle sur la légitimité de la justice constitutionnelle

Si le juge applique un droit dont il n'est pas l'auteur, la question de la légitimité démocratique de son intervention ne se pose pas; elle est en revanche posée si son travail implique une interprétation qui le fait devenir créateur de droit. Et pour le juge constitutionnel en particulier, la question prend un sens politique aiguë: ne devient-il pas le concurrent des élus du peuple ?

A) La question de l'interprétation

1. Le juge, «bouche de la Constitution» ?

Le travail du juge constitutionnel consiste à comparer un texte de loi à la Constitution pour vérifier que le premier n'est pas contraire à la seconde. Cette opération de mise en rapport implique nécessairement que l'étalon de référence existe, soit connu ou puisse être connu. Ce sujet, deux conceptions s'opposent. Pour les uns, les dispositions constitutionnelles possèdent en elles-mêmes une signification; les connaître est donc un acte simple puisqu'il suffit au juge de les lire, éventuellement, en cas de difficulté, de se référer aux travaux préparatoires ou à l'intention des auteurs; et juger est en conséquence un geste mécanique puisqu'il s'agit d'appliquer un texte possédant en lui-même une signification objective. Le juge est ici «la bouche de la Constitution»; il n'invente rien, ne crée pas la norme, sa puissance de juger est en quelque sorte nulle pour reprendre les termes de Montesquieu. Dans cette conception, la question de la légitimité de la justice constitutionnelle ne se pose pas dans la mesure où l'opération de contrôle est neutre: les Cours appliquent une norme dont elles ne sont pas maîtres, dont le sens est préalablement déterminé et qui s'impose à elles.

Pour d'autres au contraire, les dispositions constitutionnelles sont seulement des marques sur du papier; autrement dit, elles n'ont pas de signification objective qui déterminerait à coup sûr le contenu de la loi et, le cas échéant, le contenu de la décision du juge. Toute disposition peut recevoir plusieurs significations. Un seul exemple: le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes «signifie» en France la reconnaissance à ces dernières de droits particuliers comme l'interdiction du travail de nuit dans l'industrie; ce même principe «signifie» pour la Cour de justice des Communautés européennes – arrêt du 25 juillet 1991- qu'hommes et femmes soient soumis au même traitement, ce qui condamne l'interdiction du travail de nuit pour les femmes. Juger n'est pas un travail simple. Le juge doit, avant et pour rendre sa décision, déterminer le sens du texte constitutionnel; or, comme celui-ci peut en accueillir plusieurs, déterminer un sens c'est choisir entre plusieurs significations possibles, c'est en écarter certaines et en retenir une. Muni de ce texte dont il a lui-même arrêté le sens, le juge doit ensuite le confronter à la loi; et à nouveau s'impose à lui la nécessité d'établir la signification des différentes dispositions législatives. La faculté de juger exige donc un «talent particulier» pour reprendre

l'expression de Kant, celui de l'interprétation des textes. Et c'est ce talent là qui ouvra la question de la légitimité dans la mesure où le juge se trouve en situation de créateur de normes.

2. Le juge, créateur de droit?

Interpréter un texte, c'est, en droit, lui donner une vie juridique. L'égalité de droits entre nationaux et étrangers n'accède à la qualité de norme constitutionnelle, c'est-à-dire ne peut produire un effet de droit – par exemple une censure de la loi – que si et lorsque le juge constitutionnel attribue cette signification au principe d'égalité. Avant cette interprétation, l'égalité de droits entre nationaux étrangers n'existe pas comme principe juridique; elle existe seulement comme acte du langage philosophique, doctrinal, moral ou politique prétendant à la validité juridique. C'est le juge qui, par le moyen d'une procédure d'argumentation particulière, valide ou invalide cette prétention à la juridicité; bref, c'est le juge qui crée la norme constitutionnelle applicable. Ce phénomène, qui n'est pas propre au juge constitutionnel, peut être observé dans chacun des pays étudiés. En Italie par exemple, la doctrine n'hésite pas à reconnaître que la Cour constitutionnelle rend des arrêts «normatifs», «créatifs» et même «qui manipulent la norme». Ailleurs, la «chose» est décrite avec des mots moins crus...

L'interprétation est donc un acte qui met en œuvre un pouvoir de décision. Peu importe ses modalités d'exercice: le juge peut s'appuyer sur les travaux préparatoires, sur l'intention des auteurs des textes, sur l'esprit du système juridique déjà constitué, ou sur l'évolution de la société et l'esprit de l'époque; au bout de cet exercice, il y a toujours le moment où le juge décide du sens du texte? Partir du texte, comme disent souvent ceux qui veulent diminuer la part créatrice du juge, est une formule à double sens: même si le point de départ est connu – ce que personne ne conteste- partir n'est-ce pas s'éloigner, aller ailleurs, au-delà du texte? Au demeurant, le cheminement intellectuel qui conduit le juge à décider du sens d'un texte est exposé tout au long des considérants qui discutent les arguments des «parties» et présentent les motifs justifiant l'interprétation du texte finalement retenue par le juge.

Mais pour être raisonné, motivé et inscrit dans l'ordre des contraintes argumentatives et donc non discrétionnaires, le pouvoir d'interprétation du juge n'en a pas moins pour effet de produire du droit, des règles et principes constitutionnels qui ont pour objet de déterminer, et le cas échéant de sanctionner, le comportement des autres institutions. Or ce

travail juridictionnel possède toutes les propriétés du travail politique: les parlementaires ne voient-ils pas des lois qui contiennent des règles générales ayant la prétention d'organiser, dans les différents secteurs de la vie sociale, le comportement des individus et des groupes? Et c'est là que surgit la première interrogation sur la légitimité, car si le pouvoir des politiques de créer des règles est légitimé par leur élection au suffrage universel, sur quel fondement justifier un tel pouvoir pour les juges?

B) La question de la concurrence avec le Parlement

1. Le juge, législateur partiel?

Juger la constitutionnalité des lois entraîne également les cours constitutionnelles dans une situation qui soulève un second problème de légitimité. Le Parlement vote une loi. Le juge constitutionnel contrôle sa conformité à la constitution. Plusieurs solutions possibles: il déclare la loi conforme; il la censure; il sanctionne seulement certains articles ou certaines dispositions; il juge la loi non contraire à la constitution sous réserve qu'elle soit interprétée et appliquée selon les conditions énoncées dans la décision. Dans toutes ces hypothèses, la loi n'est parfaite, n'exprime la volonté générale que par la sanction du juge constitutionnel. En août 1990, les gouvernants est et ouest-allemand s'étaient mis d'accord, après de difficiles négociations, sur les modalités de la loi électorale devant régir la première élection du Parlement de l'Allemagne unifiée; et les chambres des deux Etats allemands les avaient approuvées; un parti qui n'obtient pas 5% des votants sur l'ensemble du territoire n'a pas de représentants au Bundestag sauf s'il est allié avec un autre parti dépassant, lui, ce seuil. Le 29 septembre 1990, la Cour constitutionnelle, saisie notamment par le parti des Verts, déclare cette loi, adoptée par la majorité et l'opposition, contraire à la constitution en ce qu'elle n'assure pas l'égalité entre toutes les formations politiques, anciennes et nouvelles. Le 5 octobre 1990, les députés de l'Est et de l'Ouest de l'Allemagne adoptent une nouvelle loi électorale qui s'inspire des recommandations de la Cour constitutionnelle: elle prévoit deux zones électorales distinctes correspondant aux deux anciennes entités étatiques de l'Allemagne et dispose que le seuil de 5% nécessaire pour avoir des députés ne sera pas calculé par rapport à l'ensemble du territoire national mais séparément sur l'une et l'autre des deux zones. Qui a décidé de la loi, les politiques ou/et les juges constitutionnels?

Au Portugal, en Espagne, en Italie, les juges constitutionnels, pour n'avoir pas à censurer la loi, préfèrent souvent rendre des décisions dites «constructives», c'est-à-dire qui ajoutent au texte législatif les éléments lui permettant d'être déclaré conforme à la constitution. La possibilité pour un syndicat de défendre en justice un salarié non-syndiqué n'est admissible, précise par exemple le juge constitutionnel français, que si l'intéressé a reçu du syndicat une lettre contenant tous les renseignements utiles «sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action». Autant de «précisions» qui ne figuraient pas dans la loi et qui deviennent pourtant, par décision du juge, partie intégrante du régime législatif applicable en la matière.

En obligeant le législateur à reprendre son travail –s'il l'a censuré partiellement ou totalement-, en donnant dans sa motivation les conditions d'une réécriture constitutionnelle de la loi, en soumettant l'approbation de la constitutionnalité de la loi au respect de modalités d'application qu'il énonce, le juge constitutionnel, par ces opérations qui sont pleinement et indiscutablement celles d'un contrôle juridictionnel, participe au processus de fabrication de la loi. Et cette réalité n'est pas propre au système français du contrôle *a priori* de constitutionnalité. Sans doute, ici, l'examen de la loi intervient avant sa promulgation et donc à l'intérieur de la procédure législative puisque celle-ci n'est close que par l'acte de promulgation. Mais le contrôle *a posteriori*, en vigueur dans tous les autres Etats, conduit au même résultat. En effet, reculant devant les conséquences d'une censure d'une loi déjà promulguée et appliquée parfois depuis longtemps, les juges constitutionnels de ces pays préfèrent souvent la maintenir; mais en contrepartie, ils se livrent à un examen de l'application des lois qui les conduit à entrer dans le détail des dispositions pour dire aux autorités administratives et judiciaires comment elles doivent les appliquer. De sorte que la loi réellement applicable est moins celle du Parlement que celle du juge constitutionnel qui, au fil des recours, la complète, la précise, la neutralise; plutôt que de la renvoyer aux politiques ce travail, les juges constitutionnels l'assument par cet examen particulier que les italiens et les allemands par exemple appellent «micro-constitutionnalité».

Il faut encore ajouter que les Cours constitutionnelles participent à la fabrication des lois par la simple existence de leur jurisprudence qui, en amont, représente une contrainte pour le législateur lorsqu'il élabore et discute les lois. Etant donné les décisions déjà rendues par les juges



constitutionnels, pouvons-nous, se demandent désormais gouvernements et parlementaires, adopter telle ou telle disposition?

Le contrôle de la constitutionnalité des lois, *a priori* ou *a posteriori*, entraîne donc les cours constitutionnelles à faire œuvre de législateur négatif ou positif pour reprendre la distinction de Kelsen, à participer au système complexe de production des normes. D'où la seconde interrogation sur leur légitimité.

2. Le juge, contrôleur des élus?

Tout juge, judiciaire ou administratif, interprète les textes, et par son contrôle, par sa sanction de telle ou telle application de la loi, il prolonge l'action du législateur en donnant à son œuvre une orientation particulière qui, au demeurant, peut évoluer avec le temps. C'est son métier et c'est aussi celui du juge constitutionnel. Pourquoi dès lors l'activité professionnelle des juges ordinaires ne soulève pas de problème, alors que le même travail exercé par les juges constitutionnels pose la question de leur légitimité?

Cette différence d'appréhension, qui peut être discutée, tient à la représentation différente qu'ont les acteurs sociaux de la situation des deux catégories de juges dans l'organisation des pouvoirs publics: les juges ordinaires sont perçus comme subordonnés au pouvoir législatif alors que les juges constitutionnels sont perçus comme lui étant supérieurs. Les premiers sont les auxiliaires de la loi; ils font respecter la volonté du législateur en contrôlant que les individus, les institutions appliquent correctement la loi. Quand, par exemple, le Conseil d'Etat annule un décret contraire à la loi, il assure la soumission de l'Administration au pouvoir législatif. Sans doute serait-il possible de montrer que le juge administratif, comme les autres juges ordinaires, fonde sa décision sur une interprétation de la loi qui peut aller au-delà de la volonté exprimée à un moment donné par le législateur. Mais, globalement, ils sont considérés comme les gardiens de la loi. Telle n'est pas la représentation de la position institutionnelle des juges constitutionnels. Ils sont les gardiens de la Constitution, c'est-à-dire d'un texte supérieur à la loi et qui s'impose au législateur; par conséquent, leur contrôle a pour objet même la volonté du législateur dont ils vérifient qu'il fait une «application» correcte de la constitution. Bref, les juges constitutionnels apprécient et, le cas échéant, sanctionnent le travail des élus du peuple. L'enjeu politique n'est pas le même quand le juge administratif considère et quand le juge constitutionnel déclare que les élus du peuple ont commis une erreur manifeste d'appréciation.

Si, par ailleurs, il est admis que le contrôle de constitutionnalité fait participer les juges constitutionnels à la fabrication de la loi, il n'est pas difficile de formuler la question de leur légitimité: dans un régime démocratique dont le principe est le suffrage universel, est-il légitime que des juges, nommés et n'ayant de compte à rendre à personne, contrôlent le travail législatif des élus du peuple, s'opposent à la volonté des représentants de la nation et entrent dans le processus de la fabrication des lois? Question classique et incontournable que celle de la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité, mais question qui n'est pas ou plus sans réponses.

II - La construction de la légitimité de la justice constitutionnelle

Tout pouvoir, surtout lorsqu'il est nouveau, donne naissance à un discours qui énonce sa «vérité» et tend ainsi à le rendre naturel et légitime. Pour la justice constitutionnelle, les deux thèmes principaux du discours de légitimation sont les droits de l'homme et le contrôle des pouvoirs.

A) Une légitimité construite sur le fondement des droits de l'homme

1. La dissociation gouvernés-gouvernants

La volonté de citoyens, du peuple et la volonté de leurs représentants élus sont-elles une seule et même chose ? De la réponse à cette question dépend celle sur la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle. En effet, s'il y a identification parfaite, si, comme l'écrit Carré de Malberg, le Parlement est l'égal et même l'incarnation du Souverain, le contrôle de l'activité législative des représentants par un juge est en contradiction avec le principe démocratique: dès lors que la volonté exprimée par ses représentants, contrôler celle-ci est nécessairement toucher, discuter, porter atteinte à la volonté du peuple. Par contre, s'il y a différenciation entre la volonté du peuple. Par contre, s'il y a différenciation entre la volonté des gouvernés et celle des gouvernants, le contrôle de la loi votée par ces derniers n'est pas contraire au principe démocratique: ce n'est pas la volonté du peuple qui est contrôlée mais celle, distincte, des représentants.

Si chaque thèse possède de solides arguments, ceux en faveur de la différenciation emportent davantage la conviction... au moins celle de

l'auteur de ce livre... L'un des enseignements majeurs de la science politique contemporaine est en effet que les élus forment un corps professionnel possédant des intérêts propres, différents de ceux des citoyens qu'ils font métier de défendre, s'enfermant progressivement dans le jeu de leur concurrence interne pour préserver leur position et creusant ainsi davantage l'écart entre leur monde de préoccupations et celui des gens. Et, déjà, à XVIII^e siècle, Jean-Jacques Rousseau critiquait la représentation en ce qu'elle faisait des gouvernants un corps intermédiaire développant un «moi particulier» face au moi commun du peuple et ayant pour «effort continu» de s'approprier la souveraineté. Ces analyses politistes et ces propos philosophiques renvoient directement à la conjoncture sociale actuelle caractérisée par le brouillage de la coupure électeurs-élus de gauche / électeurs-élus de droite, et par la visibilité de la coupure électeurs de droite et de gauche / élus de droite et de gauche.

Au demeurant, cette différenciation gouvernés-gouvernants, même si la pratique et le travail de rationalisation l'ont fait oublier, est au principe de l'invention du droit constitutionnel. Revendiquer une constitution, c'est vouloir soumettre les représentants politiques à des règles de conduite et à des principes de décision définis par d'autres qu'eux-mêmes, c'est-à-dire définis par le souverain, le peuple; ce dernier exprime sa volonté suprême dans la constitution et non dans la loi qui est l'expression de la volonté des représentants. Celle-ci est nécessairement seconde, et en tout état de cause soumise pour être démocratiquement valable au respect de la volonté du peuple exprimée dans la Constitution. Il existe donc bien deux espaces différenciés: celui des citoyens, formé des droits, libertés et principes d'organisation des pouvoirs énoncés dans le texte constitutionnel, et celui des représentants qui n'ont d'autres droits que celui de respecter, défendre et développer ceux de leurs mandants. Mais pour que cette différenciation prenne sens, il faut que chacun des deux espaces ait son expression institutionnelle, sinon celui qui n'en possède pas reste sans voix et se voit «complètement saisi» par l'espace qui dispose des organes nécessaires pour dire le droit. Les Conseils, Cours ou Tribunaux constitutionnels se posent, dans cette logique, comme les organes de l'espace des citoyens.

2. Les Cours constitutionnelles, organes des gouvernés

Parlement, gouvernement et dans certains pays présidence de la République sont les institutions de l'espace des représentants; les Cours

constitutionnelles sont une des institutions de l'espace des citoyens. Ou plus précisément, elles sont, au point de jonction des deux espaces, les institutions qui regardent, qui examinent du point de vue des droits des individus – de la Constitution – les décisions des organes de la société politique. Et c'est l'adoption de ce point de vue qui fonde la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité. Le vote, qui reste bien entendu un élément nécessaire d'une société démocratique, est à la fois un acte par lequel le peuple exprime sa souveraineté et celui par lequel le peuple exprime sa souveraineté et celui par lequel il en délègue l'expression, pour un temps déterminé, à des représentants. Et, de fait, cette délégation aboutit à un abandon de son pouvoir de décision entre deux élections. Les Cours constitutionnelles atténuent cette logique-là du vote: la délégation électorale n'est plus un abandon dans la mesure où les Cours, en statuant au nom de la Constitution qui est l'expression suprême de la souveraineté populaire, adoptent une référence qui les met en position de faire prévaloir cette dernière, de restaurer la volonté populaire en rétablissant la soumission de la volonté représentative. A titre d'exemple, le Conseil constitutionnel français a contrôlé la volonté du «peuple français qui par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958 a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et droits proclamés en 17989», et en particulier au droit de propriété (décision du 16 janvier 1982).

Le contrôle de constitutionnalité tire donc une part de sa légitimité démocratique de la fonction qu'il remplit: assurer le respect des droits et libertés des citoyens. Ce respect étant en effet jugé une condition nécessaire de la qualité démocratique d'un régime politique, l'organe qui en est le garant – la Cour constitutionnelle – est lui-même un élément nécessaire des systèmes démocratiques. Jus naturalistes et positivistes se retrouvent sur cette légitimité fonctionnelle, les premiers parce qu'ils affirment que cette fonction tient aux caractères supérieur et extérieur à l'Etat des droits de l'homme, les seconds parce qu'ils considèrent, comme Michel Troper, que cette protection est seulement une des conditions du fonctionnement normal de la démocratie.

B) La légitimité construite sur le fondement du contrôle des pouvoirs

1. Le contrôle des pouvoirs, critère de la démocratie

L'origine des pouvoirs est-elle le seul critère distinctif de la démocratie? Là encore, selon la réponse, la justice constitutionnelle sera considérée

compatible ou non avec la démocratie. Si le suffrage universel définit tout entier l'exigence démocratique, le contrôle de constitutionnalité lui est irrémédiablement contraire. Est légitime en effet, dans cette conception-là, le pouvoir qui procède de l'élection; la décision doit donc revenir à ceux qui, à la suite du vote populaire, disposent de la majorité arithmétique. Il serait contraire à la démocratie que la ou les minorités, battues aux élections, ne s'inclinent pas devant le verdict populaire et cherchent, par un moyen institutionnel, à empêcher la majorité de légiférer librement selon le mandat qu'elle a reçu du peuple. Le seul contrôle admissible, ici, est celui que l'électeur exerce au moment du vote en censurant ou reconduisant ses élus. Si, en revanche, le suffrage universel ne suffit pas à définir la démocratie, la voie s'ouvre pour une reconnaissance possible de la légitimité de la justice constitutionnelle.

Mais quel autre critère que celui de l'origine des pouvoirs peut assurer plus complètement la qualité démocratique d'un régime ? Le critère du contrôle des pouvoirs. «Un tyran peut être élu au suffrage universel, écrit Alain, et n'être pas moins tyran pour cela. Ce qui importe, poursuit le philosophe à la recherche d'une définition de la démocratie, ce n'est pas l'origine des pouvoirs, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants»¹. Le thème du contrôle est en effet une idée centrale de la pensée politique contre toutes les formes d'absolutisme. Pour Montesquieu par exemple, séparer les pouvoirs c'est faire que, chaque institution ayant l'intérêt et les moyens de contrôler l'autre, aucune ne puisse abuser de ses prérogatives ou chercher à les regrouper toutes à son profit; par ce contrôle réciproque «le pouvoir arrête le pouvoir», et la liberté politique des individus est sauvegardée. L'idée de contrôle est encore présente, d'une autre façon, dans la Déclaration de 1789 qui est rédigée pour permettre que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif soient comparés avec le but de toute institution politique, et pour fonder «les réclamations des citoyens».

Comme critère de la démocratie, la contrôle possède ainsi deux caractères: un aspect «interne» à la société politique chacune de ses institutions se contrôlant, et un aspect «externe», les gouvernés devant disposer d'un droit de contrôle sur ces institutions. Ce second caractère devient aujourd'hui l'élément central de l'exigence démocratique. Parce que le premier s'est avéré insuffisant; parce que les individus, mieux informés et disposant d'un savoir plus grand, accèdent à la

compréhension du jeu politique et n'acceptent plus d'être tenus à l'écart de délivrer un blanc-seing à leurs élus. Ils veulent, à défaut de prendre eux-mêmes les décisions, avoir au moins prises sur elles, avoir un droit de regard qui leur permette de vérifier que leurs attentes, leurs préoccupations, leurs besoins ne sont pas détournés par la tendance des hommes politiques à satisfaire d'abord leurs intérêts particuliers. Ainsi se multiplient, depuis plusieurs années maintenant, des «comités» qui, selon des formes variées, offrent aux individus la possibilité d'exercer un droit de regard sur les différentes politiques publiques, sur l'amélioration des services publics, sur les décisions d'aménagement du territoire, sur le traitement des étrangers dans les «zones de transit»... Dans cette logique, le contrôle du juge puise également sa légitimité.

2. Les Cours constitutionnelles, organes du contrôle des pouvoirs

La garantie et la sauvegarde de la liberté individuelle et plus généralement des droits fondamentaux se trouvent, pour tous les pays européens, dans l'existence d'un contrôle juridictionnel. Cette proposition, admise sans difficulté pour les actes des autorités administratives et les décisions des personnes privées vaut également à l'égard des lois. Le Parlement légifère non en son nom mais en celui du peuple; ce dernier doit donc avoir la possibilité, soit avant la promulgation de la loi soit au moment de son application, de contrôler ou faire contrôler qu'elle respecte ses droits. Si la vertu démocratique et le sens des libertés ne sont pas des caractéristiques naturelles et spontanées des hommes politiques mais deviennent leurs principes de comportement seulement s'ils y ont intérêt, l'existence d'un contrôle de leur travail législatif et la menace toujours permanente d'une sanction peuvent être ces «aiguillons» qui les poussent à la vertu.

Ce critère du contrôle se heurte à trois objections principales: il est mis en œuvre non par les gouvernés mais par un juge qui se fait le représentant authentique de leurs droits; il se fonde sur une interprétation des textes constitutionnels dont il est impossible de garantir l'objectivité; il laisse, au bout du compte, le peuple toujours sans voix. Sans doute; mais il faut, dans le même temps, observer que la fin du monopole parlementaire de défense des libertés et l'introduction d'une concurrence entre deux institutions – Parlement et Cours constitutionnelles – exprimant, d'un point de vue différent, la souveraineté populaire peuvent avoir une influence positive sur la qualité démocratique des lois; que si la subjectivité du juge ne peut être niée,

l'interprétation des textes n'est jamais libre mais déterminée par un ensemble de circonstances parmi lesquelles jouent un rôle important, selon Mauro Cappelletti, la critique publique de la doctrine et les réactions de l'opinion publique; enfin, que le peuple garde toujours le pouvoir de dernier mot, dans la mesure où, comme constituant il peut modifier le texte constitutionnel, c'est-à-dire la base de référence du juge, et rendre ainsi possible ce que l'ancienne rédaction interdisait.

Au total, la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle se fonde dans les transformations que son action et les discours qui l'accompagne font subir à la notion de démocratie. Centrée sur le principe de Constitution – et non plus de loi –, d'autonomie des gouvernés – et non plus de dépendance – et de contrôle des pouvoirs – et non plus de leur origine – la nouvelle configuration démocratique, qu'il est possible de nommer démocratie constitutionnelle, se construit ainsi de manière compatible avec le jeu du contrôle de constitutionnalité.

SUMMARY

Since 1945 the establishment of the constitutional courts is an obligatory element of the modern constitutions as the institute of the parliamentary assembly, government, head of the state. In the «classic» democratic tradition, the principle of the legitimacy in all the modern constitutional texts is the result of the people sovereignty. In democratic society the people is the owner of the power: it decides, it authorizes, it sanctions, it controls, it judges, but the people itself can not be judged, sanctioned or controlled. For if it could be, it would not be sovereign any more, if it could be, it should necessarily be accepted the existence of the place «beyond» the people, where the values, the rules of the judgment of the people actions are situated.

However, principally, the constitutional justice is against this conception of democracy, because it is defined as the power, given to the persons, called to evaluate, to control and, in the relevant cases, to decide the conformity with the constitution of the acts, adopted by the public powers and especially, of the laws, voted by the representatives, elected by the sovereign people.

The constitutional justice also reveals an interesting political mutation, and at the same time, it provokes the excellent novation of the juridical theory and philosophy.

The democratic legitimacy of the constitutional justice is based on the transformations to which the notion of democracy is subject. Founded on the principle of the Constitution - and not the law, of the autonomy of the governed - but not dependence - and on the control of the powers - and not their origin, the new democratic configuration, which is possible to be called constitutional democracy, is constructed in the manner corresponding to the play of the control of constitutionality.



Constitutional Complaint - a Tentative Summary of the Early Experience

Introduction

The introduction of the constitutional complaint by virtue of the Constitution of April 2nd 1997 marked the opening of a new stage in the activity of the Polish Constitutional Court, and was a harbinger of a breakthrough in the enforcement of the Court's core competence, the execution of control over the constitutionality of legal regulations. In this lecture - rather brief by its very nature - one can only make an attempt at a few general reflections, primarily concerning the question whether the constitutional complaint has fulfilled the expectations and hopes associated with its introduction by the authors of the new Constitution.

The existence of the complaint offered an enormous opportunity for the realization of the crucial value embodied by any democratic state ruled by law, namely, for bringing the constitutional perspective closer into the relations between the state and the individual. Indeed, the complaint was to enable the fullest implementation of the constitutional values and principles into the legal relations and make the constitutional norms the ultimate point of reference for the state authorities' decisions touching upon the constitutionally guaranteed rights and freedoms. Thus, the complaint was to become a transmission gear of sorts between the abstract and generally formulated norms of the Constitution and the legal situation of an individual. These expectations have been fulfilled only to a limited extent.

With regard to its fundamental elements, the Polish model of constitutional complaint adopted in Article 79 of the Constitution refers to the solutions known in other European legal systems, while retaining a number of unique features which justify the thesis that this is, indeed, an absolutely original model. The similarities are related mainly to the function of this instrument (protection of rights and freedoms guaranteed by the Constitution), to the tie-in of the complaint with a violation of interests of an entity taking this course of action (as in other systems, the appellant is obliged to prove the existence of such direct interest; he or she cannot limit his or her action to proving only the potential for such violation - thus, this is not an *actio popularis* model), to the principle of subsidiarity (the appellant cannot use the constitutional complaint as a path alternative to other legal measures or instruments available to protect his or her own interests); and to its extraordinary character (a complaint can be filed only following the exhaustion of the so-called legal path).

Certain unique aspects of the Polish model deserve to be noted, above all - the objective scope of the complaint, which includes only normative acts (legal regulations), and not acts of legal application as such. Hence, while the appellant must prove that his or her interests had been violated in the act of application of law (the path to the complaint is open only after the so-called final verdict is passed), the subject of the action is, however, not the erroneous application of law by an organ of state authority, but the unconstitutionality of the law itself - the causative factor behind the violation of the appellant's rights and freedoms, and therefore of his or her specific interest. In precisely this point lies the fundamental difference between, i.a. the German model of the constitutional complaint and the Polish one, and - at the same time - the significant similarity to the Hungarian solution (although we can hardly speak about identity, as the Hungarian model, on the other hand, does not require that a violation committed in the act of application of law be proven).

Constitutional complaint models can be classified according to a wide variety of criteria, e.g. the scope of rights and freedoms subject to protection, the scope of right of action - the group of entities entitled to institute proceedings, the relation to other proceedings (scope of subsidiarity), legal consequences, etc. However, for the purpose of classification, the most important seem to be the differences in the approach to the objective scope of the constitutional complaint. The exclusion of all acts of legal application from the scope of constitutional complaint places the complaint proceedings (despite all existent differences)

within the realm of abstract control over law, and thus alongside all other proceedings concerning control over the constitutionality of law taking place before a constitutional court.

This structure of the complaint implies a number of further consequences. First, the Constitutional Court does not at all examine the facts or circumstances which support the soundness of the decision in a given case, but merely reviews the substance of a legal regulation. Secondly, a ruling in favour of the appellant is not tantamount to a direct removal of the violation of such appellant's interest, since at this stage, i.e. that of proceedings before the Constitutional Tribunal, not an amendment to a specific decision is made, but a review of unconstitutionality of its basis. Hence, it is still necessary for the appellant to effect an amendment (annulment) to the relevant decision in further administrative or court proceedings, usually in the course of retrial. Thus, it will be a yet another, third round of the appellant's battle with the state authorities to achieve their conformance to the constitutional norms. Thirdly, the finding of an evident error in the application of law upon recognition of a constitutional complaint cannot lead - even indirectly - to a correction of the content of the relevant decision, should it have been passed within a constitutionally compliant regulation. Fourthly, a decision passed in the course of a constitutional complaint and declaring the unconstitutionality of a regulation will affect other entities as well (see further comments concerning this matter).

The Objective Scope of the Constitutional Complaint

One of the most important and most difficult problems concerns the question of the objective scope of the complaint. The formula adopted by the Constitution is extremely broad - every legal regulation is subject to control in the course of a constitutional complaint. Thus, the scope of objectivity - when so broadly described - is fundamentally different from the solution adopted in Article 188 clause 3 of the Constitution, which provides exclusively for legislation passed by the central state authorities. Serious controversies arise from the question of admissibility of constitutional complaint proceedings for the purpose of challenging the regulations of local law, which, while forming a part of legislation of common applicability, reach no further than a definite territorial unit (see Article 87 of the Constitution, laying down a so-called closed source system for commonly applicable law). Moreover, it may be of certain importance that the control over local legislation with regard to its compatibility of with Acts of Law has been expressly made part of the jurisdiction of administrative courts (see Article 184 of the Constitution). In the legal doctrine, however, there seems to prevail a conviction that the admissibility of constitutional complaint should apply to all legal regulations, and the most serious argument supporting such thesis is the purpose and function of the constitutional complaint, which targets the protection of basic constitutional rights and freedoms, and thus the values which demand particularly intense and effective instruments of legal protection. This approach is also supported by the separateness of the constitutional complaint as a measure with an autonomous scope of application, and thus not subject to the restrictions of control over the constitutionality of legal regulations provided for in Article 188 clause 3 of the Constitution. From the practical point of view, the issues of potential violation of rights or freedoms are far from being ruled out, considering the significant impact which certain regulations of local law, such as local taxes and other charges, urban development plans and regulations on general order, may have upon the sphere of individual interests of the citizens. Undoubtedly, this issue requires further debates and judicial decisions.

Another important and interesting question is that of control exercised - via the constitutional complaint - over regulations contained in the acts of international law. It seems indisputable that ratified international conventions (by consent given in a statute), having higher legal standing than statutes (this seemingly confirmed by the reading of Article 91 clause 2 of the Constitution) are also subject to control via constitutional complaint. Besides, it should be noted that with regard to certain areas of basic constitutional rights and freedoms (e.g. the right to court trial, the right to information, the right to protection of privacy), the scope of constitutional guarantees is much broader than that provided for by the conventions regulating the protection of rights and freedoms, including, e.g., the European Convention of Human Rights. In consequence, the recognition that constitutional norms always serve as a

model in the review of international regulations is frequently of great advantage to the citizens. A much more difficult problem presents itself in the question, of only potential nature at present but likely to demand urgent response in the not-too-distant future, of the constitutional complaint's admissibility in legal action against regulations of the Community law. The issue is already the subject of numerous statements, and at times - controversies, among the representatives of the doctrine. Generally speaking, the Constitution establishes very favourable legal conditions for European integration, directly defining the nature of the accession treaty and the course of its ratification (Article 90 of the Constitution), as well as the prevalence of the Community law over internal legal regulations (Article 91 clause 3 of the Constitution) . One should assume, however, that even upon the accession of the Republic of Poland to the European Union, the constitutional norms will retain their highest legal standing, and thus prevail over Community regulations. In consequence, this creates - at least potentially - an area of conflicts difficult to resolve. It appears *prima facie* that a constitutional complaint can be effectively used to control the Community law since, as indicated earlier, according to the general formula laid down in Article 79 of the Constitution, the constitutional complaint may be applied to any legal regulation. The dispute concerning this issue is not over; it seems, however, that those who relate the constitutional complaint exclusively to internal legal regulations (i.e. passed by the Polish state authorities) are right. I also subscribe to the opinion that although the Community law constitutes part of the domestic legal order (or, to be more precise, of the prevalent legal system), it is not recognised as internal law - and not necessarily from the point of view of its sources but, above all, of its close ties to other Community regulations, of the autonomous and coherent entirety of this segment of law, and of the exclusivity of control exercised by the European Court of Justice in Luxembourg. I will not pursue this issue any further, as it touches upon a much more general question of the scope of competencies in control of constitutionality of laws exercised by the Constitutional Tribunal. The matter may be summed up with a general statement that the scope of such competencies should be limited only to the accession treaty and ratification act, and it should not include the Community's secondary law. One cannot rule out however, that such position will become truly possible only after relevant amendments to the constitutional regulations have been implemented. An entirely separate problem related to the objective scope of the constitutional complaint is the question whether annulled and no longer valid regulations should be subject to this type of control. From the practical point of view, this is obviously a problem of tremendous importance, since legal consequences of decisions founded on unconstitutional laws may prevail over long periods. The dominant rule - and not only in the Polish legal system, it seems - is that constitutional control does not extend to regulations no longer legally binding. Such rule has also been expressed in the new Constitutional Court Act of August 1st 1997 (Article 39 clause 1 item 3), which in this area is a continuation of previous regulations. This provision had been interpreted rather liberally, since the Constitutional Tribunal's jurisprudence formulated the position that a formal annulment of a regulation is not tantamount to such regulation losing its binding force, as such force has to be assigned to every legal regulation that may serve as a basis for action at present or in the future, e.g. in conformance with the provisions of intertemporal legislation .

As a result of recent amendment to the Constitutional Court Act , a crucial - if not revolutionary - change was adopted, allowing for a considerable exception to the ban on examination of legal regulations no longer valid. The new Article 39 clause 3 provides that it is allowable to institute proceedings to examine the constitutionality of a regulation, the binding force of which had been annulled prior to the passing of the relevant decision, should this prove necessary to protect constitutional freedoms and rights.

Originally, this change was to serve as an extension of the objective scope of the constitutional complaint; at the final stage of legislative work, however, the explicit reference to the constitutional complaint was removed. In consequence, the area of control over the constitutional compatibility of law has been greatly extended; it should not be forgotten, however, that this new regulation's greatest importance will demonstrate itself in the area of constitutional complaint. There had been only minimal opportunities for jurisprudence to play a role in this matter, while attempting to offer precise definitions of premises behind

the control over the constitutionality of legal regulations reaching so far into the retrospect. A noteworthy example is the judgement in case SK 15/2000, where the following statement was made, among others, with regard to Article 39 clause 3: "The premise justifying control over the constitutionality of a legal regulation lies in the proof of links between the given regulation and the protection of constitutional rights and freedoms. Such links exist if three conditions are met. Firstly, if the regulation under examination contains normative provisions relating to the area of constitutionally protected rights and freedoms. Secondly, if there is no alternative legal instrument (other than pronouncing the regulation unconstitutional) able to effect change in the legal situation which had been definitely prevalent prior to such regulation losing its binding power. Thirdly, if the potential elimination of such regulation from the legal system constitutes an effective measure to restore the protection of rights violated as a result of the prevalence of the questioned regulation".

The new formula of Article 39 clause 3 opens yet another field for conflict between constitutional principles and values. According to contemporary constitutional standards, the option of exercising constitutional compatibility control with its retroactive force affecting legal regulations no longer valid carries a threat of jeopardising legislative security and stability of long-established legal relations. I am convinced that it will be indispensable to approach the new instrument of protection with caution and prudence, since its excessive use will unavoidably lead to collisions with the crucial values encoded in the concept of a democratic state of law. An example relating to the resolution of such conflict has been provided in a recent judgement by the Constitutional Tribunal, whereby the Tribunal supported the recognition of unconstitutionality of regulations making the process of inheriting farms effective no sooner than the date of pronouncement of a judgement in such case, precisely in order to avoid the violation of a long standing rule of the European legal tradition that inheritance proceeds in conformance with regulations prevalent at the moment of opening of the will, i.e. of the testator's death.

The importance of decisions concerning the application of Article 39 clause 3 of the Constitutional Court Act will be tremendous. This conviction is well proven by the constitutional complaint, recently filed with the Constitutional Tribunal (Ref. No. SK 5/2001) and already in trial, to recognise unconstitutional the regulations on nationalisation passed during the early years of the post-World War Two period.

Finally, there is also an interesting problem of the so-called legislative negligence as a subject matter of a constitutional complaint. The problem is well known to the German constitutional doctrine, and the jurisprudence of the German Constitutional Court allows for complaints with regard to such negligence to be instituted. It would be difficult, however, to find signs of a clear-cut and unambiguous position on this issue in the Polish doctrine.

Constitutional Models Concerning the Constitutional Complaint

Interesting, yet difficult dilemmas arose with the question of admissible constitutional models. As is commonly known, there is a variety of model solutions in this field, e.g. those referring to strictly defined categories of rights, or those recognising broader areas, e.g. including rights guaranteed in international conventions, or rights only indirectly protected by constitutional provisions.

In light of the Polish model, it is indisputable that a constitutional complaint can refer only to those constitutional norms which institute guarantees for the protection of rights and freedoms. The catalogue of fundamental rights and freedoms has been laid down in Chapter Two of the Constitution; yet these regulations do not exhaust all constitutional guarantees, since certain fundamental rights and freedoms elevated to the position of principles of the state's system have been clearly defined in Chapter One of the Constitution, e.g. the freedom to form political parties (Article 11), the freedom of formation and activity of trade unions (Article 12), the freedom of press and other public mass media (Article 14), protection of marriage and the family (Article 18), the freedom of engaging in business operations (Article 20), or the protection of ownership and inheritance rights (Article 21). It is a separate question, to what extent other constitutional values translated from general constitutional norms which are assuming the character of general clauses can form an independent basis for a constitutional complaint. This concept, seeking support for constitutional guarantees in the area of more broadly perceived constitutional axiology, in the

spirit of constitution or in its general clauses, is well known in the constitutional doctrine, and has been most clearly articulated by the famous Swiss constitutionalist, Zaccario Giacometti . Here I refer mainly to Article 2 of the Constitution, expressing the principle of a democratic state ruled by law, realizing the principles of social justice. It is a typical feature of the Polish constitutional jurisprudence that the democratic state ruled by law clause had served as a basis for a number of fundamental trends in jurisprudence concerning the area of fundamental rights protection. This particular principle was the basis for the expansion of constitutional values to include, among others, the protection of acquired rights and of the so-called ongoing concerns, of confidence in the state and in any laws thereby enacted, the protection of presumptive good faith as a general rule in proceedings (*praesumptio boni viri*); an adequate *vacatio legis* prior to the coming into force of any normative act. Such basic rights as the right to a fair trial in court or to protection of privacy had been included in the catalogue of constitutionally guaranteed rights even prior to the enactment of the new Constitution, thanks, in part, to the creative development of the principle of a democratic state ruled by law. Not all rights formerly attributed to the clause of the democratic state ruled by law have been directly reflected in relevant constitutional norms. The Constitutional Tribunal detected a number of other - one might say technical - principles in the substance of Article 2 of the Constitution, related to the course of legislative process and creation of law, e.g. by expressing a conviction that in a democratic state ruled by law, legislation should be comprehensible to its addressees, and phrased sufficiently clearly to allow its application without major doubts concerning interpretation. The Tribunal also stated that upon entering into force, legal regulations should be realistically available through a proper form of publication and dissemination of official journals containing such regulations. Finally - as it has been said earlier - sufficient time must be allowed for legal regulations to enter into force following the date of their announcement; the ban on retroactivity of law comes in here as well. It seems rather obvious that these "semi-technical" rules also exert a relatively significant impact on the respect for the rights and interests of an individual. "Procedural justice", for the sake of this lecture understood rather broadly as the correctness and integrity of the actual process of drafting, amending, and implementing law, and also relating to the legislative quality of law (though not to its content) - and therefore the comprehensibility, coherence, unambiguousness of legislation etc. - plays, notwithstanding the banality of this statement, the role of an important guarantor from the perspective of fundamental rights protection. I am convinced that the matter should be approached with flexibility. In every case when a violation to procedural justice as described in Article 2 of the Constitution is being questioned, with regard to a legal regulation concerning the area of interests linked with a constitutionally protected right or freedom, also recognised as a fundamental right, the constitutional complaint should be admissible (e.g. the interference with the ownership rights based on an ambiguous regulation offering ample field for interpretative abuse is a violation of constitutional ownership rights for the specific reason that such regulation violated the standards of a state ruled by law stemming from Article 2 of the Constitution, and not because of some normative provisions or other encoded in a given legal norm). Wherever fundamental or indeed elementary requirements relating to the "quality" of law (e.g. the ban on retroactivity of law) are concerned, I would rather support the acceptability of the constitutional complaint on the autonomous basis offered by Article 2 of the Constitution. The debate on this matter is far from over, and one could well expect that a clear-cut position in this area is yet to be formed during the coming years.

Among the representatives of the doctrine, and also among the judges of the Constitutional Tribunal, one can observe rather significant discrepancies concerning the application of the rule of equality (Article 32) as an independent constitutional model justifying the complaint. Undoubtedly the matter is somehow related to the above mentioned issues of quality of law. Two contradicting positions are being presented . According to the former one, Article 32 should be used as justification for a complaint if the accusation of unequal treatment concerns a regulation relating to one of the fundamental rights guaranteed by the constitution (a variant of strict interpretation of complaint premises as laid down in Article 79 of the Constitution). In the latter one, unequal treatment is always a violation of a fundamental right *per se*, as

such right provides for the just and equal treatment of all addressees of legal norms (such complaints arise e.g. with regard to regulations in the area of social security concerning disability pension and retirement benefits, where at times relatively significant differences between various social groups can still be observed). In this particular dispute I support the latter position, since I am deeply convinced that inequalities - i.e. discriminatory treatment of selected social groups - always translates into violation of a constitutional value of fundamental importance, namely the imperative of fair law, which is an inseparable component of a democratic state ruled by law (this is asserted in particular in Article 2 of the Constitution, which - alongside the clause on the democratic state ruled by law - also provides the imperative for the state to realise the postulate of social justice).

Most intense disputes and controversies, however, arise with regard to constitutional norms which regulate the protection of the so-called social and economic rights. In this field, we encounter a particularly high number of constitutional norms that may be perceived as blank and of very general nature, that actually transfer the burden of shaping the content of the various laws onto statutory norms. Article 81 indeed states that rights defined in Article 65 clauses 4 and 5 (protection of minimum wage and full-time employment), Article 66 (right to a safe and hygienic workplace, to holiday leave, and to days free from work), Article 69 (social support for the disabled), Article 71 (assistance for families in difficult financial conditions and maternity benefits), and in Articles 74-76 (concerning environmental protection, housing needs coverage, and consumer protection) can be asserted exclusively within boundaries specified by a statute. Concurrently, however, there exist other social rights, which have not been listed in this catalogue, although the Constitution itself refers to ordinary Acts of Law for their more precise content (e.g. Article 65 - freedom of the choice of profession, Article 67 - right to social security, Article 68 - health care rights). It can be thus concluded that the Constitution itself differentiates between the various categories of social rights according to the degree of precision in the content of the law and the intensity of constitutional guarantees. In consequence, according to these criteria, three levels of regulations concerning these rights can be distinguished, namely: a) the level of full constitutional guarantee (e.g. freedom of artistic creativity and scientific research - Article 73, health care rights - Article 68 clause 1, and right to education - Article 70 clause 1: the existence of a universal system of protection of these latter rights stems directly from the Constitution, and does not depend on any statute, which - on the other hand - may define the form of providing health benefits or ensuring primary schooling); b) the level of protection based in part on constitutional guarantees (e.g. freedom in the choice of employment and occupation - an ordinary statute may define exceptions to the rule; tuition-free education in public schools - a statute may, nevertheless, define the scope of university-level educational services provided for tuition - Article 70 clause 2); c) the level of protection placed entirely within ordinary legislation (all the above mentioned rights specified in Article 81 can be asserted exclusively within the boundaries laid down in the statute).

Under these circumstances, it is necessary to pose an essential question whether one can indicate constitutional models when following a constitutional complaint, especially with regard to the second and third categories of social rights. To what extent and in what sense can one refer to the principle concerning freedom in the choice of occupation, for example, if a statute is to define exceptions; or to consumer rights and environmental protection, if the content of such rights is - in conformance with the Constitution itself - fully determined by the provisions of ordinary statutes? I wish to express a conviction - still open for dispute - that each and every social right included in the catalogue of constitutional rights, regardless of the adopted level of constitutional protection guarantee, can serve as a constitutional pattern in constitutional complaint proceedings. It is not whether such protection exists at all, but what level of this protection may be "constitutionally demanded" from the legislator, that is the very essence of the question. No constitutional norm can be regarded as deprived of its proprietary normative content and fulfilling the sole function of ideological proclamation. A different opinion in this matter would have to entail a return to purely ideological concepts, and to constitutions of the communist era, empty in their normative content. In consequence, seeking a rational approach in weighing constitutionally guaranteed

rules and values, one should distinguish between the level of protection applied to the various categories of social rights. It is quite unique, for example, that the fact of fulfilling a constitutionally guaranteed right by an ordinary statute cannot be subjected in its entirety to the legislator's arbitrariness or discretion. In one of its decisions regarding a constitutional complaint, the Constitutional Tribunal actually emphasized that a reference to an ordinary statute is equal to the obligation on the part of the legislator to introduce such regulations that would best optimise - in given social and economic conditions and taking into consideration the principle of social justice - the content of specific social tools or mechanisms . Adopting such a path in interpreting the Constitution, I would be consistent in not excluding the option of referring - in a constitutional complaint - to constitutional models representing the lowest level of social guarantees, including those described in Article 81 of the Constitution. At stake here is, above all, the guarantee of the existence of law itself, and not its specific substance or content, since the latter have been - by the will of the constitutional legislator - set at the level of ordinary statutes. An entity benefitting from the minimum wage guarantee cannot effectively question, through claims directed against the state, the level of such remuneration defined in relevant legal regulations, he or she could, however, effectively refer to constitutional protection - i.a. via constitutional complaint - in the absence of any regulation binding employers with regard to mandatory minimum wage.

Obviously, one should not overlook the fact that the choice of one interpretation format over the other is closely related to the axiological concept of a contemporary democratic state. The sphere of protection of the weakest social groups seems to be firmly rooted in the foundations of the modern state and this trend has a strong presence in the countries of the European Union (not by accident has the protection package social and economic rights found its way into the Basic Rights Charter of the European Union). The interpretation of constitutional norms should always recognise the entirety of the axiological order stemming from constitutional standards and based upon a number of key principles relatively clear in indicating that Poland is displaying features of a social state to a considerable extent. This is indicated by the imperative of social solidarity, potentially arising from Article 1 of the Constitution ("The Republic of Poland shall be the common good"), from the principle of social justice (Article 2), or from the constitutional concept of social market economy (Article 20) . In no case, however, may the interpretation of the above mentioned principles mean a return to the concept of vulgar egalitarianism, or the formation of a fictitious enactment of the rule "to everyone according to their need". The actual purpose is that of restraining egoism, and of providing the public authorities with a general operational direction. It should also be noted that, particularly in reference to this category of rights, the postulate that the Constitutional Court show necessary moderation and refrain from forcing a specific vision of social justice upon the entire society - is particularly timely and relevant .

Closing the theme of constitutional model, it would be worthwhile to signalise issues related to the fact that the Constitutional Tribunal is bound by the scope of constitutional complaint, also in reference to constitutional models. I believe that the Polish constitutional practice is excessively rigorous in this area for no sound reason. Whenever arguments quoted to support the complaint are indicative of a possibility, or indeed justifiability, of founding constitutional accusations on constitutional models other than those clearly provided, it would seem highly justified for the Constitutional Tribunal to undertake an analysis of the controlled regulation from the perspective of unjustly neglected rights. Particularly in the area of fundamental rights and freedoms do we encounter rights supported concurrently by a variety of constitutional norms . Restricting control functions to the examination of a sole aspect of a guaranteed right limits opportunities for action recognising a broader context of constitutional axiology.

Effects of Judgement in the Objective Scope of the Constitutional Complaint

The originality of the Polish model of constitutional complaint is manifested i.a. in the nature of the effects of constitutional complaint judgements. Any case, albeit specifically rooted in a dispute taking place earlier before a common or administrative court, when examined before the Constitutional Tribunal, is converted into a dispute concerning the constitutionality of law, not the soundness of a specific decision. Thus, a judgement of the Constitutional Court does not in any way differ from decisions issued

in other proceedings instituted in the course of so-called abstract control: it is but a verdict concerning the constitutionality or unconstitutionality of a controlled legal regulation, not a decision relating to facts or their proper subsumption. Thus, the factor that evidently distinguishes the Polish complaint model is related to the nature of abstract control applied in actual proceedings before the Constitutional Tribunal, and therefore in separation from the circumstances of a specific case. It is relatively obvious that a judgement in a constitutional complaint case carries universally binding power - thus, if it declares constitutional incompatibility of a regulation, it effects the elimination of such regulation from the legal order as of the date of the judgement's proclamation. Such effect, according to prevalent opinion, acts to the benefit of the future (*pro futuro*), and therefore does not signify invalidity of a given regulation since its coming into force (*ex tunc*), which would evoke tremendous legal chaos and undermine public confidence in the law. What are, therefore, the benefits enjoyed by a victorious appellant in a dispute before the Constitutional Tribunal concerning unconstitutionality of a law? The appellant's benefits are related to the limited retroactivity of the Tribunal's judgement, consisting in an option to annul by retrial a decision passed formerly (by a court or an administrative authority) on the basis of a constitutionally incompatible piece of legislation. But at the same time - and this is unique in the Polish solution - the opportunity of re-instituting proceedings and altering a former decision is made open not only to the appellant (a natural consequence, since the appellant's action caused the elimination of an unconstitutional norm), but to any other entity who had encountered a similar situation (i.e. a decision had been passed in such other entity's case by virtue of an unconstitutional regulation), which is by no means an obvious solution. This broadly defined (in subjective terms) result of a judgement to the effect of unconstitutionality of a legal regulation accentuates ever stronger the individual and the public or general purpose of the constitutional complaint. The scale of retroactivity of the judgement in the subject matter of the constitutional complaint may indeed give rise to certain doubts, already expressed in a variety of literature in the past. It has been very correctly pointed out that the benefits stemming from the limited retroactivity of a judgement should be enjoyed primarily by the entity who - in his or her individual action - ensured a decision to the effect of unconstitutionality of a regulation. In such cases, there exist particularly firm axiological premises for sacrificing the values of certainty of law and stability of legal relations for the sake of protecting the rights of the entity who had instituted proceedings. On the basis of *legis latae fundamentalis* it does not, however, seem possible to restrict the application of Article 190 clause 4 of the Constitution (describing the basis for retrial to the purpose of annulling a constitutionally incompatible decision) to entities filing constitutional complaints only.

As a side comment one could only add that such individual and yet public nature of interest protected via a complaint enables a continuation of proceedings even if the appellant had died before their conclusion. This is a logical consequence of the fact that the Constitutional Tribunal's judgement is separate in its legal effect from the specific case which had been the source of instituting the proceedings before the Tribunal.

Interpretation-Related Judgements vs. the Constitutional Complaint

As emphasised before, one of the most characteristic features of the Polish constitutional complaint model, actually differentiating it from the solutions adopted in the majority of other countries applying this instrument (Germany, Spain, and Slovenia, among others), is the elimination of any complaints against erroneous or unconstitutional application of law. Such solution may obviously be recognised as strongly disputable, since the very objective of the complaint is to protect constitutionally guaranteed rights and freedoms, and from the perspective of the protected entity it is of no consequence whether the guarantees due are violated as a result of erroneous application of law, or of the correct application of unconstitutional regulations. The Polish solution carries two crucial advantages, which must not be overlooked. Firstly, the Polish model is consistent, given the function of the Constitutional Tribunal as a court judging the law rather than facts. Secondly, it enables a more distinct separation of the scope of competencies between common courts and the Constitutional Tribunal; the former are responsible for the

definition of the content and for enforcement of valid legal regulations in conformance with the adopted rules of interpretation, while the latter has the exclusive competency to pronounce the constitutional compatibility of a given legal regulation. Against the background of such model, the extraordinary and subsidiary nature of the complaint, which cannot under any circumstances be treated as a measure of appeal, i.e. a third or fourth instance, is much more pronounced. Moreover, it cannot be concealed that the faulty use of the complaint as an extraordinary cassation measure constitutes one of the most frequent reasons for refusal to proceed further with a filed complaint.

In model terms, the Polish solution is unambiguous and clear-cut. It turns out, however, that this model - while clear in the theoretical sense - does not seem equally transparent in practice, since there exists an area of collision between the spheres of constitutional compatibility examination and of correct application of law. This area is marked by the scope of application of the so-called interpretation-related decisions, the essence of which consists in the recognition of constitutionality of a given regulation, however, under the condition of its specific understanding. When passing such decision, the Constitutional Tribunal relies on two premises: firstly, on the assumption of constitutionality of the regulation; secondly, on the principle of interpreting law in conformity to the Constitution, which in turn translates into an ever-present imperative of seeking - given several possible interpretation scenarios - such comprehension of the norm that can be reconciled with constitutional principles and values. Undoubtedly, the Tribunal thus enters the area of application of law, but - as has been emphasised in Constitutional Tribunal's jurisprudence - this should be exceptional, and cannot relate to regulations with a clearly defined format of interpretation in court jurisprudence and in doctrine. Briefly speaking, interpretation-related jurisprudence should not serve as a basis for the rejecting of such meaning of a legal regulation that had been formerly adopted, i.e. for the rejection of any previously adopted trends in jurisprudence. Undoubtedly, though, the intention of an interpretation-related decision is to make the relevant interpretation binding to courts, and to eliminate those options in interpretation which could lead to a conflict between law and constitutional principles and values. However, how does this relate to the constitutional complaint? An interpretation-related judgement adopting a different meaning of a given regulation than that formerly serving as a basis for the final decision in the source case for proceedings before the Constitutional Tribunal indeed means that in the appellant's case, law had been applied erroneously in proceedings prior to the complaint being filed with the Constitutional Tribunal, and thus the proceedings before the Constitutional Tribunal are an attempt at correcting such error rather than at eliminating such regulation as constitutionally incompatible. Such cases may be exceptional in nature, but have already occurred in judicial practice, and may signal of a breakthrough in the perception of the constitutional complaint as a measure serving the sole purpose of eliminating norms incompatible with the Constitution.

The consequence of such judgements is not fully transparent either, particularly with regard to the question whether such decisions may - as per Article 190 clause 4 of the Constitution - serve as a basis for retrial and annulment of any former final judgement which, based on unconstitutional interpretation, violated the appellant's rights. I am deeply convinced that - given the particular function of the complaint - more openness to such interpretation of Article 190 clause 4 (on retrial) is fully justified and compatible with the constitutional complaint logic.

The Up- and Downsides of Polish Constitutional Complaint Model

The above presented crucial problems, controversies and doubts concerning the Polish model of constitutional complaint seem to be supporting a statement that the applied solutions are rather difficult, and perhaps present too high an obstacle to the potential addressees of this instrument, willing to use it to defend their own rights and freedoms.

Statistics for the first years of the constitutional complaint in the judicial practice of the Polish Constitutional Tribunal may indeed be a cause for concern: although the impressive number of 526 constitutional complaints have been examined since the introduction of this instrument, only 26 judgements containing a meritorious response to accusations of unconstitutionality of laws have been

passed; and of these as few as 9 contained solutions favourable to the appellants.

Additionally, we should bring up the lack of any direct results of such judgements in the area of the appellant's rights, since in light of the adopted model it will be necessary to re-institute proceedings to annul a former decision or judgement detrimental to the appellant. This frequently translates into a further complex and certainly time-consuming path before the judgement of the Constitutional Tribunal can be finally "consummated" in accordance with the appellant's interest. Such a scenario can be discouraging even to the most avid supporters of the constitutional complaint, as the perspective of reaching the desired goal seems to be fairly obscure and uncertain. In some respects, the path itself seems to be even more complicated than the filing of a complaint before the Human Rights Tribunal in Strasbourg, and in any case very similar with regard to the degree of difficulties (the necessity of exhausting all other legal measures available). The advantage of filing a complaint with the Human Rights Tribunal, on the other hand, is the option of accusing domestic authorities of malpractice in their performance and of improper application of law as such, and thus not only the law itself.

Are we then facing an instrument of pure mirage, a counterfeit legal protection measure - or perhaps the complaint plays (or can play) a crucial role in the protection of rights and freedoms? In consequence, is the typical constitutional complaint model as applied in the European countries not a better and more effective solution, providing an opportunity for filing a complaint against the actual judgement or other decision flawed by erroneous and unconstitutional application of law?

Notwithstanding the above, it seems that the overall assessment of the Polish constitutional complaint model is not that negative, if all the actual functions of this legal instrument were to be recognised. In any legal system, the constitutional complaint has to remain a special and extraordinary measure. It goes without doubt that also in those legal systems where the constitutional complaint includes accusation of erroneous application of law, and therefore is potentially much broader, it has to be subjected to far-reaching selection during the introductory proceedings. It may be assumed that in the Polish system the selection criterion is applied by the legislator, whereas in other systems it depends more on the position of the constitutional court, on its greater or lesser openness, and on the overall focus on one or another scope of issues. In a certain sense, the Polish model thus restricts - potentially, at least - the field for arbitrariness in decision. In extreme contrast to this solution is the American model, by which the matter of case selection itself is always subject to a decision of the Supreme Court. Does this, however, ensure higher efficiency in the protection of constitutional rights? The tediousness of the Polish solution, stemming from the multiple levels of proceedings (the Constitutional Tribunal's judgement still needs to be followed by retrial) is - on the other hand - compensated by a more rapid examination of filed cases: the average time span of constitutional complaint proceedings ranges from 6 to 12 months, a relatively short period for a European constitutional court.

Selectivity and poor availability of constitutional complaint forms, in a sense, part of this legal instrument. In light of such features it will never become a commonly available and widely open measure of legal protection. The evaluation of this institution, however, should recognize the fact that the constitutional complaint has been introduced as an instrument for stimulating civic initiative in the forming of a proper legal system and of standards for a democratic state ruled by law, rather than as a measure of protecting a particular interest related to a specific violation of a right or freedom. This factor of general or public interest in the use of the constitutional complaint is of fundamental importance, and only considering this aspect can its sound assessment be performed. I am convinced that the Polish model, evaluated from this particular perspective, has been positively appraised. This institution is gradually making its way into the legal system, and one can be almost certain that in the not-too-distant future, proceedings instituted by the constitutional complaint will predominate in the judicial practice of the Constitutional Tribunal.

While commending the Polish model of constitutional complaint, one has to but notice its very serious flaw, namely the necessity for the appellant to pass numerous procedural stages before finally reaching the desired target, i.e. the elimination of the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom. I

believe that while retaining the fundamental elements of this model, it could be significantly simplified by enabling - at least in certain obvious situations - the Constitutional Tribunal to directly amend or annul the decision which had given grounds for filing the constitutional complaint. I am confident that a relevant legislative measure could be introduced with no need to amend the Constitution. The issue, however, is decidedly controversial.

And, finally, the last issue. There is a certain sensitive tension between the various courses which ultimately lead to the founding of a final judgement in a given case on a constitutional regulation.

Undoubtedly one of such "methods" is the juridical question (Article 193 of the Constitution), which may be filed with the Constitutional Tribunal by the adjudicating bench deciding a specific matter, should they develop doubts as to the constitutionality of regulations recognised as the basis for such decision. Such method could, in a certain sense, act preventively towards the constitutional complaint, since the constitutional problem would thus be resolved at an earlier stage, that of court proceedings. To date, despite the broadly structured premises of juridical question and the admissibility of such question being filed by any adjudicating bench, this measure is applied only in an approximate dozen cases per annum. The direct application of the Constitution by the adjudicating court is an alternative to the juridical question. This measure cannot be excluded, under one condition, however, that the direct application of the Constitution (while provided *expressis verbis* in the Constitution itself, in Article 8 clause 2) will not lead to the refusal by the adjudicating court to apply the regulations of a valid statute. Such authority is reserved - according to the prevalent opinion - as an exclusive competence of the Constitutional Tribunal. The practice is at times somewhat different, and gives rise to serious concerns regarding the coherence and stability of the legal system. This has been confirmed in the famous judiciary dispute concerning remuneration, in which local courts applied a constitutional norm directly (Article 187 clause 2 on remuneration due to judges and reflective of the dignity of the office) in order to award judges higher remuneration than that provided for in statutory regulations .

A more general reflection lends itself in the summary. The permeation of the Constitution into the overall legal system, a certain "constitutionalisation" in the way of thinking about the law and its application, and the transfer of constitutional axiology onto the level of ordinary legislation - all constitute a true breakthrough in the functioning of law in Europe of the post-war period, and in our part of it - after 1989. However, this phenomenon carries certain negative implications which, in case of lack of judiciary self-restraint, lack of caution and prudence in the interpretation and application of law, and lack of self-control among judges, to say it directly - may open way for elements of anarchy in law, or jeopardise its solidity and stability at the very least.

Резюме

Рассмотрение конституционных жалоб, предусмотренное Конституцией 1997г., открыло новую стадию в деятельности Польского Конституционного Трибунала.

В своем докладе автор выделил важные и актуальные проблемы, связанные с конституционной жалобой. Одной из важных и трудных проблем является то, что в Конституции дается очень широкая формулировка: каждый правовой акт может быть предметом конституционного контроля на основе индивидуальной конституционной жалобы. Это формулировка в принципе отличается от п. 3 ст. 188 Конституции, которая предусматривает в качестве предмета конституционного контроля на основе конституционной жалобы исключительно законодательство, принятое центральными государственными органами. Это приводит к возникновению серьезных разногласий в вопросах о допустимости конституционных жалоб, в которых оспариваются акты местных органов.

Другой важный и интересный вопрос, выделенный автором, - это осуществление на основании индивидуальной жалобы контроля и по отношению к международным договорам.

Более сложную проблему представляет из себя вопрос, который будет актуален в скором будущем, - это вопрос о допустимости конституционных жалоб, оспаривающих право сообществ. По этому вопросу еще ведутся споры, и, по мнению автора, те, которые утверждают, что по конституционным жалобам можно оспаривать только внутригосударственные акты, правы.

Другая проблема связана с возможностью оспаривания конституционности акта, который больше не действует. Согласно закону от 1 августа 1997 года “О Конституционном Трибунале”, конституционный контроль не осуществляется по отношению к актам, потерявшим свою силу. В следствие недавней поправки к этому закону, разрешается осуществление конституционного контроля по отношению к актам, которые потеряли свою силу до вынесения соответствующего решения.

В польской модели конституционной жалобы неоспоримо то, что конституционная жалоба относится только к тем нарушенным конституционным нормам, которые предусматривают гарантии защиты фундаментальных прав и свобод. Фундаментальные права и свободы перечислены в главе 2 Конституции.

Еще одна интересная проблема - это, так называемая, небрежность законодателя как предмет индивидуальной конституционной жалобы. Эта проблема нашла свое решение в конституционной доктрине Германии, чего нельзя сказать о польской доктрине.

Важно отметить тот факт, что Конституционный Трибунал ограничен рамками конституционной жалобы. Автор уверен, что польская конституционная практика очень строга в этом вопросе.

Самая характерная черта польской модели конституционной жалобы, которая отличается от моделей других стран, - это неприемлемость любой жалобы против неправильного или неконституционного применения закона.

Польская модель имеет два характерных преимущества.

Во-первых, польская модель очень последовательна в том, что наделяет Конституционный Трибунал полномочиями суда, который не рассматривает фактические обстоятельства дела.

Во-вторых, проводится четкое разграничение компетенций Конституционного Трибунала и обычных судов.

Выше приведенные практические проблемы, споры и сомнения относительно польской модели конституционной жалобы подтверждают, что существуют большие препятствия для потенциальных заявителей, которые хотят защитить свои права и свободы.

Согласно статистике первых лет существования института конституционной жалобы в судебной практике Конституционного Трибунала Польши, из 526 конституционных жалоб только 26 содержат положения о неконституционности законов, и только 9 из них содержат благоприятные для заявителей решения.

Говоря о польской модели конституционной жалобы, нельзя игнорировать проблему, которая состоит в том, что заявители должны пройти через множество процедурных стадий до окончательного достижения намеченной цели, то есть восстановления нарушенных прав и свобод.

В некотором смысле путь обращения в Конституционный Трибунал труднее, чем обращение в Европейский суд по правам человека. И с другой стороны, преимущество подачи заявления в Суд по правам человека состоит в том, что это в тоже время является способом обвинения местных уполномоченных органов в незаконности их действия и в ненадлежащем применении права как такового, а не только закона.

Б.А. Страшун
Начальник управления Конституционного Суда
Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор,
Заслуженный деятель науки Российской Федерации

ПЕРСПЕКТИВЫ ДЕМОКРАТИИ И КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ

Демократия, основанная на массовом политическом участии, есть порождение западной – европейской и затем североамериканской - политической и правовой культуры. Она обусловлена объективно развитием частной собственности и рыночных отношений, а с субъективной стороны – возобладавшей в этих регионах индивидуалистической социальной психологией. Последнюю не надо понимать примитивно: она отнюдь не исключает, но даже предполагает сотрудничество и солидарность между людьми, однако ориентирует человека на использование для достижения успеха в жизни главным образом собственных сил и способностей.

С конца XVIII в. в странах указанных регионов, обобщенно именуемых обычно Западом, где к этому времени завершался процесс складывания гражданского общества, стали приниматься конституции – высшие законы, образующие основу правовой системы каждой страны и призванные гарантировать гражданское общество и его членов от самовластья государства. Эта практика к настоящему времени приобрела глобальный масштаб: страна без писаной конституции сегодня представляет собой редкое исключение. Более того, содержание конституций все более унифицируется. Основной его блок образует развивающаяся система прав и свобод человека и гражданина и гарантий их защиты, а система публично-властных органов, составляющая второй необходимый блок содержания конституций, опирается в той или иной степени на основополагающий принцип разделения властей, который предполагает их взаимное уравновешивание и тем самым исключение диктата одной из них. Таким путем конституции гарантируют защиту человека от возможного произвола публичной власти и способствуют рациональной организации последней.

Уже к концу XIX – началу XX вв. объем правового регулирования общественных отношений в более или менее развитых странах мира возрос настолько, что потребовались особые гарантии защиты самих конституций от искажений и извращений в текущем нормотворчестве. Обеспечению таких гарантий стали служить административная, а затем и конституционная юстиция. Хотя возникновение судебного конституционного контроля датируется обычно 1803 годом, когда было вынесено известное решение Верховного суда США по делу Марбери против Мэдисона, заметное развитие даже в США такой контроль получил значительно позже – несколько десятилетий спустя. Ныне конституционный контроль стал почти непременным атрибутом демократической государственности и в большинстве государств осуществляется специализированной конституционной юстицией.

Необходимо, однако, отметить, что, хотя западный конституционализм распространился и на регионы Востока и Юга нашей планеты (при всей условности такого выделения), в этих регионах он, как правило, носит верхушечный, подчас чисто декоративный, характер. Реальные публично-властные, а нередко и частно-правовые, отношения обычно в этих странах не соответствуют конституционной модели. Да и у нас в России функционирование власти отнюдь не редко отклоняется от конституционных предписаний, причем не только в регионах, но и в центре. Одна из главных причин такого явления видится в том, что народы этих регионов еще не восприняли или восприняли далеко не полностью западные образцы политико-правовой культуры, их социальная психология недостаточно прониклась или совсем не прониклась демократическим мышлением.

Представляется, что у нас главная причина фиктивности ряда конституционных положений имеет именно социально-психологическую природу. Население наше привыкло за многие

столетия кормиться из рук государства, которое кормило хотя и скудно, но все же большей частью надежно. При этом государство традиционно рассматривается как чуждая человеку сила. К самоуправлению же привычка не выработалась - хлопотно, ответственно, а результата добиться почти невозможно: чиновники прочно блокируют всякую хозяйственную и социальную самостоятельность, демократически выдвинутые к руководству и демократически же избранные люди часто обнаруживают склонность злоупотреблять своим положением и полномочиями. Минувшие 10 лет показали, что для становления в широких масштабах малого бизнеса и обладающего демократическим самосознанием среднего класса, достаточно многочисленного, чтобы определяющим образом влиять на политические отношения, этот срок в нашей стране слишком мал. Нельзя не видеть продвижения в желаемом направлении, но слишком оно медленное, слишком еще густы “джунгли российской демократии”, сквозь которые самостоятельному человеку пробиться очень и очень трудно. Становится все более очевидно, что создание подлинной социальной рыночной экономики, подлинно демократического и правового государства – дело не одного поколения.

На сегодня в России в основном сформирована демократическая инфраструктура, т.е. установлена система институтов, через которые может осуществляться самоуправление общества на всех уровнях. Конституционная юстиция занимает в этой системе важное место. Сама Конституция Российской Федерации сегодня содержит еще во многом желаемое, а не действительное. Давая общеобязательное толкование Конституции, применяя ее к оценке наиболее значимых нормативных актов, прежде всего законов, Конституционный Суд Российской Федерации существенным образом содействует воплощению в жизнь прав и свобод человека и гражданина, формированию общественной жизни на принципах права, справедливости, демократии, последовательному обращению государства на службу интересам человека и общества и соответствующему развитию всей государственности. Такую же роль играют и конституционные (уставные) суды, созданные рядом субъектов Российской Федерации. Примечательно вместе с тем, что руководители большинства субъектов нашей федерации вовсе не спешат создавать такие суды, не желая лишнего контроля над собой. В одной из республик – субъектов Российской Федерации созданный первоначально Конституционный Суд был упразднен, т.к. мешал тогдашнему Президенту этой республики. Конечно, не все решения конституционной юстиции с данной точки зрения безупречны, однако подавляющее большинство их защищает действительный смысл конституционного законодательства и имеет, помимо чисто правового, важное воспитательное значение и для населения, и для чиновников.

В течение первых 10 лет своего существования Конституционный Суд Российской Федерации, возникший, можно сказать, на пустом месте, накопил уже значительный опыт. Если обратиться к результатам его деятельности, необходимо прежде всего отметить большое число правовых позиций, сформулированных в его решениях, без изучения и учета которых уже невозможно правильное понимание и применение российской Конституции. Сейчас все сильнее ощущается назревшая необходимость всеохватывающей систематизации этих правовых позиций, которые в своей совокупности представляют собой, по сути, нормативную основу теории конституционного права России. Такой теории ранее просто не могло быть, потому что в советское время конституция практически рассматривалась не как юридический регулятор поведения людей, органов власти и иных организаций, а как политическая декларация, обращенная главным образом вовне. Что же до теории, то так называемая наука государственного права представляла собой набор преимущественно идеологических суждений, во многом оторванных от жизни, не имевших никакой практической опоры в юриспруденции, за исключением разве что тезиса о “руководящей и направляющей роли коммунистической партии”, посредством которого политически обосновывалась диктатура руководства КПСС. Сегодня же Конституция Российской Федерации – реально действующий (хотя, как отмечено, еще не в полной мере, но все более широко) юридический документ, непосредственно применяемый судом, и

российская наука конституционного права – реальная наука, ставшая таковой в значительной мере благодаря деятельности Конституционного Суда и объективному изучению мирового опыта.

Справедливость, правда, требует отметить, что само появление специализированной конституционной юстиции вообще и российской в частности – результат воздействия теории на практику. Как известно, первый конституционный суд был создан в Австрии после Первой мировой войны по инициативе профессора Ханса Кельзена, ставшего затем одним из первых конституционных судей. И не случайно в России, как и в ряде других европейских государств, большинство конституционных судей – это профессора права.

Но судебная практика Конституционного Суда Российской Федерации проявила себя за истекшее десятилетие не только как средство правовой защиты федеральной Конституции от извращения текущим нормотворчеством, не только как вклад в создание и развитие теории конституционного права. Она решала и, к сожалению, вынуждена продолжать решать задачу защиты самой конституционной юстиции от непрекращающихся попыток ее ликвидации тем или иным способом. Здесь опять-таки сказывается феодальная психология многих наших политиков и чиновников, для которых суд, если он независим и решает не всегда в их пользу, – институт неудобный, даже вредный. А Конституционный Суд, кроме того, еще вызывает ревность других высших судов, особенно Верховного Суда Российской Федерации, который традиционно возглавлял всю судебную систему и теперь, утратив это положение, время от времени предпринимает вторжения в сферу конституционной юрисдикции.

Такова картина нынешнего дня. В перспективе есть все основания ожидать, что психология российского общества будет и далее эволюционировать в направлении восприятия тех ценностей, которые сегодня признаны обществом в наиболее развитых странах, прежде всего прав и свобод человека и гражданина. Однако процесс этот не может быть скоротечным: вероятно, он займет время жизни не менее двух поколений. Что же касается судеб демократии, то представляется, что пользование этими правами и свободами будет становиться все более рациональным. Это позволит преодолеть ряд противоречий, существующих между объективными общественными потребностями и общепризнанными принципами демократии. Одно из основных таких противоречий заключается в том, что законодательная власть, а во многих странах и политическая верхушка власти исполнительной формируются в результате реализации всеобщего и равного избирательного права, тогда как функции государственной власти в силу своего многообразия и сложности требуют для принятия решений высокой профессиональной подготовки. Похоже, что приступить к разрешению этого противоречия придется еще до того, как государство наше полностью обретет правовой характер.

В странах с давними демократическими традициями политические партии, участвующие в формировании законодательной власти, стремятся укомплектовать депутатский корпус разного рода необходимыми специалистами, способными профессионально оценить варианты предлагаемых решений и обеспечить грамотную подготовку законодательных текстов. У нас же, как и во многих других странах “молодой демократии”, партии при подборе кандидатов в состав законодательных органов следят главным образом за их политической (и подчас финансовой) лояльностью, в результате чего качество законодательства зачастую оставляет желать много лучшего, не говоря уже о том, что нередко законоположения принимаются в интересах весьма узких групп (“олигархов” и т.п.).

В странах давней демократии позволяют себе формировать правительства по чисто политическому признаку, поскольку в любом ведомстве состав чиновников-профессионалов, сформированный на конкурсной основе, остается неизменным, как бы ни перетасовывались непрофессиональные руководители этих ведомств. Никакого необоснованного радикализма в их деятельности, никаких безграмотных вторжений в нее профессионалы просто не допустят. У нас же конкурсный принцип подбора кадров до сих пор остается на уровне идеи, и поэтому при формировании корпуса руководителей ведомств и даже всего Правительства приходится, как в

советские времена, наряду с политическим критерием по существу и даже в первую очередь обязательно учитывать также профессиональный. Само по себе это, может быть, и неплохо, но при таком подходе руководитель ведомства, особенно выросший в его системе, нередко замыкается в ведомственной проблематике и оказывается неспособным заглянуть за ведомственный горизонт, отдает предпочтение ведомственным интересам перед интересами общества и государства. Правительства как органа для управления делами всего общества тем самым не получается: каждый его член, - по выражению К. Маркса, частичный работник, а коллегия из частичных работников не образует целого работника.

Особенно опасно такое наследие советского периода, как соединение в руках некоторых правительственных ведомств функций политического и хозяйственного управления, как это получилось с так называемыми естественными монополиями. Хорошо, что теперь начали отделять одно от другого, но процесс отделения еще не завершен, и заметно, что он встречает весьма сильное сопротивление.

Низкий уровень заработной платы служащих административного аппарата, компенсируемый в некоторой мере социальными льготами (вызывающими раздражение населения), служит одной из главных причин, хотя, может быть, и не самой главной, широко распространенной коррупции. Считают даже, что масштаб взяток сопоставим сейчас с совокупным доходом государства. Особенно опасна коррупция в так называемых правоохранительных органах, которые, к сожалению, не столь уж редко действуют противоположно своему предназначению. Аппарат публичной власти постоянно иницирует или непосредственно производит нормативное регулирование, направленное на нарочитое усложнение условий жизни людей, чтобы вынудить их обращаться за административными услугами все чаще и ко все большему числу чиновников, вымогающих взятки и поборы.

Все эти проблемы порождены преимущественно отсутствием или недостатком общей, политической и правовой культуры общества. И пока необходимый ее уровень не будет достигнут, любые законодательные и организационные меры, направленные на борьбу против коррупции и чиновничьего самовластья, будут результативны не более, чем частично, хотя, конечно, принимать и проводить в жизнь такие меры нужно последовательно и неуклонно. Однако похоже, что жизнь не оставляет времени для ожидания. Хотим мы того или нет, но общество наше уже начало вступать в постиндустриальную стадию развития, и создание адекватной системы управления становится насущной задачей.

По объективным причинам наиболее профессиональна судебная власть. Правда, в России и здесь есть большие проблемы, связанные с тем, что сегодня еще большинство действующих в составе судебной власти юристов, особенно на средних и высших уровнях судебной системы и прокуратуры, получили образование в советское время и далеко не все из них смогли обрести знания и профессиональную психологию, которые необходимы в условиях рыночной экономики и политической демократии. Несмотря на то, что прокуратура всегда была и остается централизованной системой, а все суды, кроме конституционных (уставных) судов субъектов федерации и мировых судов, стали судами федеральными, независимость суда и прокуратуры нередко остается на бумаге, поскольку судьи и прокуроры еще слишком часто оказываются вовлеченными в систему неформальных (клановых и им подобных) связей. В этих условиях сами гарантии независимости судейского корпуса, включая его самоуправление, подчас облегчают служебные злоупотребления. Это не значит, что такие гарантии надо упразднить, они как раз представляют собой важное завоевание демократии, но это значит, что необходимо принять меры к тому, чтобы деятельность юстиции была в максимально возможной степени прозрачна.

Тем не менее именно судебная власть, как в истории это особенно ярко показал опыт Англии, а ныне показывает опыт Израиля, способна стать главным рычагом внедрения правовых начал на всех уровнях организации и во всех сферах жизни российского общества. Число юристов, сознающих социальную роль своей профессии и стремящихся обратить ее на благо общества, хотя

и не быстро, но растет. Суды все чаще ищут источник идей для разрешения правовых конфликтов не только в текущем законодательстве, но и в Конституции Российской Федерации, которая имеет богатый и далеко еще не использованный потенциал преобразования общественных отношений на базе основополагающих принципов права.

В такой социальной среде особенно велико значение конституционного правосудия. Именно оно ориентирует всех правоприменителей на последовательную реализацию принципов и норм Конституции, разъясняет смысл ее положений и корректирует в необходимых случаях текущее законодательство. Поэтому вряд ли можно сомневаться в том, что в наступившем столетии конституционное правосудие в нашей стране будет обретать все большую силу и значение (если, разумеется, не произойдет откат к авторитаризму, отдельные признаки которого мы сегодня, к сожалению, наблюдаем). Подобная перспектива “светит”, как представляется, и другим ветвям судебной власти, которым, впрочем, еще предстоит рационализация организации и деятельности.

Я бы осмелился сказать больше: скорее всего именно судебная власть станет тем ядром, вокруг которого кристаллизуется система власти, именуемая сегодня меритократией (властью по заслугам). Думается, именно такая система адекватна условиям постиндустриального, или, как его еще называют, информационного общества, и она придет на смену формально представительной демократии. Конечно, нам в нашей стране еще эту систему предстоит разработать и отрабатывать, но если мы попытаемся заглянуть дальше в будущее, то неизбежно должны задуматься над задачей преодоления существенных недостатков принятых в современном мире демократических форм публичной власти. Думается, что отмеченные выше постоянно растущая сложность общественных отношений, характеризуемая ныне условиями постиндустриального общества в наиболее развитых странах, и противоречащая этому формальная открытость публичной власти для участия всех взрослых граждан в создании ее органов будут заменены конкурсным формированием органов законодательной и исполнительной власти из числа разного рода профессионалов. Как некогда условием участия в выборных органах и даже в выборах было наличие у человека определенной массы имущества, так в достаточно близком будущем таким условием станет наличие определенных знаний и умений. Конкретные принципы и формы организации и функционирования такого рода системы публичной власти сегодня предвидеть еще трудно. Несомненно, что они будут различаться от страны к стране, но сущность системы все же должна быть, как представляется, единой. Этому будут способствовать процессы экономической и политической интеграции, которая сегодня уже обнаружилась как глобальная тенденция, несмотря на ее сильно разнящиеся темпы в разных районах мира.

Меритократическая система власти не есть отрицание демократии, это скорее переход ее на новую, более высокую ступень, потому что “правление заслуживающих” необходимо сочетать с демократическим контролем за властью и обеспечением прозрачности ее деятельности. Какими станут соответствующие институты, мы можем сейчас только обсуждать, но несомненно, что юстиция, конституционная прежде всего, будет в системе этих институтов занимать достойное место.

SUMMARY

Since the end of the 18th century, when in the Western countries the civil society had established, they began to adopt constitutions in order to guarantee it against autocracy of the state. Now a country without written constitution is an exclusive thing. Moreover, the content of constitutions becomes similar. The volume of legal regulating social relations increased to the beginning of the 20th century so much, that special defense against distorting constitutional principles in the usual legislation was needed. Although the well-known decision of the U.S. Supreme Court on the case Marbury v. Madison had been made in 1803, the judicial constitutional control developed in the USA only after several decades. Now such control is considered to be an obligatory sign of democracy nearly everywhere, and it is being

realized in most of states by specially organized constitutional judiciary.

But it should be noted, that in the vast regions of our planet called East and South democracy with its institutions remains decorative, because the national culture and mentality of the peoples is still non-democratic. We observe it in Russia too, to a big extent. Until we have a mighty middle-class, we'll go the way of democracy very slowly.

We have a system of democratic institutions now in Russia, and the place of the constitutional jurisdiction in this system is very important. But our Constitution often contents what we want, and not what we have in reality. It seems that the main reason of such a situation is our social psychology. Our late systems of government couldn't bring us up to strive for self-government. It takes time to become real citizens, and this time can't be short. The Constitutional Court of the Russian Federation furthers essentially realization of human and civil rights and freedoms, promotes forming our social life upon the principles of law, equity, democracy. Constitutional (statutal) courts of federal units play the same role, and it is no mere chance, that in the majority of our federal units such courts haven't been established.

The activity of the Constitutional Court of the Russian Federation in the first 10 years of its existing fulfilled not only the task of defending the federal Constitution, but to the same time the task of creating and developing the theory of Russian constitutional law. Besides, the Constitutional Court had and has to defend constitutional jurisdiction against attempts of its abolition.

Nevertheless we can await, that the psychology of Russian society will gradually develop to grasping values, recognized in most developed countries, first of all human and civil rights and freedoms, as it does now. It would help to solve contradictions between actual social needs and generally recognized principles of democracy. For example, according to the principles of democracy every citizen is enabled to be member of parliament or of government. But the tasks of these bodies are now so highly complicated, that not everybody, even if he or she has university education, is able to deal with them on the needed level.

The judiciary is according to objective reasons most professional, and therefore it is most probably, that this branch of power would become the kernel, around which a new system of democracy would be formed. Such system is called in the literature meritocracy. It must be a rule of highly qualified professionals under democratic control. Constitutional courts would have in this system one of leading places.

ТУМАНОВ В.А.

**Доктор юридических наук, профессор
Экс-председатель Конституционного Суда РФ**

Конституционное правосудие в свете практики Европейского Суда по правам человека (на примере России)*

1. В 1996 Россия вступила в Совет Европы. Приглашение России стать членом Совета Европы означало признание того, что ее политическая и правовая системы отвечают демократическим принципам и стандартам, общепризнанным на европейском уровне, а каталог прав и свобод человека и механизмы их защиты в основном достаточны для реализации целей, предусмотренных Уставом Совета Европы и требованиям Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее Конвенция).

В марте 1998 года был принят Федеральный закон о ратификации Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, и с 5 мая этого года она вступила в действие в отношении России. К моменту ратификации было выполнено большинство

рекомендаций Совета Европы имевших целью максимально сблизить российский правопорядок с европейскими стандартами. Конституционный Суд РФ не фигурировал в этих рекомендациях. Его организация и деятельность еще раньше получили достаточно высокую оценку экспертов Совета Европы.

В соответствии со ст. 15 часть 4 Конституции РФ Конвенция является составной частью правовой системы страны. В силу этой конституционной нормы она стала таковой автоматически, без каких-либо дополнительных актов, что нельзя сказать о некоторых других государствах-членах Совета Европы, в которых Конвенция прошла не простой путь ее имплементации в национальное право.

* В основу положен Доклад на международной конференции “Европейское измерение национальных конституций. Значение Европейской Конвенции о правах человека для законодательства, судебной практики и судебного конституционного контроля в Восточной и Западной Европе”. Регенсбург, 20-22 июня 2002 г.).

Статья 15 часть 4 Конституции РФ предусматривает также, что если международным договором установлены иные правила, чем законом, то применяются правила международного договора. Тем самым Конституция наделила Конвенцию высоким правовым статусом в российской правовой системе. В большинстве государств-участников Конвенции ее нормы имеют ранг обычного закона.

Правило о примате конвенционных норм по отношению к законам открыло еще одну возможность измерения российского законодательства в свете европейских стандартов, что используется в практике Конституционного Суда РФ.

При ратификации Конвенции Россия, в соответствии со статьей 57 Конвенции сделала оговорку, согласно которой впредь до внесения соответствующих изменений будут продолжать действовать некоторые нормы УПК РСФСР 1960 и “Дисциплинарного Устава Вооруженных сил Российской Федерации”, не отвечающие одному из основополагающих принципов Конвенции “никто не может быть лишен свободы, иначе как по решению суда”.

В новом уголовно-процессуальном кодексе РФ, вступившим в силу 1 июля 2002 года нормы, указанные в законе о ратификации коренным образом изменены и получили новое содержание, соответствующее Конституции РФ и Конвенции. Тогда же Указом Президента РФ были внесены необходимые изменения в общевоинские уставы Вооруженных сил Российской Федерации. Тем самым теряет силу оговорка, сделанная в Федеральном законе от 30 марта 1998 о ратификации Конвенции, но при этом сохраняет силу статья вторая этого закона.

Нельзя попутно не отметить, что принятию нового УПК РФ предшествовало более 20 решений Конституционного Суда РФ, которыми признан не соответствующими Конституции ряд норм ранее действовавшего УПК РСФСР 1960. Большинство из этих норм противоречили одновременно Конвенции, хотя не всегда столь же очевидно, как нормы, которые были указаны в ратификационной оговорке.

Ратификация Конвенции включила и признание Россией *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикции Европейского Суда по правам человека (далее Суд). С этим признанием в национальный правопорядок вошел еще один воздействующий на него фактор — практика этого Суда.

Краткая и лаконичная Конвенция, принятая более полувека тому назад, действует сегодня, так как ее нормы истолкованы Европейским Судом. Без знания и учета практики, и правовых позиций Суда практически невозможен сколько-нибудь полный и эффективный учет требований Конвенции национальным законодательством и правоприменительной практикой.

Говоря о деятельности Европейского Суда используют понятие “прецедентное право”;

это правильно, когда речь идет об относительной (в отличие от английского правила прецедента) связанности Суда при рассмотрении дел его предшествующими решениями и сложившимися правовыми позициями; это неправильно, когда решение Суда трактуется как обязательный прецедент для национальных судов. Тем не менее, не обладая такой обязательной силой, судебная практика Европейского Суда оказывает влияние на национальные правоприменительную деятельность и на законодательство. Это влияние особенно значительно тогда, когда его результат достигается не такими формами воздействия, как денежные санкции, налагаемые Судом, или мониторинг Совета Европы, на органы которого возложен контроль за исполнением решений Суда, а стремлением самого государства-участника последовательно реализовывать свои обязательства по Конвенции. Именно такое отношение демонстрирует сегодня Россия.

Приведем лишь один, но весьма показательный пример — статью 413 нового УПК РФ 2002 года. В этой статье, среди оснований для пересмотра вступивших в силу решений по уголовным делам по новым обстоятельствам отнесено к числу таковых “установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела, связанное с: а) применением федерального закона, не соответствующего положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод; б) иными нарушениями положений Конвенции о защите прав и основных свобод.

Примерно аналогичным образом Арбитражный процессуальный кодекс РФ, вступивший в силу 1 сентября 2002 г. предусматривает среда оснований пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции при рассмотрении дела, решение по которому было обжаловано заявителем в Европейский Суд по правам человека (статья 311, часть 7).

Далеко не во всех государствах-участников Конвенции действуют процессуальные нормы аналогичные вышеприведенным. Председатель Конституционного Суда ФРГ в сожалительном тоне отмечает отсутствие таких норм, в праве ФРГ, подчеркивая вместе с тем уважительное отношение в ФРГ к решениям Европейского Суда.

Среди российских судов наиболее активно обращается к Конвенции и судебной практике страсбургской юрисдикции Конституционный Суд Российской Федерации. На первый взгляд это может показаться нелогичным, поскольку этот суд не вправе проверять соответствие закона нормам международного права. Кроме того, наличие такого несоответствия само по себе не может служить достаточным основанием для вывода о неконституционности закона.

Юридический момент, который объясняет активное обращение Конституционного Суда РФ к нормам Конвенции (равно как и другим фундаментальным международно-правовым актам о правах человека), видится в статье 17 Конституции РФ, которой открывается глава “Права и свободы человек и гражданина”. Эта статья устанавливает, что в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией. Из этого следует, что, решая вопросы о конституционности нормативных актов, затрагивающих эти права, Конституционный Суд активно прибегает к оценке ситуации применительно к международно-правовым стандартам.

Вместе с тем статья 17 Конституции РФ не дает оснований для вывода о том, что “международное право прав человека” в иерархии источников права находится выше не только законодательства (что признано, в частности, статьей 15 часть 4 Конституции РФ), но и Конституции государства. Достаточно указать на то, что это далеко идущая концепция сегодня просто противоречит конституциям большинства государств-участников Конвенции, в которых, как уже отмечалось, нормы Конвенции в большинстве случаев приравнены по их правовому статусу во внутреннем праве к обычному законодательству. Каким же образом эта

нормы могут быть одновременно надконституционными? Подчеркнем и отрицательную позицию конституционных судов государств-участников Конвенции к идее примата международного права в отношении Конституции их стран.

3. Обращения Конституционного Суда РФ к Конвенции и практика ее применения Европейским Судом стали особенно частыми после ратификации Конвенции. Приведем примеры таких обращений.

В деле о толковании статей 125, 126, 127 Конституции речь шла о разграничении компетенции в сфере судебного контроля за законностью нормативных актов между Конституционным Судом РФ, с одной стороны, и судами общей юрисдикции и арбитражными судами, с другой. Конституционный Суд в своем решении, указав, что полномочия судов могут определяться только законом, обратился к статье 6 Конвенции и основанной на ней формуле “надлежащий суд, созданный на основании закона” (Постановление КС от 16 июня 1998 г.).

Решением о проверке конституционности части 1 статьи 102 федерального закона “О федеральном бюджете на 1998”, Конституционный Суд РФ признал оспоренное положение закона не соответствующим Конституции РФ (статьям 76 часть 1 и 124) “поскольку оно позволяет Правительству Российской Федерации самостоятельно сокращать расходы федерального бюджета на судебную систему без учета конституционных гарантий и финансирования”. При этом Конституционный Суд указал на “общепризнанный международно-правовой принцип независимости Суда” и отметил, что статья 2 Федерального закона о ратификации Европейской Конвенции предписывает предусматривать в федеральном бюджете, начиная с 1998 года необходимое увеличение расходов на федеральную судебную систему в целях приведения правоприменительной практики в полное соответствие с обязательствами РФ, вытекающими из ее участия в Конвенции. (Постановление от 17 июля 1998).

Заявители по делу о проверке конституционности ряда статей Федерального закона 1995 г. о выборах депутатов Государственной Думы утверждали, что смешанная избирательная система, по которой избирается нижняя палата парламента нарушает равенство прав граждан и потому противоречит Конституции. Не согласившись с этим утверждением, Конституционный Суд, в частности, мотивировал это ссылкой на статью 3 Протокола № 1 к Конвенции, который был истолкован Европейским Судом как допускающий право государств-участников Конвенции использовать разные избирательные системы, обеспечивающие свободное волеизъявление народа. К аналогичной ссылке Конституционный Суд прибег рассматривая вопрос о допустимых отклонениях по демографическим причинам от принципа равенства активного избирательного права, при нарезке избирательных округов. (Постановление от 17 ноября 1998).

Известное решение, которым Конституционный Суд запретил всем судам впредь до введения суда присяжных во всех субъектах Российской Федерации назначать наказания в виде смертной казни, также содержит в мотивировочной части указания на Конвенцию. Однако речь при этом идет не о Протоколе № 6 относительно отмены смертной казни, а о равенстве всех перед судом, праве каждого быть судимым компетентным судом, установленным законом в свете статьи 6 Конвенции. Эти требования не могли быть выполнены в большей части субъектов РФ. На момент вынесения решения суд присяжных действовал только в десяти из них. (Постановления от 2 февраля 1999).¹

Нельзя признать удачной ссылкой на пункт 2 статьи 1 (“Защита собственности”) Протокола № 1 к Конвенции, содержащуюся в решении Конституционного Суда по делу о проверке конституционности двух статей Таможенного кодекса (ст. 131, часть 1 и ст. 38”. Этот пункт устанавливает, что гарантия защиты собственности каждого физического или юридического лица не ущемляет права государства устанавливать законы, какие оно считает

необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других споров или штрафов. Оспариваемые нормы Таможенного кодекса предусматривали возможность конфискации перевезенных через границу, но не прошедших требуемого таможенного оформления, предметов у третьих лиц, которые впоследствии приобрели их на территории страны. Эти лица (физические и юридические) в большинстве своем являются добросовестными приобретателями, то есть такими, которые не знали и не могли знать, что имущество приобретено ими у владельца, который не имел права его отчуждать. Истребование имущества (виндикация) у добросовестного приобретателя невозможно даже в гражданско-правовом порядке (статья 302 Гражданского кодекса РФ), а тем более путем конфискации. В практике Европейского Суда принцип добросовестности — *bona fides* играет немаловажную роль. И наоборот, конфискация рассматривается как мера, выходящая за рамки Конвенции. В этом свете ссылка Конституционного Суда РФ, признавшего обе оспоренные статьи соответствующими Конституции РФ, на пункт 2 статьи 1 Протокола № 1 была по меньшей мере неуместной. (Постановление от 14 мая 1999).

Отметим попутно, что такая ссылка была бы вполне уместна в решении по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 6 и 7 Закона 1993 о применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением. Конституционный Суд признал соответствующей Конституции РФ норму, согласно которой налоговые органы полномочны налагать штрафы на предприятия, а также физических лиц, виновных в нарушении указанного закона. В своей жалобе заявители, в частности, ссылались на то, что оспариваемые нормы противоречат свободе экономической деятельности, которая гарантирована статьей 8 часть 1 Конституции РФ. В своем решении Конституционный Суд правильно констатировал, что свобода экономической деятельности, как и право частной собственности и другие права “не являясь абсолютными, могут быть ограничены законом”; основания такого законодательного ограничения установлены Конституцией (ст. 55 ч.3) и эти основания адекватны тем, которые содержит пункт 2 в статьях 10 и 11 Конвенции, а также пункт 3 статьи 2 Протокола № 4. Однако в контексте данного дела было бы логичнее сослаться не на статьи о свободе слова, свободе собрания и объединении, и свободе передвижения, о чем говорят названные статьи Конвенции, а на статью 1 Протокола № 1, пункт 2 которого говорит, в частности, о государственном контроле за использованием собственности для обеспечения уплаты налогов или других сборов и штрафов. (Постановление от 12 мая 1998).

Процитируем абзац из Постановления Конституционного Суда от 23 ноября 1999 по делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 27 Федерального закона от 26 сентября 1997 года “О свободе совести и о религиозных объединениях”. Речь идет о возможности некоторых ограничений, относящихся к учреждению, созданию и регистрации религиозных организаций. Сославшись на статьи 17 часть 3 и 55 часть 3 Конституции РФ и корреспондирующие им положения статьи 18 (пункты 2 и 3) Международного пакта о гражданских и политических правах и статьи 9 (пункт 2) Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Конституционный Суд констатировал: “Государство вправе предусмотреть определенные преграды с тем, чтобы не предоставлять статус религиозной организации автоматически, не допускать легализации сект, нарушающих права человек и совершающих незаконные и преступные деяния.. На это, в частности, обращается внимание в Постановлении Европейского парламента от 12 февраля 1996 года “О сектах в Европе” и в рекомендации Совета Европы № 1178 (1992) “О сектах и новых религиозных движениях”, а также в Постановлениях Европейского Суда по правам человека от 25 мая 1993 года (Серия А, № 260) и от 26 сентября 1996 года (Reports of Ludgments, 1996-IV), разъяснивших характер и масштаб обязательств государств, вытекающих из статьи 8 названной Конвенции”.

В практике Конституционного Суда имеется ряд примеров его обращения к статье 1 Протокола № 1 (“Защита собственности”) и правовым позициям Европейского Суда, сложившихся в практике ее применения, главным образом пункта первого. В частности, рассматривая вопрос о конституционности пункта 4 статьи 104 Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве), открывавшего возможность безвозмездного отчуждения из конкурсной массы в пользу государства имущества, используемого в публичных интересах, Конституционный Суд указал: “согласно правовой позиции Европейского Суда по правам человека лишение собственности без предоставления разумной компенсации, как правило, представляет собой несоразмерное вмешательство, которое не может считаться оправданным. Вместе с тем статья 1 Протокола 1 не рассматривается им как представляющая право на получение полной компенсации, поскольку при определенных фактических обстоятельствах учет публичных интересов, связанных с необходимостью обеспечения большей социальной справедливости, может обусловить выплату возмещения ниже рыночной стоимости”. Конституционный Суд указал на ряд решений, принятых Европейским Судом в соответствии с приведенной позицией. (Постановление от 16 мая 2000 г.).

Решая вопрос о конституционности пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса РФ, регламентирующей проблему возмещения государством вреда, причиненного при осуществлении гражданского судопроизводства, Конституционный Суд четко отграничил ситуацию, когда вред причинен неправосудным решением суда по делу и виновность судьи подтверждена вступившим в силу приговором уголовного суда, от ситуации, когда вред причинен не принятием решения по существу гражданского спора, а такими неправомерными действиями (бездействием) судьи, как отказ в доступе к суду, грубое нарушение разумного срока судебного разбирательства, несвоевременное вручение лицу мотивированного решения суда или иных важных процессуальных документов и т.п. Конституционный Суд признал не противоречащей Конституции норму, содержащуюся в пункте 2 статьи 1070 ГК РФ, но вместе с тем указал, что “данное положение в его конституционно-правовом смысле, выявленном в настоящем Постановлении, и во взаимосвязи со статьями 6 и 41 Конвенции по защите прав человека и основных свобод не может служить основанием для отказа в возмещении государством вреда, причиненного при осуществлении гражданского судопроизводства, в иных случаях (а именно когда спор не разрешается по существу) в результате незаконных действий (или бездействия) суда (судьи), в том числе при нарушении разумных сроков судебного разбирательства – если вина судьи установлена не приговором суда, а иным соответствующим судебным решением”.

Для полноты картины напомним об уже упоминавшихся более чем двадцати решениях Конституционного Суда РФ, предметом которых были уголовно-процессуальные нормы. Во многих из них Суд обращается к Конвенции, по преимуществу ее статьям 5 и 6, а в последнем из них (Постановление от 17 июля 2002 г.) прибег даже к терминологическому сопоставлению французского и английского текстов пункта 2 статьи 4 Протокола № 7 (“Право не быть судимым или наказанным дважды”).

К приведенным примерам вполне применимо сказанное о Конституционном Суде ФРГ его председателем Ютой Лимбах: “Эти судебные решения (Европейского Суда) привлекаются тогда, когда речь идет об определении содержания и объема основных прав и конкретизации принципов правового государства”.

В отличие от Конституционного Суда РФ суды других юрисдикций (общей и арбитражной) вправе решать конкретные дела путем прямого применения норм Европейской Конвенции. Более того они обязаны сделать это, если подлежащая применению норма российского законодательства противоречит нормам Конвенции. Однако в судебной практике такие решения встречаются пока редко.

4. Немаловажным показателем соответствия национального законодательства и

правоприменительной практики нормам Конвенции в их истолковании Европейским Судом служат индивидуальные жалобы заявителей из данного государства-участника и особенно жалобы, которые носят типический, повторяющийся характер. В определенной мере показателем в этой связи может служить и количество жалоб.

В российском праве институту подачи индивидуальной жалобы лица в наднациональную юрисдикцию по поводу нарушения его собственным государством его прав и свобод корреспондирует ч. 3 ст. 46 Конституции РФ, согласно которой “каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты”. Термин “каждый” в тексте конституционной статьи соответствует требованию Конвенции (ст. 1), чтобы любому лицу, находящемуся под юрисдикцией государства-участника, были гарантированы права и свободы, предоставленные Конвенцией.

Законодательно не определено, что конкретно охвачено конституционным понятием “исчерпание всех имеющихся средств правовой защиты”; при конкретной регламентации они могут оказаться значительно шире, чем то, что понимает Европейский Суд под исчерпанием правовых средств в смысле статьи 35 Конвенции. Однако возможность коллизии исключена, поскольку признание юрисдикции Европейского Суда означает одновременно, что то, что включается в исчерпание внутренних правовых средств, определяется как в отношении заявителей из России, так и других государств-участников самим Судом. Соответственно Суд свободен сам решать и вопрос, считать ли обязательным участие Конституционного Суда в исчерпании внутренних правовых средств.

Исключением могут быть ситуации, когда Конституционный Суд выполняет не столько свою основную функцию – проверку конституционности нормативного акта, сколько дополнительную функцию, которую в принципе могут выполнять и другие суды, например, запрещение политических партий, оспаривание результатов выборов и т.п. В таких случаях Конституционный Суд выступает либо как первая судебная инстанция или нечто подобное кассационной инстанции.

Точно так же, по определению, внутренние средства правовой защиты не будут считаться исчерпанными без решения Конституционного Суда в тех случаях, когда общий суд, посчитав, что данное дело не может быть решено без проверки конституционности подлежащего применению в деле закона, обращается с соответствующим запросом в Конституционный Суд, приостановив соответственно судебное разбирательство.

Во всех остальных случаях включение (или невключение) обращения заявителя в Конституционный Суд страны как обязательного условия исчерпания внутренних правовых средств зависит от дискреционного усмотрения Европейского Суда. При этом однозначного подхода у него нет; для одних государств-участников он считает такое обращение обязательным, для других нет.

Это различие связано прежде всего с установкой суда, согласно которой внутригосударственное правовое средство, необходимое для исчерпания, должно быть эффективным. Немаловажную роль играют также особенности судоустройства и правоприменительной практики в государстве-участнике.

В Италии гражданин наделен правом конституционной жалобы, но обратиться с ней в Конституционный Суд он может только через общий суд, который рассматривал спорное дело. С позиции Европейского Суда это не отвечает требованию эффективности жалобы; он отклонял заявления государства-ответчика о том, что не подняв в суде общей юрисдикции вопрос о направлении запроса в Конституционный Суд, заявитель тем самым не исчерпал внутренние средства правовой защиты. Однако даже применительно к конституционным судам, в которые граждане могут обращаться прямо, Европейский Суд не соглашался с

заявлением государств-ответчиков о неисчерпании средств правовой защиты за отсутствием такого обращения, поскольку, по мнению Европейского Суда, данный конституционный суд наделен слишком широким дискреционным усмотрением принимать жалобу к рассмотрению или нет.

В отличие от этой позиции еще тогда, когда вопрос о приемлемости жалоб решала Европейская Комиссия, сложилась практика отклонения жалоб заявителей из ФРГ за неисчерпанием средств правовой защиты по той причине, что этим жалобам не предшествовало обращение в Конституционный Суд ФРГ. Рассматривая взаимосвязь этого суда с Европейским Судом, Председатель Конституционного Суда ФРГ в изданной недавно (2001 год) книге пишет: “Страсбургский суд вправе принять жалобу только после исчерпания внутригосударственного правового пути. На этом пути находится, по мнению Страсбургского суда, также и конституционная жалоба”. Европейский Суд, очевидно, учитывает в этой связи то обстоятельство, что Конституционному Суду ФРГ предоставлено право проверять соответствие Основному закону ФРГ не только законов, но и окончательных судебных решений по конкретному делу. Тем не менее нельзя не отметить, что в процедуре решения вопроса о принятии индивидуальных конституционных жалоб к рассмотрению Конституционный Суд ФРГ пользуется не меньшей свободой усмотрения, чем другие конституционные суды.

В отношении российских заявителей Европейский Суд исходит из того, что исчерпание внутренних судебных средств правовой защиты завершается для них вступлением в силу решения суда общей юрисдикции или арбитражного суда. Конституционный Суд РФ в этой схеме отсутствует и соответственно ссылка на то, что заявитель не обратился в этот Суд и не исчерпал тем самым внутриправовые средства защиты, не будет принята Европейским Судом. Возражения против такой позиции вряд ли будут оправданы уже по одному тому, что она существенным образом облегчает доступ российских заявителей в Европейский Суд, освобождая их от обязанности, которая в подавляющем большинстве случаев была бы чисто формальной.

Что же касается возможных (достаточно редких) ситуаций, когда обращение в Конституционный Суд может быть существенным для решения вопроса о приемлемости жалобы, то Европейский Суд всегда может применить свою другую важную установку: вопрос о приемлемости должен решаться с учетом конкретных обстоятельств дела и в зависимости от них требования к исчерпанию внутренних средств правовой защиты могут в той или иной степени изменяться.

5. Как известно, Европейский Суд не вправе отменить решение национальных судов, а также рассматривать *ad abstracto* национальные законы. Соответственно в Европейском Суде нельзя оспаривать решения, принимаемые конституционными судами, как потому, что это решение суда, так и потому, что такое решение имеет силу закона.

В то же время решения конституционного суда (как и решения других национальных судов, в том числе высших) не являются юридическим препятствием для вынесения Европейским Судом решения о нарушении конкретными действиями (бездействием) властей государства-ответчика какого-либо права (или нескольких прав), гарантированного Конвенцией.

В этой связи отношение “Европейский Суд – конституционные суды” можно схематично изобразить как параллельные линии, временами тесно соприкасающиеся, но, как правило, не пересекающиеся. При этом возникают разногласия (удивительно, если бы их не было) по отдельным проблемам, что нередко вызывает недовольство или становится предметом доктринальных дискуссий, но по правовым последствиям каждая из сторон остается при своем.

Однако это соотношение двух юрисдикций, никем не оспариваемое применительно к,

условно говоря, материально-правовым аспекту их деятельности и ее результатам, оказывается не столь однозначным, когда речь идет о процессуальной стороне деятельности конституционных судов. Говоря конкретнее, в практике Европейского Суда встал вопрос о применимости к процедуре рассмотрения дел в конституционных судах гарантий справедливого судебного разбирательства по статье 6 п. 1 Конвенции.

До середины 80-х гг. этот вопрос не вставал, а точнее действовала правовая позиция Суда, согласно которой “сама природа прав, определяемых конституционным судом, делает статью 6 п.1 Конвенции неприменимой к этому суду”. Эта правовая позиция не только точно отражает природу конституционно-правовых проблем, решаемых конституционным судом, но и полностью соответствует тексту статьи 6 п.1 Конвенции, в котором жестко определено, что ее действие распространяется только на судебное разбирательство дел уголовного обвинения и гражданских дел. Никакого указания и даже намека на споры конституционно-правового характера в статье 6 п.1 нет.

Тем не менее с середины 80-х гг. в Суде сложилась новая правовая позиция. Декларативно признается особая роль и статус конституционной юрисдикции, но при этом выстраивается следующая позиция: когда в конституционном суде рассматривается вопрос о конституционности закона, примененного общими судами для решения гражданско-правового спора, то вывод Конституционного Суда становится “определяющим для гражданских прав и обязанностей”; отсюда следует, что процедура рассмотрения дела в Конституционном Суде подпадает под действие статьи 6 п. 1 Конвенции, поскольку происходит не что иное как продолжение разбирательства общими судами спора о гражданских правах заявителя по делу.

Если оставить в стороне практико-прикладные цели этой юридической конструкции, то в концептуальном плане она вряд ли состоятельна. Конечно, поскольку дело оказывается в конституционном суде после и в связи с его рассмотрением в общих судах, можно говорить о связи между двумя разбирательствами, но очевидно также, что задачи этих судов различны, и именно эти задачи определяют процессуальные формы их деятельности, а не эта взаимосвязь. Бесспорно, что решение Конституционного Суда имеет преюдициальное значение для окончательного решения гражданско-правового спора. Однако из этого не следует, что процедура в Конституционном Суде должна быть приравнена к процедуре рассмотрения гражданско-правовых споров. Преюдициальный характер решений конституционного суда свидетельствует, что речь идет об особых судах, юридический потенциал которых реализуется в специально для них установленных процессуальных формах, варьирующихся применительно к каждому из них..

Европейский Суд несомненно имеет право на расширительное толкование конвенционных норм “в свете сегодняшнего дня”. Однако и расширительное толкование имеет пределы.

Причина появления новой правовой позиции Европейского Суда была практической и немаловажной – длительность рассмотрения дел в некоторых европейских конституционных судах, ставшая предметом обращений в Европейский Суд. Он руководствовался, таким образом, благими намерениями. В большинстве дел, при решении которых Европейский Суд использовал новый подход, речь шла о “разумном сроке” судебного разбирательства. Лишь в одном из первых таких решений (по уже упоминавшемуся делу “Руис-Матеоса, он пришел к выводу, что Конституционный Суд Испании нарушил также и принцип состязательности.

Именно это решение, наиболее решительное по своей аргументации, вызвало активное недовольство в государствах-участниках, конституционные суды которых оно затрагивало. Последовали призывы к Европейскому Суду вернуться к позиции, сформулированной в решении по делу “Бухольц против ФРГ” (см. выше). В заявлении Правительства Германии говорилось, в частности, что именно из такого понимания статьи 6 п. 1 Конвенции исходила

ФРГ при ратификации Конвенции.

Тем не менее Европейский Суд в двух своих одновременно вынесенных 1 июля 1997 г. решениях по однопорядковым делам “Паммел против Германии” и “Пробстмайер против Германии” признал нарушение “разумного срока” рассмотрения соответствующих дел в Конституционном Суде ФРГ. Соответствующие запросы были направлены в этот суд не самими заявителями, а Высшим федеральным судом ФРГ и одним из высших земельных судов в соответствии со статьей 100 Основного закона ФРГ. При этом рассмотрение дел в этих судах было приостановлено и они оставались несколько лет таковыми в ожидании решения Конституционного Суда, который, правда, сразу же предупредил, что в силу своей загруженности важными делами, связанными с воссоединением двух германских государств, сроки –рассмотрения этих запросов могут оказаться длительными. Европейский Суд не принял во внимание это обстоятельство и более того вопрос о “разумном сроке” рассматривал применительно лишь к периоду, когда дела находились в Конституционном Суде, а не ко всему сроку рассмотрения дел в немецких судах.

Это было сделано напрасно. По нашему мнению, если Европейский Суд и может рассматривать вопрос о “разумном сроке” применительно к конституционному суду, то только в ситуации, когда рассмотрение дела в общем суде было приостановлено в связи с его запросом в Конституционный Суд. В этом случае Европейский Суд по определению не может исключить из общей длительности рассмотрения дела в национальной судебной системе период, когда дело находилось в Конституционном Суде; очевидно, что без этого решение будет неадекватным. Чтобы Европейский Суд мог поступать именно так, вполне достаточно логическое и телеологическое толкование пункта 1 статьи 6 и понятия “разумный срок” и нет необходимости прибегать к переплетению конституционного процесса с гражданско-процессуальным. Распространение всего пункта 1 статьи 6 на конституционное производство (в том числе и изолированный срок рассмотрения дела) не соответствует, что уже отмечалось выше, как этой статье Конвенции, так и природе и особенностям конституционного правосудия.

В практике Европейского Суда последних лет решения, подобные вышеназванным, практически отсутствуют, но его правовая позиция сохраняется как бы латентном состоянии. В целом же можно сказать, что в отношении конституционного правосудия Европейский Суд далек от активизма и руководствуется принципом сдержанности.

Конституционному Суду РФ проблема “разумного срока” не угрожает, хотя российские средства массовой информации (и не только они) нередко упрекают его за неспешное и долгое, по их мнению, рассмотрение дел, по длительности рассмотрения ни одно дело за почти десять лет деятельности Конституционного Суда не приближалось к тем срокам, которые признавались Европейским Судом нарушением статьи 6 п.1 Конвенции.

К рассмотренным выше двум аспектам отношения: “конституционное правосудие – Конвенция и практика Европейского Суда”, один из которых связан с применением статьи 35 Конвенции “Условия приемлемости”, а другой – статьи 6 п.1 “Справедливое судебное разбирательство”, можно было бы добавить и еще один. Это рассмотрение Европейским Судом жалоб на нарушение права на свободу выражения мнения и права на свободу объединений (статьи 10 и 11 Конвенции), выразившиеся в запрещении политических партий решениями конституционных судов в тех странах, где эти суды наделены такой компетенцией. За последние годы Европейский Суд рассмотрел несколько таких дел. Однако такого рода дела не относятся к основной компетенции конституционного правосудия, ради которого она существует. Это лишь дополнительная компетенция, которая возложена на некоторые конституционные суды и которая может осуществляться другими юрисдикционными органами, а в некоторых странах даже органами исполнительной власти.

SUMMARY

1. The Constitutional Court of the Russian Federation has played -after Russia's entry to the Council of Europe and especially after its ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - a significant role in the process of integration of the democratic principles and standards, on which the European Convention and the practice of the European Court of Human Rights are based, into the Russian legal system. The article gives examples of the Constitutional Court's decisions whose reasoning is to various extent based on the norms of the Convention and the legal positions of the Strasbourg Court. This is yet another confirmation of the important role of the "international law of human rights", but it gives no reasons for a conclusion that this "international law of human rights" stands in the hierarchy of the sources of national law not only above the legislation (which is recognised by art. 15, para. 4, of the Russian Constitution), but above the Constitution of the state.

2. The Court resolves differently the question of individual appeal (Verfassungsbeschwerde) of a person to the constitutional court of his home country as a condition of exhaustion of internal legal remedies. However, with regard to the majority of states-parties, including Russia, the Court does not consider such an appeal as a necessary condition. This is as a whole a right position. Nevertheless, there may be situations, in particular with regard to Russia, when underestimation of the effectiveness of the constitutional complaint can fall in contradiction with subsidiarity principle.

3. The Court's legal position on the possibility to apply art. 6, para. I of the Convention to the procedure of case hearings in the constitutional courts is criticised in the article. This procedure is determined not by the belonging of the case to a particular branch of law, but by the subject and goals of the constitutional justice. It cannot be assessed differently depending on whether we speak of a civil law or any other law relation. Art. 6, para.1 is applicable to the passage of a case in the Constitutional Court only in order to decide on the "reasonable time" and exclusively in the cases when a court of general jurisdiction suspends the consideration of a case and petitions the Constitutional Court with an inquiry. In such a case, the Strasbourg Court, deciding on the overall duration of the consideration of a case in the national judicial system, cannot by definition exclude the period when the case was in the Constitutional Court, otherwise the decision will be inadequate. To do this, logical and teleological interpretation of art.6, para. I and the notion of the "reasonable time" will do, and it is not necessary to depict the constitutional procedure as a mere continuation of the civil procedure.

4. The article does not deal with the correlation between the Constitutional Court and the Strasbourg Court in the context of resolving questions which belong not to the basic function of the constitutional jurisdiction for which it exists, but to additional powers attributed to some of them (e.g. banning of political parties).

The Constitutional Court of the Republic of Hungary

1. Establishment of the Constitutional Court (Alkotmánybíróság; abbreviated as AB)

It was in January 1989 that the Hungarian Parliament passed a resolution on the establishment of the Constitutional Court; its organisation and authority, however, had been determined earlier in the framework of the trilateral political roundtable negotiations preparing the democratic transformation of the political system. The basic provisions on the Constitutional Court were laid down in October 1989 by Parliament by way of amending the Constitution (Article 32/A), according to the agreement reached at the above negotiations.

These new provisions of the Constitution already reflected the needs of political transformation: the new institution was set up in order to promote the establishment of a state governed by the rule of law as well

as the protection of constitutional order and fundamental rights. Act XXXII of 1989 on the Constitutional Court was passed by Parliament on 19 October 1989, and the Constitutional Court started its work on 1 January 1990.

2. Organisation and Procedure of the Constitutional Court

The Constitutional Court serves as the main body for the protection of the Constitution, its tasks being the review of the constitutionality of statutes, and the protection of constitutional order and fundamental rights guaranteed by the Constitution.

In the Constitution only certain basic rules concerning the Constitutional Court are laid down, while its organisation was left to be provided for by a separate Act of Parliament. According to the Constitution, in order to pass the Act on the organisation and procedure of the Constitutional Court, the votes of two-thirds of the Members of Parliament present are required.

The Constitutional Court performs its tasks independently. Having its own budget and its judges being elected by Parliament it does not constitute a part of the ordinary judicial system. The Constitutional Court draws up its own draft budget and then, as part of the state budget, sends it to Parliament for approval.

The Constitutional Court has eleven members. From among their number and for a term of three years they elect a President and a Vice-president, who perform activities of co-ordination and representation without affecting thereby the independence of the judges.

Although the Constitution determined Esztergom as the seat of the Constitutional Court, the conditions for operation there being absent from the very beginning, the Constitutional Court has been operating in Budapest ever since its establishment.

The decisions of the Constitutional Court are binding for all and no appeal may be lodged against them. Issues concerning the constitutionality of Acts of Parliament are decided by plenary sessions comprising all judges, while the constitutionality of government decrees or statutes of a lower level are decided, as a general rule, by chambers consisting of three judges. Decisions are made by a majority of votes.

Decisions of the Constitutional Court annulling statutes or interpreting certain provisions of the Constitution are published in the Hungarian Official Gazette. All decisions and orders closing a case are published in the official gazette "Decisions of the Constitutional Court". Apart from the text of the decision adopted by a majority of votes, the minority positions are also published (dissenting opinion or concurring opinion).

According to the Act, the detailed rules on the organisation and procedure of the Constitutional Court are established by the Rules of Procedure, laid down by an Act of Parliament on the proposal of the Constitutional Court.

3. Members of the Constitutional Court

The Constitution declares that members of the Constitutional Court shall be elected by Parliament. It also determines the rules of such elections. Impartiality is guaranteed by the rule according to which candidacy for justice to the Constitutional Court is put forward by a nominating committee consisting of one member each from the factions of parties represented in Parliament and shall be elected by a two-thirds majority of all Members of Parliament.

As regards the professional requirements to be met by judges of the Constitutional Court, the relevant rule provides that only jurists of outstanding theoretical knowledge or having at least twenty years of legal practice may be elected members of the Constitutional Court. Membership is for a term of nine years and members may be re-elected once. The office of judges of the Constitutional Court comes to an end when they reach the age of 70 years.

In order to guarantee the full independence of the Constitutional Court, the Act determines certain grounds for incompatibility. Members of the Constitutional Court may not be Members of Parliament, members of a local government body of representatives, heads of interest groups or members of a political party, and they may not pursue any other gainful occupation except for scientific, teaching, literary or artistic activities. Another means of guaranteeing the above independence is the right of

immunity granted to judges of the Constitutional Court, equivalent to that of Members of Parliament. Only the Constitutional Court, when sitting in plenary session, has the power to waive such immunity. Judges of the Constitutional Court may not be recalled by Parliament, they may only be removed from office by the above plenary session and in cases defined by the relevant Act of Parliament. The original idea was to elect, at three successive points of time, five judges each (i.e. fifteen judges) to the Constitutional Court. However, the Constitution was amended in 1994, whereby the number of judges of the Constitutional Court was reduced to eleven. The first five judges of the Constitutional Court were elected at the end of 1989, the second five following the parliamentary elections of May 1990. Since 1990 Parliament has elected new judges to the Constitutional Court several times to replace those whose office terminated, without renewing anyone in their office.

4. Competence and Jurisprudence of the Constitutional Court

On the basis of the Constitution and a separate Act of Parliament passed simultaneously therewith, a Constitutional Court was established which has, in comparison with corresponding institutions all over the world, a wide competence and to which over 1000 motions have been submitted each year ever since.

A/ Posterior review of the constitutionality of statutes

The activities of the Constitutional Court are focussed on the review of the constitutionality of statutes and the annulment thereof if they are found unconstitutional. It is the above posterior review of legal norms that the majority of motions are aimed at.

The vast majority of motions have been submitted by private persons. According to the relevant rule, anyone may contest any statute of the Hungarian legal system (except the Constitution) or any other legal instrument of public administration (e.g. a ministerial instruction), irrespective of the fact whether it affects or violates any fundamental right of the given person. Such "actio popularis" led, for example, to the annulment by the Constitutional Court of the death penalty in 1990 [Decision No. 23/1990. (X. 31.) AB].

Its power of posterior review of legal norms has been interpreted by the Constitutional Court on several occasions and from several points of view. In one of its decisions in 1993, the Constitutional Court held that as a result of the review of constitutionality of a statute the Constitutional Court may determine in its decision the constitutional requirements to be met in interpreting the legal norm [Decision No. 38/1993. (VI. 11.) AB]. The prevailing practice is that the Constitutional Court resorts to this method when annulment would not directly remedy the grievance in question (as annulment would result in a gap in the law, for instance), and the given unconstitutionality might be eliminated by defining the constitutional content of the legal norm.

Constitutional requirements are established either for the lawmakers or for those applying legal norms. When the Constitutional Court formulates such requirements for lawmakers, it actually determines the essence of the obligation to regulate and the constitutional framework thereof [e.g. Decision No. 1/1995. (III. 13.) AB]. More frequent, however, are cases where constitutional requirements are determined for those applying legal norms and pertain to the application thereof.

There have also been cases where the Constitutional Court extended its activities to the monitoring of constitutionality of the application of legal norms in practice. In a case involving the right of children to reveal their ancestry, it has held that it is not the text of the legal norm itself but the prevailing legal norm as it is given effect, enforced and realised, i.e. "living law", that is to be compared with the content of the provisions of the Constitution and with constitutional principles [Decision No. 57/1991. (XI. 8.) AB]. As for the content of the constitutional requirement, it can be either positive or negative. In the former case the Constitutional Court determines either a range within which interpretation of the legal norm remains within the framework of the Constitution [e.g. Decision No. 36/1994. (VI. 24.) AB], or the one possible interpretation that is constitutional [e.g. Decision No. 57/1995. (IX. 15.) AB]. By way of a negative definition the Constitutional Court determines which interpretation of the legal norm is

unconstitutional. In the latter case the legal norm may not be applied in the context defined by the Constitutional Court [e.g. Decision No. 46/1997. (IX. 30.) AB].

In connection with its power of posterior review of legal norms the Constitutional Court has set forth that in the course of its proceedings domestic law, international treaties and the Constitution shall be examined in parallel and in correlation with each other, and therefore in certain cases the question whether an obligation assumed under international law is in accordance with the Constitution or not is to be answered as well. On the basis of a motion aimed at such examination, the Constitutional Court has laid down that a statute promulgating an international treaty may also be subjected to an examination of constitutionality, and consequently the review might be extended even to the examination of the unconstitutionality of the international treaty, now constituting a part of the statute promulgating it [Decision No. 4/1997. (I. 22.) AB].

The competence of the Constitutional Court does not include any review of the Constitution itself. Therefore the Constitutional Court establishes its lack of competence in cases where the motion for posterior review of legal norms is aimed either at the alteration of the provisions of the Constitution or at the resolving of a real or alleged contradiction therein (i.e. Order No. 1125/I/1990. AB). The Constitutional Court has also interpreted its competence of posterior review of legal norms to determine whether it includes the examination of Acts of Parliament amending the Constitution. On the basis of its being bound to the Constitution, the Constitutional Court has held that it has no competence for the posterior review of any amended text now forming an integral part of the Constitution, namely Acts of Parliament amending the Constitution (Decision No. 1260/B/1997. AB).

Judges, while staying the proceedings of a case pending before them, may also initiate a posterior review of legal norms if they would have to apply a statute they deem unconstitutional. In cases initiated by judges the Constitutional Court, according to a decision made within its competence, passes specially prompt judgement. At the moment such motions account for less than 2 per cent of all motions.

B/ Prior, or Preventive Review of Unconstitutionality of Statutes

A more limited and less frequently applied form of control of the constitutionality of statutes is the so called prior, or preventive review of legal norms.

The form of preventive review of legal norms, to be exercised by the President of the Republic, has been laid down in the Constitution. This right of the President of the Republic may be considered a "constitutional veto" and it applies to the review of constitutionality of Acts passed by Parliament but not yet promulgated. This "veto" prevents the given Act of Parliament from entering into force before a review of its constitutionality. If unconstitutionality is established, the Act is returned to Parliament, which then has the obligation to eliminate such unconstitutionality.

Although there have been only a few cases where a preventive review of legal norms has been initiated by the President of the Republic, these were of great significance, such as the review of unconstitutionality of the Act on the prosecutability of crimes not prosecuted for political reasons [e.g. Decision No. 11/1992. (III. 5.) AB] or of that on the partial compensation for damage caused unjustly to the property of citizens during the past political regime [Decision No. 28/1991. (VI. 3.) AB]. The above decisions have been of fundamental importance in the process of a peaceful transition to the rule of law.

The review of constitutionality of the Act restricting the acquisition of property rights for agricultural land [Decision No. 35/1994. (VI. 24.) AB] as well as the review of the Act on the rules of actions to be taken against organised crime [Decision No. 1/1999. (II. 24.) AB] were also initiated by the President of the Republic. The latter initiative was not directed at a content-related but at a form-related examination, with the aim of clarifying whether the Constitution requires simple or qualified majority. In its decision the Constitutional Court held that the requirement of a qualified majority in order to pass certain Acts of Parliament determined by the Constitution is not merely a prescription pertaining to the form of legislative procedure, but it represents a constitutional guarantee, an essential component of which being the wide consent among Members of Parliament.

There used to be another form of preventive review of legal norms, ensuring the right of (at least) fifty

Members of Parliament to ask for the preventive review of unconstitutionality of bills having just reached the stage of final decision. Several decisions of significance were made by the Constitutional Court acting in the above competence. This form of initiating preventive review of legal norms, not laid down not in the Constitution itself but in an Act of Parliament, was abolished by Parliament in 1998 in an amendment to the Act on the Constitutional Court.

The Act on the Constitutional Court also allows the preventive review of constitutionality of provisions of international treaties before ratification. Such preventive review may be initiated by Parliament, the President of the Republic or the Government. So far none of those entitled have submitted any such motions.

C/ Review of Statutes for Conformity with International Treaties

The Act on the Constitutional Court also allows proceedings in cases where the contested statute violates an international treaty. This can be traced back to a provision of the Constitution, according to which Hungary accepts the generally recognised rules of international law and ensures that domestic law be in conformity with its obligations assumed under international law. Such proceedings may be initiated by the organs or persons designated by law (e.g. by Parliament, its Standing Committees, MPs, by the President of the Republic, by the Council of Ministers), as well as proprio motu by the Constitutional Court. So far only a small number of motions have been lodged with the Court on such grounds. Regarding its application in practice, violation of international treaties by statutes, as a separate competence, is of a supplementary nature, and apart from an examination whether statutes are in conformity with the Constitution, it also renders possible their examination whether they are in breach of international treaties. Since proceedings in the above competence may also be initiated proprio motu - ex officio -, the Constitutional Court has taken the opportunity to compare domestic law with international documents on human rights and the practice of application thereof. Since the promulgation in 1993 of the European Convention of Human Rights, the Constitutional Court has been continuously monitoring the practice of organs operating in Strasbourg and occasionally refers, in the course of passing judgements in cases, to the decisions of the European Court of Human Rights [e.g. Decision No. 5/1999. (III. 31.) AB].

D/ Determining Unconstitutional Omission to Legislate

The Constitutional Court may also establish that a legislative organ has created an unconstitutional situation by failing to perform its task to legislate. Proceedings may be initiated by anyone, or the Constitutional Court may proceed ex officio. In cases where such omission is established, the legislative organ in question has the obligation to comply with its task to legislate as indicated by the Constitutional Court in its appeal.

The Constitutional Court has interpreted its competence of establishing unconstitutional omission to legislate in several of its decisions. According to these, unconstitutional omission to legislate may be established by the Constitutional Court not only in cases where the given Act of Parliament has not been passed notwithstanding an explicit authorisation for that conferred by the Constitution but also in the absence of such authorisation, provided that the guarantees necessary for the assertion of fundamental rights are missing or where incomplete regulation jeopardises the constitutional assertion of rights [Decision No. 37/1992. (VI. 10.) AB; Decision No. 22/1995. (III. 31.) AB]. In another of its decisions the Constitutional Court has pointed out that unconstitutional omission to legislate may be established not only in lack of any regulations pertaining to the given subject matter but also where there is no statutory provision within the given regulatory concept that can be derived from the Constitution [e.g. Decision No. 27/1997. (IV. 29.) AB]. In interpreting this competence, in one of its later decisions the Constitutional Court drew the conclusion that the establishment of unconstitutional omission to legislate may also be justified by incomplete regulation violating legal certainty [e.g. Decision No. 4/1999. (III. 31.) AB]. In this competence the Constitutional Court has made several decisions of significance, for instance when it established unconstitutionality on the ground of a lack of rules of guarantee in the Act on national referenda [Decision No. 2/1993. (I. 22.) AB], or when it established omission on several occasions in connection with the Standing Orders of Parliament, on the grounds of its lacking the guarantees of

legislative procedures in accordance with the Constitution [e.g. Decision No. 29/1997. (IV. 29.) AB]. Whenever the Constitutional Court establishes unconstitutional omission to legislate, it calls upon the lawmaker to perform its obligation to regulate and fixes a time limit therefor.

E/ Passing Judgement on Constitutional Complaints

Those aggrieved in their rights guaranteed by the Constitution may lodge a constitutional complaint with the Constitutional Court if their grievance has been due to the application of a statute contrary to the Constitution and provided that they have already exhausted all other means of legal remedy. Complaints may be lodged within sixty days of delivery of a final judicial or administrative decision. Indeed, the procedure in connection with constitutional complaints might also be conceived as posterior review of legal norms only in individual cases; i.e. it is the constitutionality of the statute applied in the given case that the Constitutional Court reviews and not whether the given decision made by judges or state authorities violates any of the petitioner's constitutional rights. The Hungarian Constitutional Court can remedy the petitioner's grievance only inasmuch as it prohibits the application in the given case of the statute found unconstitutional.

The establishment of unconstitutionality of the reviewed statute does not, however, automatically entail prohibition of the application thereof [see e.g. Decision No. 59/1993. (XI. 29.) AB]. The Constitutional Court gives due consideration to all the circumstances of the case, including whether it is in the petitioner's "utmost interest" that the legal norm not be applied in the given case.

The amendment in 1999 of Act III of 1952 on Civil Procedure made it possible for petitioners to move for a new trial of their case by ordinary courts provided that, on the basis of the complaint, the Constitutional Court establishes with retroactive effect the unconstitutionality of application in the given case of the contested statute. Thus constitutional complaints have become a real means of legal remedy, although motions lodged within this competence are still quite few.

Under constitutional complaints the Constitutional Court may review the constitutionality of already repealed statutes as well [Decision No. 51/1998.. (XI. 27.) AB].

The strict conditions laid down for lodging such complains might account for the fact that constitutional complaints represent only about 1 per cent of all motions.

F/ Resolution of Certain Conflicts of Competence

The Constitutional Court may pass judgement in questions related to conflicts of competence among different state organs or local government authorities, as well as in those between a local authority and a state organ. Such motions are lodged in negligible numbers.

The competence of the Constitutional Court to resolve conflicts of competence does not extend to the resolution of constitutional conflicts between branches of government, and therefore such cases (e.g. constitutional disputes between the government and the President of the Republic) have been decided within some other competence of the Constitutional Court (posterior review of legal norms, abstract interpretation of the Constitution) [Decision No. 36/1992. (VI. 10.) AB].

Due to the nature of this competence of the Constitutional Court, only issues of lesser significance belong to the category of resolution of conflicts of competence, such as the Constitutional Court's designating the organ to act in conflicts of competence between a settlement's notary and medical officer's service (Decision No. 911/F/1998. AB) or between the notary and the environment protection inspectorate (Decision No. 503/F/1997. AB).

G/ Interpretation of Provisions of the Constitution

With each of its decisions the Constitutional Court necessarily interprets certain provisions of the Constitution as well. The Constitutional Court, however, has also been given by an Act of Parliament the competence to interpret, upon the motion of organs laid down therein, certain constitutional rules in the abstract and regardless of particular cases. There are not many Constitutional Courts that have been endowed with such powers. Scarce in number (under one per cent of all motions), these motions are

nonetheless of great importance in terms of constitutional law. In 1991 and 1992, for instance, in two of its decisions the Constitutional Court dealt with the interpretation of the constitutional competence of the President of the Republic [Decisions No. 48/1991. (IX. 26.) and No. 36/1992. (VI. 10.) AB]. The constitutional framework for legislation on compensation was also determined by an abstract interpretation of property rights and the prohibition of discrimination [Decision No. 21/1990. (X. 4.) AB]. In interpreting the Constitution the Constitutional Court has made the restriction that motions are to be aimed at a particular constitutional problem, fending off thereby the danger of assuming a responsibility otherwise to be borne by the legislator or the government.

One of the decisions made in recent years within the competence of interpreting the Constitution was initiated by the President of the Supreme Court, seeking an answer, in connection with a particular case, to the question whether children may be members of associations for the legal protection of homosexuals. In its decision the Constitutional Court interpreted the provisions of the Constitution pertaining to child protection as well as to the right of association [Decision No. 21/1997. (V . 17.) AB]. Another significant decision was the one made upon a motion lodged by parliamentary commissioners and interpreting the provision of the Constitution declaring the right to social security from the point of view of the right to housing. The Constitutional Court pointed out that the right to social security laid down in the Constitution contains state guarantees for the minimum of subsistence to be ensured by the entirety of social provisions. From the guarantee of the minimum of subsistence no specific rights (such as "the right to housing") may be derived as fundamental constitutional rights. The Constitutional Court determined, however, that in framing the system of social provisions the protection of human life and dignity is a basic constitutional requirement. Therefore, the state has the obligation to provide the basic conditions of human existence, including shelter for the homeless in order to ward off the dangers directly threatening human life [Decision No. 42/2000. (XI. 8.) AB].

Within its competence to abstractly interpret the Constitution the Constitutional Court has made twenty-one decisions in the past ten years.

H/ Miscellaneous Proceedings

According to the Constitution, it falls within the competence of the Constitutional Court to conduct criminal proceedings against the President of the Republic and to pass judgement on his or her actions, as well as to give an opinion on the proposals of the Government made for Parliament and related to the dissolution of local government bodies of representatives on grounds of unconstitutional operation. The Act on the Constitutional Court makes it possible for other Acts of Parliament to refer certain other procedures to the competence of the Constitutional Court. Thereupon Act C of 1997 on the election procedure specified and at the same time expanded the competence of the Constitutional Court related to national referenda, making the Constitutional Court in such matters an instance for legal redress and ordaining specially prompt proceedings. Within the above competence the Constitutional Court may pass a final decision whether or not a referendum may be held on the given issue (the Constitution defining the scope of subject matters on which no referenda may be held), and it is to be decided by the Constitutional Court as well whether decisions made by Parliament on holding or refusing to hold a referendum are in accordance with the Constitution. It was within the above competence that the Constitutional Court found unconstitutional the motions for a referendum on whether capital punishment should be restored [Decision No. 11/1999. (V. 7.) AB] or on changing of the form of government [Decision No. 28/1999. (X. 6.) AB]. These decisions are in conformity with the Constitutional Court's standpoint set forth in connection with a case related to another competence of the Constitutional Court and stating that no referendum may aim at initiating an amendment of the Constitution [Decision No. 2/1993. (I. 22.) AB].

**THE MATERIAL WAS PREPARED BY THE
EXPERT GROUP OF THE CONSTITUTIONAL
COURT OF HUNGARY FOR ALMANAC**

Резюме

В 1989 году Парламент Венгрии принял решение о создании Конституционного Суда, но основные положения о Конституционном Суде Парламент, дополнив Конституцию (статья 32/A), принял в октябре 1989 года. Конституционный Суд начал свою работу 1 января 1990 года.

Конституционный Суд является основным органом по защите Конституции, его задачей является осуществление контроля за конституционностью законов и защита конституционных норм и фундаментальных прав, гарантируемые Конституцией.

Конституция содержит только основные нормы о Конституционном Суде, а вопросы ее организации регулируются отдельным законом, который, согласно Конституции, должен быть принят 2/3-ими голосов членов Парламента.

В исполнении своих обязанностей Конституционный Суд независим. Конституционный Суд не является частью общей судебной системы. Конституционный Суд сам составляет свой бюджет и, как часть государственного бюджета, предьявляет его на утверждение Парламента.

Конституционный Суд состоит из 11 членов. Из их числа на 3 года избираются Президент и Вице-президент, которые исполняют координирующие и представительные функции без воздействия на независимость членов Конституционного Суда.

Решения Конституционного Суда обязательны для всех и обжалованию не подлежат. Решения о конституционности актов Парламента выносятся на пленарное заседание в составе всех судей, а решения о конституционности решений правительства и актов низшего уровня, как правило, рассматриваются палатами в составе трех судей. Решения принимаются большинством голосов.

Решения Конституционного Суда о прекращении действия актов или о толковании норм Конституции публикуются в официальной газете Венгрии. Все решения Конституционного Суда и решения о прекращении дела публикуются в официальной газете "Решения Конституционного Суда". Кроме решений публикуются также особые мнения судей.

Члены Конституционного Суда избираются 2/3-ими голосов членов Парламента. Кандидаты представляются комиссией, в состав которой входят по одному из членов партий, представленных в Парламенте.

Членами Конституционного Суда могут быть только юристы-теоретики или в последние 12 лет - практикующие юристы. Члены Конституционного Суда избираются на 9 лет и могут быть вторично переизбраны. Полномочия членов Конституционного Суда прекращаются по достижении ими 70 - летнего возраста.

Члены Конституционного Суда не могут выполнять иную работу, кроме научной, педагогической и творческой. Они пользуются таким же иммунитетом, каким пользуются члены Парламента. Член Конституционного Суда не может быть отозван Парламентом. Иммунитета может лишиться только Конституционный Суд в пленарном заседании. Член Конституционного Суда может быть освобожден от должности только в предусмотренных законом случаях.

В Конституционный Суд поступает более 1000 заявлений в год.

Конституционный Суд осуществляет последующий контроль, и большинство заявлений принимаются от частных лиц. Согласно закону, каждый имеет право обжаловать любой акт венгерской правовой системы (кроме Конституции) или акт публичной администрации, если он нарушает или затрагивает любое право человека.

Судьи по делам, находящимся на их рассмотрении, также могут возбудить дело в Конституционном Суде, если применяемый акт, по их мнению, противоречит Конституции. В таких случаях Конституционный Суд принимает срочные решения.

Превентивный контроль за конституционностью правовых норм осуществляется по заявлению Президента Республики. Это право Президента касается "конституционного вето" и актов Парламента, которые еще не вступили в силу. Это вето не позволяет вступить в силу акт

Парламента, пока не решится вопрос его конституционности. Если он признается неконституционным, он возвращается в Парламент, который обязан устранить неконституционность.

Существует также и другая форма превентивного контроля, которая позволяет как минимум 15 членам Парламента оспорить конституционность закона, который находится в последней стадии принятия.

Закон “О Конституционном Суде” предусматривает возможность превентивного контроля за конституционностью международных договоров, которые еще не ратифицированы. Такой контроль может осуществляться по заявлению Парламента, Президента или Правительства. До сих пор такой контроль не осуществлялся.

В Конституционном Суде можно возбудить дело в случаях, когда законодатель создает неконституционную ситуацию, не исполнив свои обязанности. Такое дело может возбудить каждый или сам Конституционный Суд. Когда Конституционный Суд устанавливает неконституционность бездействия законодателя, он своим решением в назначенные сроки обязывает его исполнить свой долг.

Индивидуальные конституционные жалобы могут быть представлены в Конституционный Суд, только когда исчерпаны все внутригосударственные средства защиты. Жалобы могут быть предъявлены в течение 60 дней со дня вынесения окончательного судебного или административного решения.

На основе конституционной жалобы Конституционный Суд может также проверить конституционность уже не существующих актов. Из-за очень строгих условий, предусмотренных для подачи таких жалоб, их число составляет 1% от всех заявлений.

Конституционный Суд может принять решения по вопросам споров о компетенции между разными государственными и местными органами управления, а также споров между государственными и местными органами управления. Полномочия Конституционного Суда разрешать такие споры не распространяются на конфликты между ветвями власти.

Кроме того, что в своих решениях Конституционный Суд дает толкование некоторых норм Конституции, он также уполномочен давать толкование норм Конституции по прошению уполномоченных органов. За последние 12 лет своего существования Конституционный Суд по делам о толковании Конституции принял 21 решение.

Согласно Конституции, Конституционный Суд уполномочен возбуждать уголовный процесс против Президента Республики и принимать решение о его действиях, а также по представлению правительства выражать мнение для Парламента, связанное с роспуском местного представительного органа на основании неконституционных действий.

Актом “С “ 1997года ”О Выборах” Конституционный Суд наделен полномочиями, связанными с национальным референдумом. В рамках этих полномочий Конституционный Суд может принять решение о проведении референдума по тому или иному вопросу, а также решить вопрос о конституционности решения Парламента о проведении или отказа в проведении референдума.

Эсенканов Качыке
Судья Конституционного суда
Кыргызской Республики

Конституционное судопроизводство в Кыргызской Республике: особенности и проблемные аспекты

В соответствии с Законом Кыргызской ССР от 14 декабря 1990 года «О реорганизации системы органов государственной власти и управления в Кыргызской ССР и внесении изменений и дополнений в Конституцию (Основной Закон) Кыргызской ССР» созданный до того, но еще не сформированный в полном составе Комитет конституционного надзора Кыргызской ССР был упразднен и учрежден Конституционный суд Кыргызской ССР, в составе Председателя, двух заместителей и 6 членов суда. Но этим Законом не были определены конкретные полномочия и организационные формы конституционного судопроизводства. Полномочия Конституционного суда Кыргызской Республики исчерпывающе были определены Конституцией Кыргызской Республики от 5 мая 1993 года, а организационные формы конституционного судопроизводства установились с принятием Закона Кыргызской Республики от 18 декабря 1993 года «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики». Одновременно принят Закон «О Конституционном суде Кыргызской Республики». Тем самым, приняты отдельные законы регулирующие статусный и процессуальный характер деятельности Конституционного суда Кыргызской Республики.

Так, Закон «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» в трех главах, состоящих из 30 статей регламентирует принципы конституционного судопроизводства, пределы разрешения дел, определяет субъекты обращения в Конституционный суд Кыргызской Республики и участников конституционного судопроизводства, порядок возбуждения судопроизводства, возможность отказа в возбуждении и порядок его обжалования, порядок подготовки дела к судебному рассмотрению, виды актов Конституционного суда и порядок их исполнения.

Конституционное судопроизводство, как и другие виды судопроизводства имеет общую основу основных принципов отправления правосудия, в то же время предполагая ряд существенных особенностей, касающихся предмета рассмотрения, участников и субъектов конституционного судопроизводства.

Прежде чем приступить к раскрытию природы принципов осуществления конституционного правосудия, следует отметить законодательную основу и задачи конституционного правосудия. Процессуальная деятельность Конституционного суда Кыргызской Республики основывается на положениях Конституции Кыргызской Республики, закрепивших полномочия и общие принципы осуществления конституционного правосудия, на законах Кыргызской Республики «О Конституционном суде Кыргызской Республики», «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики», а также на Регламенте Конституционного суда, принимаемого самим Конституционным судом Кыргызской Республики. Задачами же конституционного судопроизводства являются всестороннее, полное и объективное рассмотрение дел по защите Конституции Кыргызской Республики в целях утверждения верховенства Конституции Кыргызской Республики и обеспечения конституционной законности.

Принципы конституционного судопроизводства – это идеи посредством которых достигаются правосудные решения и которые определяют саму сущность и содержание конституционного судопроизводства.

Они нормативно закреплены в Законах «О Конституционном суде Кыргызской Республики» и «О конституционном судопроизводстве», к их числу относятся независимость, коллегиальность, гласность, устность разбирательства, язык судопроизводства, непосредственность и непрерывность рассмотрения, законность и обоснованность решений. В целом перечисленные принципы перекликаются с принципами других видов судопроизводств, но имеют различие по

определенным критериям. Так, принципы конституционного судопроизводства должны быть незыблемыми прежде всего для самих судей, поскольку в Конституционном суде дело рассматривается один раз и вынесенное решение является окончательным, обжалованию не подлежит, также в Конституционном суде рассматриваются дела более высокого порядка, т.е. о конституционности актов или действий, которые имеют обширный ареал действий, нежели конкретное уголовное, гражданское или иное дело.

Принцип независимости судей Конституционного суда Кыргызской Республики, наряду с другими судьями системы правосудия, закреплен в пункте 4 статьи 79 Конституции Кыргызской Республики, что они подчиняются только Конституции и закону, в то же время статья 2 Закона «О Конституционном суде Кыргызской Республики» установила, что судья подчиняется только Конституции Кыргызской Республики. В данном случае, в определенном смысле можно говорить о коллизии этих двух норм, но на самом деле в специальном законе, по нашему мнению, только подчеркивается особый характер полномочий Конституционного суда, сверяющего свои решения по существу, только на нормах Конституции. Независимость судьи Конституционного суда Кыргызской Республики гарантированы, как нормами настоящего закона, так и другими нормативными актами, но сравнивая правовое и иное положение судей Конституционного суда Кыргызской Республики с другими коллегами из стран СНГ, можно было бы пожелать им дополнительные гарантии усиления их независимости.

Конституционный суд Кыргызской Республики является коллегиальным органом. Принцип коллегиальности закреплен в статье 3 Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики». Рассмотрение дел, дача заключений, принятие Регламента и вопросов о приостановлении полномочий судьи производятся коллегиально в составе не менее семи судей (Конституционный суд Кыргызской Республики состоит из 9 судей). Заседания Конституционного суда Кыргызской Республики по другим вопросам рассматриваются простым большинством списочного состава судей. При определении списочного состава судей, для исчисления кворума не принимаются в расчет судьи, чьи полномочия приостановлены в порядке установленном законом.

Одним из важных особенностей конституционного судопроизводства является отсутствие у сторон права заявлять отвод судьям Конституционного суда Кыргызской Республики, законодательством установлена обязанность судьи заявлять самоотвод, если его объективность может вызвать у состава суда, сторон сомнение вследствие его прямой или косвенной заинтересованности в исходе решения дела, но в данном случае не должны учитываться соображения по политическим склонностям или иной практической целесообразности. Самоотвод судьи заявляется в письменной форме и разрешается всем составом суда в совещательной комнате.

Принцип гласности, закрепленный в статье 4 Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» устанавливает, что Конституционный суд Кыргызской Республики извещает участников о времени и месте своих заседаний письмом и оповещает общественность объявлением, вывешиваемом в занимаемом им помещении в специально отведенных местах, доступных для граждан, а также через средства массовой информации.

Разбирательство дел в Конституционном суде Кыргызской Республики происходит открыто, за исключением случаев, когда это противоречит интересам охраны государственной тайны, обеспечения безопасности граждан, тайны их личной жизни и защиты общественной нравственности.

В этих случаях суд может провести закрытое судебное заседание полностью или в его части, запретив его огласку. В закрытом судебном заседании могут присутствовать лишь лица, участвующие в деле, их представители, а в необходимых случаях – свидетели, эксперты, переводчики.

Помещение где проводится заседание должно быть доступно для публики и представителей средств массовой информации. Присутствующие при этом вправе делать письменные заметки, вести стенограмму и звукозапись с занимаемого ими места. Лишь для трансляции хода заседания по радио и телевидению, а также для проведения киносъемок, фотосъемок и видеозаписи требуется разрешение состава суда рассматривающего дело.

Но, в случае допущения вмешательства публики или отдельных лиц в нормальный ход заседания путем выражения одобрения или неодобрения происходящего, после предупреждения, Конституционный суд Кыргызской Республики может удалить их из зала заседания.

Решение же Конституционного суда Кыргызской Республики во всех случаях провозглашается публично.

В отличие от некоторых конституционных судов, где процедура рассмотрения дел допускается в письменной форме, в Конституционном суде Кыргызской Республики установлен принцип устности судебного разбирательства, т.е. Конституционный суд Кыргызской Республики на своем заседании обязан заслушать объяснения участников заседания и огласить документы, имеющиеся у всех судей и участников заседания.

Судопроизводство в Конституционном суде Кыргызской Республики - согласно статьи 6 Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» осуществляется, а принимаемые Конституционным судом Кыргызской Республики решения излагаются и провозглашаются на государственном языке Кыргызской Республики, каковым является - кыргызский язык. Участникам заседания, не владеющим языком судопроизводства, суд обеспечивает перевод процесса судопроизводства на их родной язык или на язык, которым они владеют. Такими же правами обладают свидетели, эксперты, специалисты участвующие в деле. Протокол заседания Конституционного суда Кыргызской Республики должен вестись на государственном языке. Однако, в силу объективно сложившихся обстоятельств, суд в случаях когда все стороны процесса не в достаточной мере владеют государственным языком, по ходатайству участников процесса ведет процесс на русском языке. Но, после конституционного признания русского языка в качестве официального в Кыргызской Республике и в силу прямого действия норм Конституции, у Конституционного суда Кыргызской Республики имеется правовое основание рассмотрения дел как на государственном, так и на русском языке.

Одним из важных принципов рассмотрения дел, в известной мере перекликающийся принципом устности – является принцип непосредственности. В соответствии с ним Конституционный суд Кыргызской Республики не вправе принимать решение по существу дела без непосредственного его рассмотрения в установленном порядке. Судьи Конституционного суда Кыргызской Республики лично участвуют в рассмотрении дела с момента открытия заседания до его закрытия и никто из них не имеют права уклониться от рассмотрения дела за исключением случаев, препятствующих участию судьи в заседании. Вступление нового судьи к рассмотрению дела влечет возобновление производства по делу с начала судебного разбирательства. Невозможность участия судьи в судебном разбирательстве в дальнейшем рассмотрении дела не препятствует продолжению заседания, если имеется кворум. Законодательно установлено, что судья не вправе воздерживаться от голосования и обязан лично выражать свою позицию по делу до оглашения решения.

Законом «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» установлены и другие принципы, в частности непрерывности, тайны совещания, законности и обоснованности решения, присущие и другим видам судебных разбирательств. Но, на наш взгляд следовало установить принцип состязательности и равноправия сторон, которые отвечали бы требованиям отправления правосудия в правовом государстве. Хотя, этот принцип не получил непосредственного законодательного закрепления, но он вытекает из природы судебного конституционного процесса и отражены в правах участников конституционного судопроизводства, а также Регламент Конституционного суда Кыргызской Республики установил,

что разрешение дел и дача заключений в Конституционном суде осуществляется исходя из равенства сторон перед Законом и судом, независимо от места нахождения, подчиненности сторон, а граждан – независимо от их происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, политических убеждений, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий.

Важнейшим элементом конституционного судопроизводства является определение субъектов обращения в Конституционный суд Кыргызской Республики. Так, в соответствии со статьей 14 Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» правом обращения в Конституционный суд Кыргызской Республики обладают:

1. Президент Кыргызской Республики;
2. Депутаты Жогорку Кенеш Кыргызской Республики (парламента);
3. Правительство Кыргызской Республики;
4. Премьер-министр Кыргызской Республики;
5. Суды Кыргызской Республики;
6. Генеральный прокурор Кыргызской Республики;
7. Местные кенешы (органы местного самоуправления);
8. Юридические лица и граждане по вопросам, непосредственно затрагивающим их

конституционные права, если они не подведомственны другим судам. Отсюда вытекает, что другие субъекты наделены правом обращения в Конституционный суд Кыргызской Республики по всем спектрам полномочий Конституционного суда Кыргызской Республики. Анализ законодательств других стран по конституционному судебному процессу показывает, что наше законодательство определило более широкий круг субъектов, обладающих правом обращения по установлению конституционного порядка и за защитой нарушенных конституционных прав.

Таким образом, после выяснения вопроса о субъектах, можно будет говорить вообще об участниках конституционного судопроизводства, ими в соответствии со статьей 15 Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» признаются:

1) стороны – лица и органы, по представлениям и ходатайствам которых возбуждено конституционное судопроизводство; должностные лица и органы, о конституционности действий и решений которых возбуждено конституционное судопроизводство;

2) представители сторон – представители по должности, представители по закону, адвокаты.

Участники конституционного судопроизводства по одному и тому же вопросу вправе поручить ведение дела одному из них. Полномочия представителя участника конституционного судопроизводства оформляются в порядке предусмотренном гражданско-процессуальным законодательством.

Исключение из общих правил составляет суд, по представлению которого возбуждено конституционное судопроизводство, стороной не признается и на заседание Конституционного суда не вызывается.

Закон «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» установил порядок последовательных действий участников конституционного судопроизводства, преследующих в конечном счете цель – принятие окончательного решения по делу. Этот порядок можно называть и стадией конституционного судопроизводства. Исходя из норм указанного Закона можно выделить нижеследующие стадии конституционного судопроизводства:

1) подача в Конституционный суд Кыргызской Республики обращений (представлений, ходатайств);

2) предварительное рассмотрение обращений в Конституционный суд Кыргызской Республики;

3) возбуждение конституционного судопроизводства или отказ в возбуждении конституционного судопроизводства;

4) подготовка материалов к судебному разбирательству;

- 5) судебное разбирательство;
- 6) принятие решения судом в совещательной комнате;
- 7) провозглашение решения;
- 8) порядок вступления в силу решения и его исполнение.

Процессуальные действия совершаются в сроки установленные законом или назначенные Конституционным судом. Сроки исчисляются месяцами, днями, начиная со следующего дня календарной даты. Срок, исчисляемый месяцами, истекает в соответствующий день последнего месяца установленного срока. В случае, когда последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается первый, следующий за ним рабочий день.

Установление процессуальных сроков преследует цель для претворения в жизнь принципа скорого суда, дисциплинирует как самого судебного органа, так и участников процесса, предупреждая нежелательные последствия для сторон, которые могут наступить при волоките в рассмотрении судебного дела. В то же время сроки должны быть разумными, исключая возможность поверхностной подготовки и рассмотрения дела.

Законодательством Кыргызской Республики установлены общие сроки для всех категорий дел рассматриваемых Конституционным судом Кыргызской Республики, хотя целесообразнее было бы дифференцированный подход применительно к отдельным категориям дел, поскольку общий пятидневный срок для возбуждения конституционного судопроизводства по всем категориям дел является явно недостаточным, принимая во внимание, что помимо обращения и приложенных к нему документов во многих случаях требуется собирание и изучение других дополнительных материалов.

Вообще по обращениям отвечающим требованиям Закона изучение вопроса, должно начинаться не менее чем в семидневный срок, а рассмотрение же вопроса должно быть окончено в течении шести месяцев. Таким образом, законодательством установлены сроки для начала рассмотрения обращения и его завершения.

Обращения в Конституционный суд Кыргызской Республики представляется не в произвольной форме, как и все обращения в другие суды, оно должно иметь определенную форму и содержать определенные, обязательные сведения.

Обращение юридических лиц и граждан именуется ходатайством, а обращения остальных субъектов – представлением. Требования и тому, и другому являются одинаковыми, т.е. все обращения должны содержать данные о том, куда направляется, от кого исходит, против какого органа подается, их точные наименования и местонахождение. Обратившееся лицо должно изложить обстоятельства, на которых оно основывает свое требование и доказательства, подтверждающие изложенные факты, исходные данные оспариваемого нормативного акта, и самое главное, конкретное обоснование позиции по поводу конституционности оспариваемого нормативного акта или деятельности должностного лица и сущность требования, а также нормы Конституции Кыргызской Республики и Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» дающее право на обращение в Конституционный суд Кыргызской Республики.

Представления, подаваемые в Конституционный суд Кыргызской Республики Президентом, Премьер-министром, депутатами Жогорку Кенеша, Генеральным прокурором Кыргызской Республики возбуждаются единолично и подписываются ими лично, а возбуждение представления Правительством, Верховным судом, Высшим Арбитражным судом Кыргызской Республики производятся коллегиально – на своих заседаниях, путем вынесения соответствующего постановления. Возбуждение представления местными кенешами производится на сессиях принятием постановления, а местными судами – в своих заседаниях, путем вынесения определения, подписываемого составом суда.

Ходатайство граждан и юридических лиц направляются в Конституционный суд за подписью гражданина или органа юридического лица.

Поступившее обращение на предмет их соответствия требованиям Законов «О Конституционном суде Кыргызской Республики» и «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» изучается специалистами аппарата и со справкой передается Руководителю аппарата для доклада Председателю Конституционного суда. Обращение, неподведомственное Конституционному суду – после доклада Председателю Конституционного суда, канцелярией направляется по подведомственности.

Регламентом Конституционного суда Кыргызской Республики определены полномочия Председателя Конституционного суда и его заместителя, а также Секретаря Конституционного суда по подготовке заседания Конституционного суда. Председатель Конституционного суда, осуществляя общее руководство подготовкой заседаний Конституционного суда, по поступившим обращениям вправе возвращать или направить Руководителю аппарата для дополнительной проработки материалы по представлению или ходатайству, с указанием срока представления материалов. Надлежаще оформленные материалы передаются для решения вопроса возбуждения конституционного судопроизводства судье, в случаях особой сложности заявленных в представлении, ходатайстве требований, либо исключительной их важности проведения проверки материал для подготовки может быть поручено нескольким судьям.

Председатель Конституционного суда вправе в любое время ознакомиться с находящимися у судей (судьи) материалами проверок и дел, в случаях необходимости передать их для дальнейшей проверки или подготовки другому судье или судьям Конституционного суда, по жалобе сторон может вынести на рассмотрение в заседании Конституционного суда вопрос об обоснованности вынесения судьей или судьями определения об отказе в возбуждении конституционного судопроизводства либо его возбуждении. Председатель Конституционного суда вправе в случаях особой важности заявленных в представлении, ходатайстве требований продлить не более чем на один месяц срок подготовки дела к рассмотрению в судебном заседании. Председатель Конституционного суда может созвать судей, аппарат Конституционного суда на совещание для обсуждения вопросов связанных с подготовкой судебного заседания.

Заместитель Председателя Конституционного суда замещает Председателя в случае его отсутствия или невозможности осуществления им своих функций.

Секретарь Конституционного суда Кыргызской Республики избираемый судьями Конституционного суда сроком на пять лет, наряду с исполнением обязанностей судьи Конституционного суда, осуществляет обеспечение работы по подготовке заседаний Конституционного суда, в этих целях он:

- 1) осуществляет контроль за соблюдением, установленных Законом «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» сроков подготовки к рассмотрению представлений и ходатайств, переданных Председателем;
- 2) составляет график (план) рассмотрения на заседаниях Конституционного суда дел конституционного судопроизводства, представляет его на рассмотрение судей не позднее пятого числа очередного квартала с последующим утверждением на заседании Конституционного суда и контролирует за его выполнение;
- 3) оказывает содействие судьям Конституционного суда в обеспечении, не позднее чем за десять дней до начала судебного заседания вручений копий материалов дела всем судьям Конституционного суда и участникам заседания;
- 4) осуществляет организационное и техническое обеспечение очередного заседания Конституционного суда, включая проверки явки в суд участников судебного заседания Конституционного суда, готовность технических средств, обеспечивающих нормальное проведение заседания Конституционного суда;
- 5) обеспечивает стенографирование и протоколирование каждого заседания Конституционного суда;

Секретарь Конституционного суда обеспечивает подготовку проекта ежегодного послания о состоянии конституционной законности в республике Конституционного суда Президенту Кыргызской Республики, Жогорку Кенешу (парламенту) Кыргызской Республики и Правительству Кыргызской Республики и представляет его на рассмотрение в заседании Конституционного суда.

Поступившее обращение передается Председателем Конституционного суда в семидневный срок для решения вопроса о возбуждении конституционного судопроизводства судьей Конституционного суда или может оставить себе. Судья проверив обращение в пятидневный срок выносит определение о возбуждении конституционного судопроизводства и проводит подготовку дела на заседание Конституционного суда Кыргызской Республики или выносит определение об отказе в возбуждении конституционного судопроизводства и возвращает материалы заявителю.

В возбуждении конституционного судопроизводства отказывается в случаях, когда представление или ходатайство по форме и содержанию не соответствует требованиям закона, если исходит от ненадлежащего субъекта, от ненадлежащих представителей, заявленное требование не подведомственно Конституционному суду или они не получили разрешения в Конституции Кыргызской Республики, а также если конституционность указанного в обращении вопроса проверялась Конституционным судом и имеется акт Конституционного суда сохраняющий свою силу.

Подготовка дела к судебному рассмотрению должна быть осуществлена в двухмесячный срок. Судья в этот срок определяют стороны по делу, разъясняет им их права и обязанности, проводит опрос, собирает необходимую документацию или информацию, проводит опрос соответствующих должностных и иных лиц, при необходимости привлекает ученых, практических работников в качестве экспертов, специалистов, определяет круг

свидетелей, экспертов, свидетелей. В ходе подготовки дела связанные между собой требования возбужденные самостоятельно, могут быть соединены в одно судопроизводство, либо выделены неподведомственные требования заявленные в одном обращении.

Сторона предъявившая требование имеет право снимать вопрос, в этом случае судья обязан вынести определение о прекращении конституционного судопроизводства.

После завершения подготовительных работ и не позднее чем за десять дней до начала заседания, судья обеспечивает вручение копии материалов дела всем судьям Конституционного суда Кыргызской Республики и участникам заседания, затем выносит определение о назначении дела к заседанию, извещает участников заседания и принимает меры по обеспечению участия необходимых лиц.

Отличие от других видов судопроизводства, Закон «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» обязывает судью-докладчика подготовить проект решения по имеющимся материалам, очевидно, что данный проект должен представляться только судьям и иметь значение как документ, отражающий позицию только судьи-докладчика, причем неокончательную, либо истина должна выясняться только в судебном заседании, а решение – приниматься составом суда в совещательной комнате.

Участники конституционного судопроизводства в пределах полномочий пользуются равными процессуальными правами, то есть они имеют право знакомиться с материалами дела, производить с них выписки, снимать копии, представлять доказательства, участвовать в исследовании доказательств, представлять свои доводы и соображения по всем возникающим в ходе процесса вопросам и выступать с заключительной речью.

В ходе процесса стороны имеют право заявлять ходатайства, давать устные и письменные объяснения судьям, высказывать свое мнение по заявленным обращениям. Сторона, возбуждающая конституционное судопроизводство в ходе подготовки рассмотрения этого вопроса имеет право изменить основания или предмет требований, увеличить или уменьшить их объем или же

отказаться от требований. Сторона, против которой возбуждены требования, вправе признать их полностью или частично, либо возражать против них.

Каждая сторона обязана представлять доказательства и доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений. Участники конституционного судопроизводства обязаны добросовестно пользоваться своими правами. Сообщение ими судьям заведомо ложных сведений расценивается как неуважение к Конституционному суду Кыргызской Республики и влечет ответственность по закону.

Закон «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики» предусматривает право Конституционного суда Кыргызской Республики налагать штрафы и применять другие меры принуждения с целью защиты достоинства судей Конституционного суда, участников заседания и обеспечения нормального хода конституционного судопроизводства. Допускается удаление с заседания и наложение штрафа в размере до пятимесячной минимальной заработной платы на должностных лиц и до двух месячной минимальной заработной платы на граждан за каждый случай нарушения, выразившийся, провозглашением неконституционных утверждений и призывов независимо от формы их выражения, вмешательством в процессуальную деятельность судей, оказания на них воздействия помимо установленных правил конституционного судопроизводства, неисполнение или несвоевременное исполнение без уважительных причин требований и решений судей Конституционного суда в процессе подготовки и рассмотрения дела, неявка или неуведомление о причинах неявки в Конституционный суд, нарушение порядка заседания Конституционного суда, неподчинение судьям Конституционного суда, пренебрежение к принятым в Конституционном суде правилам этикета и процедурам, оскорбительное отношение к судьям и использование оскорбительных выражений, а также самовольное нарушение участниками заседания последовательности выступлений. Указанные меры процессуальной защиты применяются немедленно по протокольному определению Конституционного суда, если вышеуказанные нарушения были проявлены в процессе заседания, в иных случаях применяются в порядке предусмотренном законодательством Кыргызской Республики.

Рассмотрение дел в Конституционном суде Кыргызской Республики проводится в заседании под председательством Председателя Конституционного суда, а в его отсутствие его заместителя. Порядок проведения заседания определен статьей 23 Закона «О конституционном судопроизводстве Кыргызской Республики», в соответствии с ней, в назначенное время председательствующий объявляет заседание Конституционного суда Кыргызской Республики открытым, оглашает дело подлежащее рассмотрению, удостоверяется в наличии достаточного количества судей и обеспеченности протоколирования, предоставляет слово секретарю судебного заседания для доклада о наличии вызванных участников заседания, свидетелей, специалистов, экспертов и о причине неявки отсутствующих, разъясняет сторонам их права и обязанности, а вызванным лицам их обязанности и ответственность. Опрашивает участников заседания о наличии ходатайств о вызове дополнительных свидетелей, специалистов, об истребовании дополнительных материалов и ставит их на разрешение суда, затем объявляет о начале рассмотрения дела.

Рассмотрение каждого дела начинается с выступления судьи-докладчика, который излагает существо дела, повод и основание для его рассмотрения, содержание имеющихся материалов, а также его ответов на вопросы возникшие у судей Конституционного суда Кыргызской Республики. Затем заслушиваются объяснения сторон, причем, как установлено уже практикой, первым заслушивается обратившаяся сторона. Сторонам могут быть заданы вопросы судьями, а также они имеют право задавать вопросы и получать ответы взаимно. В заседании также заслушиваются приглашенные лица, оглашаются необходимые документы.

По окончанию исследования объяснений участников заседания и других материалов, заслушиваются заключительные речи сторон. Сторона имеет право отказаться от заключительной речи.

После заключительной речи сторон, председательствующий объявляет об окончании судебного разбирательства и удалении судей в совещательную комнату.

Во время совещания Конституционного суда Кыргызской Республики, на котором принимается решение суда, присутствие посторонних лиц не допускается, за исключением работников суда, обеспечивающих протоколирование и нормальный ход совещания судей. Разглашение суждений, имевших место во время совещания судей, не допускается.

В ходе совещания, происходящем в совещательной комнате, судьи Конституционного суда Кыргызской Республики могут свободно излагать собственную позицию по рассматриваемому вопросу и просит у других судей уточнить их позиции.

Решение Конституционного суда Кыргызской Республики считается принятым, если за него проголосовало большинство от присутствующих на заседании судей. В случае, когда ни одно предложение не собрало большинства голосов, председательствующий ставит на повторное голосование два предложения, собравшие наибольшее количество голосов. При равенстве голосов считается принятым решение, за которое голосовал председательствующий.

Решение Конституционного суда Кыргызской Республики выносится и провозглашается немедленно. В исключительных случаях по особо сложным делам составление мотивированного решения может быть отложено на срок до десяти дней, но резолютивная часть решения объявляется в том же заседании.

Судья Конституционного суда Кыргызской Республики не согласный с решением Конституционного суда, вправе свое мнение изложить в письменном виде и приобщить его к протоколу заседания.

В случае обращения сторон либо по ходатайству лиц, обязанных к исполнению решения, а также по собственной инициативе об истолковании принятого решения Конституционного суда Кыргызской Республики, а также при необходимости исправления допущенных в решении неточностей в наименованиях и обозначениях, описок, счетных и других явных ошибок редакционного характера Конституционный суд Кыргызской Республики может принять дополнительное решение, которое не должно противоречить действительному содержанию, смыслу и назначению основного, первоначального решения Конституционного суда Кыргызской Республики.

Законодательством о конституционном судопроизводстве предусмотрена возможность пересмотра Конституционным судом Кыргызской Республики собственного решения. Очевидно, законодателем установлена такая возможность с учетом того, что Конституционный суд Кыргызской Республики является единственной инстанцией по рассмотрению конституционных обращений. Так, Конституционный суд Кыргызской Республики может пересмотреть свое решение только по собственной инициативе и в случае, если изменилась конституционная норма или норма закона, на основании которой было принято решение, если открылись новые существенные для дела обстоятельства, не известные Конституционному суду в момент принятия решения и если решение Конституционного суда постановлено с существенным нарушением установленного законодательством о конституционном судопроизводстве порядка судопроизводства.

В решении Конституционного суда Кыргызской Республики, который излагается в виде отдельного документа и выносится именем Конституции Кыргызской Республики, в зависимости от вида рассмотренного вопроса, содержатся следующие сведения:

1. наименование решения, дата и место его вынесения;
2. состав Конституционного суда, секретарь судебного заседания;
3. стороны и их представители;
4. предмет требований;
5. нормы Конституции Кыргызской Республики и законодательства о Конституционном суде, установление право Конституционного суда рассматривать данный вопрос;

6. требование заявителя;
7. обстоятельства установленные в Конституционном суде;
8. точное наименование нормативного акта, конституционность которого оспаривается;
9. действие или решение должностного лица, конституционность которого проверялось;
10. описание обстоятельств правоприменительной практики, конституционность которой проверялось;
11. доводы в пользу решения, и к какому мнению пришел Конституционный суд и доводы опровергающие иные мнения;
12. норма Конституции Кыргызской Республики, которой руководствовался Конституционный суд;
13. краткая формулировка решения;
14. порядок и срок исполнения решения;
15. указание на окончательность решения.

Акты Конституционного суда Кыргызской Республики вступают в силу с момента принятия, являются окончательными и обжалованию не подлежат и обязательны для исполнения всеми государственными органами, должностными лицами и гражданами. Законодательно установлено, что решения Конституционного суда Кыргызской Республики подлежат публикации в республиканской печати и в «Ведомостях Жогорку Кенеша Кыргызской Республики» (парламента).

О мерах принятых во исполнение актов Конституционного суда сообщается в срок, установленный Конституционным судом Кыргызской Республики.

В процессе функционирования Конституционного суда Кыргызской Республики замечены отдельные моменты, требующие внесения изменений в законодательство о конституционном судопроизводстве в целях оптимизации процесса рассмотрения конституционных жалоб, с учетом особенностей законодательной базы республики. Но, в целом следует отметить, что наш законодатель не стремится отходить от сходства конституционной юрисдикции с зарубежными государствами, напротив заметны тенденции к их сближению, учитывая многолетнюю практику стран с развитым конституционным судопроизводством.

Summary

The Committee of Constitutional Review of Kyrgyz SSR created, but not already formed in the full composition, was abolished and the Constitutional Court of Kyrgyz SSR was established in accordance with the Law of December, 1990 of the Kyrgyz SSR on "Reorganization of the system of state power organs and governance and amendments to the Constitution (Basic Law) of the Kyrgyz SSR". The Constitutional Court powers were exhaustively determined by the Constitution of Kyrgyz Republic of May 5, 1993, and organizational forms of constitutional proceeding were established with adoption of the Law of December, 1993 of Kyrgyz Republic on "The Constitutional Court of Kyrgyz Republic". Thus, separate laws, regulating the status and procedural character of the Constitutional Court activity of Kyrgyz Republic are adopted.

The Constitutional Court of Kyrgyz Republic is a collegiate organ. The principle of collegiality is fixed in Article 3 of the Law on "The constitutional proceeding of Kyrgyz Republic". The consideration of cases, making conclusions, adopting of Rules of Procedure and issues on suspension of the judge powers should be made collegial in composition not less than 7 judges (the Constitutional Court of Kyrgyz Republic consists of 9 judges).

One of the particularities of constitutional proceeding is the absence of the right of the parties to apply for withdrawal of the judges of the Constitutional Court of Kyrgyz Republic. The legislation

provides for the obligation of a judge for self-withdrawal in case, when the judges or parties may doubt in his/her impartiality, based on his/her direct or indirect interest in outcome of ruling of a case, but in this case it should not be taken into account the considerations on political inclination or other practical expediency.

In comparison with some constitutional courts, where the consideration of the case is carried out in written procedure, the principle of oral procedure is adopted in the Constitutional Court of Kyrgyz Republic. The Constitutional Court of Kyrgyz Republic is obliged to hear the explanations of the participants of hearing and publicize the documents, possessed by all judges and participants of the hearing.

One of the most important elements of the constitutional proceeding is the ascertainment of the subjects entitled to appeal to the Constitutional Court of Kyrgyz Republic. According to Article 14 of the Law on "Constitutional Court" the following subjects may appeal to the Constitutional Court of Kyrgyz Republic:

1. President of Kyrgyz Republic,
2. Deputies of Zhogorku Kenesh of Kyrgyz Republic (Parliament),
3. Government of Kyrgyz Republic,
4. Prime-Minister of Kyrgyz Republic,
5. Courts of Kyrgyz Republic,
6. General prosecutor of Kyrgyz Republic,
7. Local keneshes (local self-government organs),
8. Legal persons and citizens on issues directly touching their constitutional rights, if there are not under the jurisdiction of other courts. It follows, that all other subjects have right to appeal to the Constitutional Court of Kyrgyz Republic on all spectrums of Constitutional Court powers of Kyrgyz Republic.

In the process of functioning of the Constitutional Court of Kyrgyz Republic were found separate issues, which require amendments in the legislation on constitutional proceeding, in order to optimize the process of consideration of constitutional complaints, taking into account the particularities of legislative base of the Republic. But, generally, it should be noted, that our legislator does not avoid the similarity with constitutional jurisdiction of foreign countries, but on the contrary, the tendencies of their rapprochement, taking into consideration many years practice of the states with well-developed constitutional proceeding, are noticed.

**IS PUBLISHED ON RECOMMENDATION OF THE
CONFERENCE OF CONSTITUTIONAL CONTROL BODIES
OF THE STATES OF NEW DEMOCRACY**

HEAD OF THE PROJECT - **G. G. HARUTYUNYAN**

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

1202000000
K _____ 2002
0003(01) - 2002

ISBN 99930-66-25-x