

**International Almanac**  
**Constitutional justice in the new millennium**  
**2003**  
**CONTENTS**

**Gagik Harutyunyan**

The pivotal question of the Constitutional Law is on the agenda  
(In Russian, Summary in English)

The greeting speech of Gianni Buquicchio - the Secretary of the Venice Commission of the Council of Europe.

(In French, Summary in Russian)

**Hans-Jorgen Papier**

Problems of enforcing Constitutional Court Decisions.

(In English, Summary in Russian)

**Gerhard Batliner**

The limitation of human rights and freedom in European Convention on Human Rights.

(In French, Summary in Russian)

**Egidijus Kuris**

Limits of the realization of the Human Rights in the Jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

(In English, Summary in Russian)

**Grigory Vasilevitch**

The constitutional legal fundamentals of the limitation of Human Rights and freedoms according to the legislation of the Republic of Belarus.

(In Russian, Summary in English)

**John Khestruriani**

Basic criteria for the limitation of Human Rights in practice of the Constitutional Court of Georgia.

(In Russian, Summary in English)

**Vladimir Strekozov**

Fundamental issues of the limitation of Human Rights and fundamental freedoms in the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation.

(In Russian, Summary in English)

**Shukhrat Mustafakulov**

The constitutional-legal fundamentals of citizens' rights and mechanism of Human Rights protection in Tajikistan.

(In Russian, Summary in English)

**Vladimir Hovhanissyan**

The criteria of limitation of Human Rights in emergency according to the case law of the European Court of Human Rights.

(In Russian, Summary in English)

Basic criterions in Turkish Constitutional jurisdiction regarding the

restriction of Human Rights.

(In English, Summary in Russian)

**Armen Harutyunyan**

The right to free expression in the context of the legal statements of the European Court of Human Rights.

(In Russian, Summary in English)

**Istvan Bagi**

The limitations of fundamental rights in the jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court.

(In English, Summary in Russian)

**Lekh Garlizki**

Article 10 of the European Convention on Human Rights and limitations of freedom of expression.

(In English, Summary in Russian)

**Dimiter Gotchev**

Issues of the limitation of Human Rights in the practice of the Constitutional Court of Bulgaria.

(In French, Summary in Russian)

**Nicolas Douvas**

Human Rights in the judicial practice of the Greek Supreme Administrative Court (Symvoulion Epikra Tias). Protection and Limits.

(In English, Summary in Russian)

**Vladimir Ivashchenko**

The issues of limitation of human and citizen's rights and freedoms in the practice of the Constitutional Court of Ukraine.

(In Russian, Summary in English)

**Jose Manuel Cardosa Da Costa**

The conditions of the limitation of fundamental right in Portugal law and constitutional justice.

(In French, Summary in Russian)

**Pierre Mazeaud**

Freedoms and public order.

(In French, Summary in Russian)

**Jean-Paul Moerman**

Th position of the Arbitrage Court of Belgium concerning the limitation of Human Rights.

(In French, Summary in Russian)

**Raphael Papayan**

The Bible motivation of limitation.

(In Russian, Summary in English)

**Miguel Angel Montatnes Pardo**

The criteria of limitation of Human Rights in the practice of Spanish Constitutional Court.

(In French, Summary in Russian)

**Ciril Ribiniu**

National and European Human Rights law: Mutual subordination and  
Limitation or Synergy?

(In English, Summary in Russian)

**Kai-Uwe Riese**

Limits of the realization of the fundamental rights in the German  
constitutional practice.

(In French, Summary in Russian)

**Yelena Safaleru**

Basic criteria of the evaluation of the limitation of human rights in the  
practice of the practice of the Constitutional Court of Moldavia.

(In Russian, Summary in English)

**Ugo De Siervo**

The limits of the constitutional rights in the jurisprudence of the Italian  
Constitutional Court.

(In French, Summary in Russian)

**Vytautas Sinkevicius**

Principles of the Constitution and the protection of the rights of the person.

(In English, Summary in Russian)



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

HEAD OF THE PROJECT - **G. G.  
HARUTYUNYAN**  
PRESIDENT  
OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
OF THE REPUBLIC OF ARMENIA,  
DOCTOR OF LAW

1202000  
000  
\_\_\_\_\_ 2003  
0003(01  
) - 2003  
ISBN 99930-66-28-1

## НА ПОВЕСТКЕ ДНЯ СТЕРЖНЕВАЯ ПРОБЛЕМА КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОСУДИЯ

**ГАГИК АРУТЮНЯН**

*Председатель КС РА,  
Председатель Совета Центра  
конституционного права РА,  
доктор юридических наук*

2-5 октября 2003г. в Ереване Венецианская комиссия Совета Европы, Конференция конституционных судов стран молодой демократии и Конституционный Суд Республики Армения провели международную конференцию по проблемам ограничений прав человека и практике конституционных судов в данном вопросе. Эксперты Венецианской комиссии, представители конституционных судов из семнадцати стран основное внимание уделили следующим вопросам:

- 1) современные тенденции развития конституционализма и конституционные основы ограничений прав человека;
- 2) конституционные требования по ограничению прав человека на основе закона;
- 3) международная правовая основа ограничений прав человека;
- 4) правовые позиции Европейского суда по правам человека в отношении ограничений отдельных прав и свобод;
- 5) опыт конституционного правосудия отдельных стран по оценке ограничений прав человека;
- 6) "конфликтующие права", механизмы взаимосогласования интересов;
- 7) оценка правоприменительной практики, необходимость конституционных и законодательных изменений с целью укрепления гарантий защиты прав человека;
- 8) особенности и границы ограничений прав человека в экстремальных условиях и др.

Нет необходимости раскрывать подробности весьма активной и полезной дискуссии, а также анализировать представленные подходы в докладах и сообщениях, имея в виду, что все они публикуются в данном специальном выпуске международного Альманаха. Хочу выделить только некоторые аспекты данной проблематики, имеющие, на наш взгляд, принципиальное значение для эффективной реализации права человека на конституционное правосудие. Это относится, в первую очередь, к системе критериев оценки ограничений прав человека, к основным конституционным принципам и конституционно установленным границам этих ограничений-не только в условиях динамичного развития общества, но и в связи с чрезвычайными ситуациями.

Обеспечение верховенства Конституции, последовательная реализация в общественной практике основных принципов правового государства, прежде всего, предполагают наличие конституционно установленных и надежно реализуемых гарантий защиты прав человека. В каждом своем решении конституционные суды, как правило, в первую очередь, отвечают на вопросы: насколько защищены права и свободы человека и насколько учтены при этом требования конкретных

конституционных положений и принципов международного права? При выработке своей правовой позиции конституционные суды всегда сталкиваются с необходимостью определения четких критериев оценки ограничений прав человека в демократическом обществе, и данный вопрос, его всестороннее обсуждение, на наш взгляд, является наиболее актуальным с позиции теории и практики конституционного правосудия.

Несомненно, что в условиях интенсивного углубления международной интеграции и правовой глобализации система конституционного контроля каждой страны, в свою очередь, должна соответствовать определенным общим критериям. Выявление последних, научный анализ и формирование системы конституционного контроля непрерывного функционирования в области защиты прав и основных свобод человека - безотлагательная необходимость. Не случайно, что все выступающие на конференции, проведенной в Ереване, подчеркнули актуальность и важность данного вопроса. Более того, XIII Подготовительная Конференция конституционных судов европейских стран 16-17 октября на Кипре после долгих обсуждений именно эту тему, как самую актуальную, избрала для рассмотрения в конгрессе 2005 года. Очевидно, что всестороннее рассмотрение данной проблематики на уровне Конференции европейских конституционных судов на основе представленных национальных докладов, обобщение богатого практического опыта, выявление новых реалий и требований системы европейских конституционных ценностей, имеет огромное значение для дальнейшего развития конституционного правосудия. Тенденции развития современного конституционализма убедительно показывают, что на конституционном уровне в качестве критериальных основ необходимо установить, что:

- 1) основные права человека и гражданина являются непосредственно действующими правами, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием;
- 2) основные права могут быть ограничены только в установленных Конституцией и нормами международного права рамках и на основе закона;
- 3) ограничения должны быть соразмерными и пропорциональными, вытекать из принципов и содержания системы ценностей демократического - правового государства;
- 4) ограничения не должны искажать суть конкретного права, ограничивать или препятствовать осуществлению основных прав;
- 5) необходимо конституционно гарантировать защиту основных прав и свобод, в т.ч. закрепляя в Конституции право человека на конституционное правосудие.

В свою очередь, основным критерием оценки конституционных гарантий защиты прав человека является конституционное установление принципа верховенства права. Вместе с этим определяющее значение имеет также конституционное закрепление реальных механизмов реализации этого принципа.

Мы глубоко убеждены, что конституционное правосудие требует определенный климат конституционной демократии. А это возможно, когда сама Конституция базируется на принципы правового, демократического государства и содержит необходимые и достаточные механизмы внутриконституционной самозащиты. Роль конституционного правосудия заключается именно в эффективной реализации этих

механизмов при толковании, раскрытии правового содержания конституционных норм и принципов.

Системный подход к данной проблеме требует, в первую очередь, четкое конституционное определение совокупности тех прав и свобод, которые не подлежат ограничению, а также тех, рамки ограничений которых определены Конституцией или нормами международного права. Необходимо также органическое сочетание подходов национальных правовых систем и европейского права в данном вопросе. Требуют особого подхода и всестороннего рассмотрения также вопросы, связанные с ограничением прав человека в чрезвычайных ситуациях. Проблема заключается не только в установлении механизмов функционирования и функциональных полномочий отдельных конституционных институтов, но и в определении эффективно действующей системы противовесов и сдержек, обеспечивающих последовательность, совместимость и полноту реализации перечисленных нами критериев ограничения прав и свобод.

Результаты обсуждения данной проблематики, публикуемой в Альманахе 2003 года, а также предусмотренной на уровне Конференции европейских конституционных судов, дадут возможность выработать единую систему критериев оценки ограничений прав человека не только в практике конституционного правосудия, но и в широкой правоприменительной и законотворческой практике.

\* \* \*

Участников Конференции принял Президент Республики Армения Роберт Кочарян, а также была организована встреча в Национальном Собрании Республики Армения. На Конференции с приветственным словом выступил Председатель Национального Собрания Республики Армения Артур Багдасарян. Подчеркивая актуальность темы Конференции не только в практике правосудия, но и для законодательной деятельности, Артур Багдасарян пожелал Конференции плодотворной работы. Участники Конференции посетили Первопрестольный Святой Эчмиадзин. Их принял Католикос Всех Армян Гарегин II.

## **THE PIVOTAL QUESTION OF THE CONSTITUTIONAL LAW IS ON THE AGENDA**

**GAGIK HARUTYUNYAN**

*the President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia,  
Doctor of Law, Professor*

The Venice Commission, the Conference of the Constitutional Courts of the states of new democracy and the Constitutional Court of the Republic of Armenia held the International Conference on the problems of limitation of human rights and the practice of

constitutional courts in this issue, which took place on October 2 - 5 2003 in Yerevan. The experts of the Venice Commission, the representatives of constitutional courts from 17 countries have mostly focused their attention on the following questions;

1. modern tendencies of development of the constitutionalism and the constitutional bases of limitation of human rights;
  2. constitutional requirements on limitation of human rights on the basis of law;
  3. international legal base of restrictions of human rights;
  4. legal positions of the European Court on Human Rights regarding the limitation of separate rights and freedoms of different countries;
  5. the experience of constitutional justice for assessment of restriction of human rights;
  6. "conflicting rights" the mechanism of mutual agreement of interests;
  7. assessment of law - implementing in practice the necessity of constitutional and legislative changes with the view of strengthening the guarantees of human rights protection;
  8. features and frameworks of human rights restrictions in extreme conditions and others.
- There is no need to speak about the details of rather active and useful discussion, and also to analyze the submitted approaches in the reports and messages, as all the reports and messages will be published in the special issue of the international Almanac. I would like to distinguish only some aspects of the given issue that are, in my opinion, of great importance for the effective realization of the human rights in the constitutional justice. First of all, it concerns the system of criteria for assessment of the human rights restrictions, the main constitutional principles and constitutionally established frameworks of these limitations - not only in the conditions of dynamic development of a society, but also in the cases of the extreme situation.

The guarantee of the supremacy of the Constitution, consistent realization of the basic principles of a rule of law state in the public practice, first of all, suppose the existence of constitutionally established and reliably realized guarantees of the protection of human rights. As a rule, the constitutional courts in each decision, first of all, answer the questions; how much are the human rights and freedoms protected and how much are taken into account the requirements of the concrete constitutional provisions and principles of international law?

Elaborating own legal position, the constitutional courts always collide with the necessity of definition of precise criterions for assessment of the human rights restrictions in a democratic society, and the thorough discussion of given question, in my opinion, is more actual from the position of the theory and practice of the constitutional justice.

It is doubtless, that in the conditions of the intensive deepening of international integration and legal globalization, the system of the constitutional control of each country, in its turn, should correspond to the definite general criterions. Revealing of later, scientific analysis and formation of the system of constitutional control of continuous functioning in the field of protection of human rights and fundamental freedoms are of urgent necessity. It is not accidental, that all reporters of the Yerevan conference, have emphasized the urgency and importance of the given question. Moreover, the XIII Preparatory Conference of the constitutional courts of the European countries, (October 16-17, Cyprus) after long discussions chose this theme as the most actual for the consideration in the Congress scheduled for 2005. It is obvious, that all-round consideration of the given problem at a level of the Conference of the European constitutional courts on the basis of submitted

national reports, the summary of the rich practical experience, the revealing new reals and requirements of the system of the European constitutional values, are of great importance for the further development of the constitutional control.

The tendencies of development of modern constitutionalism convincingly show that at the constitutional level, it is necessary to establish that:

- 1) fundamental human and citizens' rights are directly acting rights, which define the sense, contents and application of the laws, the activity of legislative and executive powers, local self - government and are provided by justice;
- 2) the fundamental rights can be restricted only within the frameworks established by the Constitution, norms of international law and on the basis of the law;
- 3) the restrictions should be proportional, proceeded from the principles and contents of the system of values of the democratic – rule of law state;
- 4) the limitations should not distort the essence of the concrete rights, limit or prevent the realization of the fundamental rights;
- 5) it is necessary to guarantee human rights protection by the Constitution, including fixing in the Constitutions the human rights on the constitutional justice.

In turn, the main criterion for the assessment of the constitutional guarantees of human rights protection is the constitutional establishment of the principle of the supremacy of law. Together with it, the constitutional fixing of real mechanisms of realization of the principle has also decisive significance.

We are deeply convinced that the constitutional justice requires certain climate of the constitutional democracy. And it is possible, when Constitution is based on the principles of democracy and rule of law state and contains necessary and sufficient mechanisms under constitutional self-defense. The role of the constitutional justice comprises effective realization of these mechanisms at interpretation, disclosing the legal contents of the constitutional norms and principles.

The system approach to the given problem needs, first of all, the precise constitutional definition of totality of those rights and freedoms, which are not subject to restriction, and also those, the frameworks of restrictions of which are determined by the Constitution or the norms of international law. The organic combination of the approaches of national legal systems and European law is also necessary.

The questions regarding the restriction of the human rights in extreme situations also need the rough discussion and special approach. The problem is not only in the establishment of mechanisms of functioning and functional powers of separate constitutional institutes, but also in the definition of effectively working system of checks and balances, ensuring the consistency, compatibility and completeness of realization of the mentioned criterions of restriction of the rights and freedoms.

As a result of discussion the abovementioned problem, published in the Almanac 2003, and also stipulated at the level of the Conference of the European courts, will make possible the elaboration of the unique system of criterions for the assessment of restrictions of the human rights not only in practice of the constitutional justice, but also in wide law implementing and law creating practice.



Mr. Robert Kocharyan, the President of the Republic of Armenia received the participants of the Conference. A meeting was also organized in the National Assembly of the Republic of Armenia.

Mr. Arthur Baghdassaryan, the President of the National Assembly made a greeting speech at the Conference. Attaching great importance and urgency of the theme not only for the practice of justice, but also for law creating activity, he wished productive work to the Conference.

The participants of the Conference visited to the Mother See of Holy Echmiadzin and were received by Garegin B, the Catholicos of all Armenians.

**ALLOCUTION DE BIENVENUE DE MONSIEUR  
GIANNI BUQUICCHIO**

*Secrétaire de la Commission de Venise  
du Conseil de l'Europe*

Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs,

C'est un grand plaisir pour moi d'être de nouveau a Erevan et retrouver des visages qui sont désormais devenus familiers, après la longue co-opération que la Commission de Venise entretient avec l'Arménie et notamment avec la Cour Constitutionnelle. La Commission de Venise vient par ailleurs de signer avec la Cour constitutionnelle d'Arménie, qui président la « Conférence des organes de contrôle constitutionnel des nouvelles démocraties » un accord formel de co-opération avec cette dernière. Je me félicite de la conclusion de cet accord, qui vise a établir un utile réseau d'échange d'informations et d'organisation de séminaires.

La co-opération entre le Conseil de l'Europe et l'Arménie revêt aujourd'hui une importance particulière, compte tenu des défis en matière de démocratisation auxquels ce pays doit faire face a la suite des récentes échéances électorales.

L'échec du référendum sur la réforme constitutionnelle me paraît indiquer clairement que le processus de démocratisation que l'Arménie s'est engagée a entreprendre doit être accompli avec la participation et la contribution de toutes les institutions de ce pays. L'implication dans les réformes de toutes les forces politiques et également de la société civile est, par ailleurs, une caractéristique primordiale des pays démocratiques européens. L'Arménie doit dès lors poursuivre son chemin de réforme et de renforcement des valeurs démocratiques avec des modalités conformes aux valeurs dont le Conseil de l'Europe, et la Commission de Venise, sont les gardiens et les promoteurs.

Des progrès considérables ont déjà été faits. Je pense en particulier a l'abolition de la peine de mort, gr ce a la ratification, très récente (le 29 septembre 2003), du Protocole N  6 a la Convention européenne des droits de l'homme. Cette ratification témoigne de l'utilité de la coopération entre l'Arménie et le Conseil de l'Europe : c'est sans doute aussi

grâce aux échanges de vues avec ses partenaires européens que l'Arménie a été persuadée de l'importance de l'abolition de la peine de mort.

D'autres réformes seront nécessaires. Les institutions arméniennes semblent aujourd'hui s'attaquer avec zèle et fermeté aux problèmes en suspens. Des signaux positifs peuvent être notés. Je pense par exemple aux travaux de préparation de la loi sur le Défenseur des Droits de l'Homme : le projet de loi qui vient d'être finalisé tient compte des remarques et des exigences exprimées par le Conseil de l'Europe, la société civile et d'autres organisations internationales. J'espère que les autorités arméniennes parviendront à d'autres résultats tout aussi satisfaisants.

On a jusqu'ici parlé de réformes. Il ne faut pas par ailleurs oublier qu'une fois ces réformes réalisées, une fois la constitution et les lois changées, elles doivent être appliquées de manière conforme aux valeurs démocratiques. En particulier, le respect des droits de l'homme reste un défi principal de tout pays démocratique. Trouver et maintenir le juste équilibre entre les droits des individus et les exigences de fonctionnement d'une société démocratique reste un exercice difficile et délicat, dont la responsabilité principale incombe aux autorités nationales, et en premier lieu aux cours constitutionnelles. Elles sont, certes, guidées par le texte des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme elle-même et par les principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme : mais elles se doivent d'interpréter et d'appliquer ces principes dans le contexte national, ce qui pose des problèmes complexes et souvent délicats. La Cour constitutionnelle a donc une fonction essentielle, et une grande responsabilité, dans l'application des droits de l'homme au niveau national. Ce qui explique le choix du thème du séminaire d'aujourd'hui: « Les critères de base dans les restrictions aux droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle ».

Si la Convention des droits de l'homme a malgré des limitations directement elle-même, elle a également choisi d'indiquer dans ses articles les buts et les conditions sous lesquelles des restrictions aux droits garantis sont admis.

Au niveau international, la Convention européenne des droits de l'homme a ainsi jeté les bases, et c'est la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme qui a donné corps aux droits et à la protection des droits de l'homme et au cadre juridique de leurs restrictions.

Au niveau national se sont vos Cours qui ont pour tâche de garantir la protection des droits de l'homme, c'était d'ailleurs le sujet de la Conférence de l'année dernière ici puisque nous y avons traité de « la protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles ».

Certainement les discussions qui ont alors eu lieu ont appelé de plus amples considérations et c'est aujourd'hui sur un échange d'expériences comparatives, sur les critères que vos cours ont utilisés dans la mise en œuvre des droits de l'homme, et plus précisément dans leurs limites et leurs restrictions que nous vous invitons à débattre.

La tenue d'une telle Conférence est une bonne opportunité pour les juges de cours constitutionnelles de se réunir et de discuter de questions qui sont au cœur de leur activité quotidienne. La Commission de Venise est particulièrement attachée à soutenir des Conférences et des séminaires de ce type, car elle est convaincue - et la toujours plus large participation de Cours d'anciennes et de nouvelles démocraties ne le dément pas -, que ce type de forum et d'échange d'information est précieux et constructif.

Depuis sa création la CDL s'est attelée à construire un réseau de cours constitutionnelles

qui va bien au-delà de l'Europe. C'est une part importante de son activité, que ce soit par la diffusion de la jurisprudence constitutionnelle qu'elle publie 3 fois par an dans son bulletin ou sur CD-Rom ou encore par l'organisation de ce type de conférences qui réunissent un large éventail de cours constitutionnelles autour de grands thèmes juridiques au tour de grandes questions juridiques auxquelles leur pays, leur société doivent faire face.

J'aimerais terminer mon introduction, par une dernière référence au volet Justice constitutionnelle de l'activité de la Commission de Venise, à savoir le Bulletin de jurisprudence constitutionnelle. Le Thésaurus de ce Bulletin prévoit une indexation qui concerne exactement les « limites et restrictions » aux droits fondamentaux, et la consultation de chapitre nous rappelle que vos Cours, nouvelles et anciennes démocraties, ont eu à traiter de cette question. 400 décisions européennes en effet ont été indexées sous ce thème.

Imprimer les résumés de ces 400 décisions auraient représenté un volume difficilement transportable. Pour vous vous donner une idée des informations que notre Bulletin et notre CD-ROM contiennent nous avons alors affiné notre recherche sur les limites et restrictions aux droits fondamentaux qui concernent la liberté d'expression, en Europe.

61 décisions sont rassemblées dans le document qui est mis à votre disposition, certaines des décisions seront peut-être évoquées lors de nos débats, d'autres compléteront nos références et réflexions sur ce thème.

J'espère que ce document vous donnera un aperçu du travail important des agents de liaisons qui nous envoient régulièrement des résumés des affaires les plus importantes traitées par vos cours.

Je vous souhaite de fructueux échanges de vues durant ces 2 journées de conférence sur ce thème majeur de la protection des droits de l'homme.

## ПРИВЕТСТВЕННОЕ СЛОВО

Секретаря Венецианской комиссии  
Совета Европы  
ДЖИАННИ БУКИКИО

Господин Председатель!  
Дамы и господа!

Для меня большое удовольствие снова находиться в Ереване и вновь увидеть знакомые лица, ставшие столь близкими после долгого сотрудничества между Венецианской комиссией и Арменией и, в частности, с Конституционным Судом. Кстати, только что Венецианская комиссия подписала соглашение о сотрудничестве с Конференцией органов конституционного контроля стран молодой демократии", где председательствует Конституционный Суд Армении. Я очень рад подписанию этого соглашения, имеющего цель создание полезной сети обмена информацией и

организации семинаров, между Советом Европы и Арменией.

Сотрудничество приобретает особую важность сегодня с учетом тех задач в области демократизации, которые должны быть решены после последних выборов.

По нашему мнению, провал референдума по конституционной реформе четко показал, что процесс демократизации, в который Армения обязалась вовлечься, должен быть проведен с участием и вкладом всех институтов страны. Вовлечение в реформы всех политических сил, а также гражданского общества является важнейшей характеристикой всех демократических европейских стран. Армения должна продолжить свой путь реформ и укрепления демократических ценностей способами, соответствующими тем ценностям, хранителями и распространителями которых являются Совет Европы и Венецианская комиссия.

Налицо достижение значительного прогресса. Я, в частности, имею в виду отмену смертной казни на основании совершенно недавно ратифицированного (29 сентября 2003 года) Протокола №6 к Европейской конвенции о правах человека. Эта ратификация свидетельствует о целесообразности сотрудничества между Советом Европы и Арменией; несомненно, что благодаря также обмену мнениями со своими европейскими партнерами Армения убедилась в важности отмены смертной казни.

Другие реформы будут необходимы. Похоже, что в настоящее время армянские институты твердо и настойчиво взялись за решение всех имеющихся проблем. Могут быть отмечены позитивные сигналы. Это можно будет отнести, к примеру, к подготовительной работе над проектом закона о защитнике прав человека; проект закона учитывает замечания и требования, выраженные Советом Европы, гражданским обществом и другими международными организациями. Я надеюсь, что армянские власти добьются также других столь удовлетворительных результатов.

До сей поры речь шла о реформах. Впрочем, не стоит забывать, что после их реализации, после изменения Конституции и законов они должны быть применены в виде, соответствующем демократическим ценностям. В частности, соблюдение прав человека является основной задачей каждой демократической страны. Найти и поддержать точное равновесие между правами индивидуума и требованиями демократического общества остается трудной и деликатной задачей, ответственность за которую несут государственные власти и, в первую очередь, конституционные суды. Они, конечно, руководствуются текстом положений Европейской конвенции о правах человека и принципами, развитыми Европейским судом по правам человека; в то же время они должны истолковать и применить эти принципы в национальном контексте, что создает сложные проблемы и зачастую довольно деликатные. То есть Конституционный Суд имеет существенную функцию и большую ответственность в области применения прав человека на национальном уровне, что и объясняет выбор темы сегодняшней конференции: "Основные критерии ограничения прав человека в практике конституционного правосудия".

Если Конвенция о правах человека сама непосредственно предусмотрела ограничения, она также указала в своих статьях цели и условия применения этих ограничений гарантированных прав.

Таким образом, на международном уровне Европейская конвенция о правах человека обосновала, а Европейский суд по правам человека осуществил на практике защиту прав человека и юридические рамки их ограничения.

На национальном уровне- это ваши суды, задача которых гарантировать защиту прав

человека, что, впрочем, являлось темой прошлогодней конференции, ибо мы обсуждали защиту прав человека конституционными судами". Конечно, итогом прошедшей конференции явилось всестороннее обсуждение данной тематики, и сегодня мы предлагаем вам обсудить на основе сравнительного обмена опытом критерии, используемые вашими судами в области осуществления прав человека, их границ и ограничений.

Проведение данной конференции-это хорошая возможность для судей конституционных судов собраться вместе и обсудить вопросы, находящиеся в центре их каждодневной деятельности. Венецианская комиссия особенно расположена поддерживать конференции и семинары подобного типа, ибо она убеждена, что наиболее широкое участие в таких форумах судов старых и новых демократий, обмен информацией является очень ценным и конструктивным.

Со времени своего создания Венецианская комиссия имела цель сформировать сеть конституционных судов, распространяющуюся за пределы Европы. Это важная часть нашей деятельности: будь это распространение конституционной юриспруденции, которую она публикует 3 раза в год в своем бюллетене или же в виде компакт диска, или же через организацию подобного типа конференций, объединяющих широкий спектр конституционных судов вокруг больших юридических тем, вокруг больших юридических вопросов, с которыми сталкивается их страна и их общество.

Я хотел бы завершить свое вступительное слово последним упоминанием деятельности Венецианской комиссии в области конституционного правосудия, а именно, о Бюллетене конституционного правосудия. Банк данных этого Бюллетеня предусматривает главу "Границы и ограничения" основных прав", и анализ этой главы указывает, что ваши суды старых и новых демократий неоднократно обращались к этой теме. В этой главе наличествует 400 решений европейских судов. Опубликованные резюме этих 400 решений составляют целый тяжелый и толстый том. Чтобы дать вам понятие о содержании информации нашего Бюллетеня и нашего компакт диска, скажу, что мы сконцентрировали наши поиски на границах и ограничениях основных свобод в Европе.

В документе, находящемся в вашем распоряжении, собрано 61 решение, некоторые из них могут быть упомянуты во время наших обсуждений, другие дополнят наши ссылки и наши размышления на эту тему.

Я надеюсь, что этот документ вам даст возможн

# PROBLEMS OF ENFORCING CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS\*

HANS-JORGEN PAPIER

*President of the Federal Constitutional  
Court of Germany, Prof. Dr. Dr. h.c.*

## **I. Introduction**

Probably all constitutional courts deal with norm control proceedings, i.e. proceedings that involve the review of the compatibility of laws and other statutes with the Constitution. In this context, it is the constitutional court's task to put the legislative power's commitment to the Constitution into effect. Here, problems can arise that concern the enforcement of constitutional court decisions.

In the following contribution, I would like to address some of these problems from the perspective, and the experience, of the Federal Constitutional Court. The guiding question that I will follow in this context is: How does the constitutional court ensure, vis-a-vis the legislative bodies, that the legal system of a state is in lasting accord with the Constitution? In the following, I will take the legal situation in Germany and the jurisprudence of the Federal Constitutional Court as my points of reference. However, the subject that I am treating is of so general a nature that most aspects can easily be applied to the legal systems of other states.

## **II. The "classical" alternative: Compatibility with the Constitution or nullity of the law**

Initially, only two alternatives were open to the Federal Constitutional Court for the dictum in proceedings that involve the review of statutes: either the declaration that the statute reviewed is compatible with the Constitution or the statement that the statute infringes the Constitution and is therefore null and void. Declaration of compatibility or declaration of nullity – this is actually a very clear and self-evident alternative. However, some quite difficult questions are hidden even beneath these alternatives that at first sight seem to be very simple.

### **1. Declaration of compatibility and interpretation in conformity with the Constitution**

First of all, I would like to point out that the principle of interpretation in conformity with the Constitution (verfassungskonforme Auslegung) has acquired eminent importance when it comes to reviewing whether a statute is compatible with the Constitution. Pursuant to the Federal Constitutional Court's case-law, the precept of interpretation in conformity with the Constitution requires that „out of several possible interpretations of a statute, some of which lead to the result that the statute is unconstitutional while others show that it is in conformity with the Constitution, an interpretation which is in accord with the Basic Law", i.e. with the "Constitution" is to be preferred"<sup>1</sup>. If this applies to a case, the reviewed statute is declared compatible with the Constitution provided that the interpretation in conformity with the Constitution that results from the decision is followed. Such interpretation is binding upon all constitutional bodies, courts and public authorities

(Section 31, subsection 1 of the Federal Constitutional Court Act [Bundesverfassungsgerichtsgesetz]).

The principle of interpretation in conformity with the Constitution has the positive effect that it decreases the number of laws that are declared unconstitutional. As compared to the declaration of nullity of a law, the interpretation in conformity with the Constitution is, in principle, the more gentle approach vis-a-vis the legislature because it means that the legislature does not have to enact a new regulation. Nevertheless, caution is advisable in this context<sup>2</sup>. The constitutional court may not, by way of an interpretation in conformity with the Constitution, impose upon the legislature a regulation that the legislature never intended to exist in this form. However, the principle of interpretation in conformity with the Constitution must also not become a general repair tool with which the Federal Constitutional Court ultimately relieves the legislature from its responsibility to enact a regulation that is constitutional in every respect. It therefore does happen occasionally that the Federal Constitutional Court declares a law null and void although, in principle, an interpretation in conformity with the Constitution would be conceivable. The Federal Constitutional Court e.g. once refused to "save", by means of an interpretation that was in conformity with the principles of a state under the rule of law, an Act that would have made positively arbitrary and discriminating administrative practice possible from its being declared null and void. Instead, the Court consciously declared the law null and void, and thereby handed back the legal-policy decision to the legislature<sup>3</sup>.

## **2. Scope of the declaration of nullity**

Also the second alternative for decisions, i.e. the declaration of nullity of the statute, is by no means as clear-cut as it may seem at first sight. What does nullity" mean in the first place? German legal dogmatics traditionally part from the assumption that an unconstitutional law, is, in principle, invalid from the beginning (ex tunc). This dogmatic assumption is not a matter of course. Most other states follow a different model, the prototype of which is the Austrian regulation that was developed by Hans Kelsen. Pursuant to this regulation, the Constitutional Court annuls an unconstitutional law by way of a constitutive decision; the annulment, in principle, only becomes effective upon the pronouncement of the decision, i.e. ex nunc<sup>4</sup>.

The differences between the two approaches are not just theoretical but eminently practical, because the logical consequence of such retroactive declaration of nullity would be that all decisions that are based on the statute that is null and void have been adopted without a legal basis and have therefore been wrongfully adopted. If e.g. a tax law that has been in force for ten years were declared null and void this could concern millions of notices of assessment; the tax refunds that would result from such decision could ruin the national budget. For obvious reasons, the German legislature has sought to avoid such a far - reaching consequence. The legislature has therefore provided, in the Federal Constitutional Court Act, that new proceedings may be instituted against a final conviction that is based on a statute that was declared null and void, but that in all other respects, unappealable decisions that are based on the invalid norm shall remain unaffected (Section 79 of the Federal Constitutional Court Act). The results that are thus achieved, although in a roundabout way, are strikingly similar to the ones in Austria. Nevertheless, the essence of the idea that an unconstitutional law is in principle null and void from the beginning is not altogether unjustified because for the affected citizens, it can be unsatisfying and hard

to understand if ultimately, no sanctions are imposed to violations of the Constitution in the past, and if the moment of the declaration of nullity also depends on how long it takes the Constitutional Court to hand down the corresponding proceedings. Therefore the Federal Constitutional Court sometimes reminds the legislature that it is possible to extend the required new statutory regulation, which is in conformity with the Constitution, also to cases that have already become unappealable and to facts in the past<sup>5</sup>. However, and this is always pointed out as well, the legislature is not constitutionally obliged to do so.

### **III. The declaration of incompatibility with the Constitution**

The above - mentioned problems in connection with the legal consequences of a declaration of nullity directly lead us to another type of decision: This third type had originally not been provided by law. It was developed by the Federal Constitutional Court already at a very early stage of its activities and in 1970, the legislature incorporated it, even though only fragmentarily, into the Federal Constitutional Court Act. The essence of this type of decision consists in that the Federal Constitutional Court does not declare an unconstitutional Act null and void but only declares the incompatibility of the Act with the Constitution. Such type of dictum, i.e. the mere declaration of incompatibility with the Constitution, plays an important role in the Federal Constitutional Court's case - law; it is almost as frequent as the declaration of nullity of an unconstitutional Act.

#### **1. Typical circumstances of the declaration of incompatibility**

The declaration of incompatibility is used most frequently in decisions in which a violation of the principle of equality before the law is at issue. I would like to illustrate this by means of an example from jurisprudence.

German labour law provides specific periods of notice that the employer must observe when terminating employment contracts. The length of the period of notice depends, inter alia, on the age of the person who is given notice to terminate and on the length of his or her employment in the company. Apart from this, the law used to differentiate between manual workers and salaried employees; in a situation that was otherwise comparable, the periods of notice were always shorter for manual workers than they were for salaried employees. The Federal Constitutional Court held that this was an unjustified discrimination of manual workers as compared to salaried employees and that this constituted an infringement of the principle of equality before the law (Article 3 subsection 1 of the Basic Law)<sup>6</sup>. A declaration of nullity of the relevant statutory regulation was, however out of the question because after such declaration, no periods of notice would have been in force at all. This would have placed manual workers in an even worse position. On the other hand, the Federal Constitutional Court itself could not ensure equal treatment between manual workers and salaried employees because there are several possibilities of doing so: the manual workers' period of notice can be extended, the salaried employees' period of notice can be shortened, or an altogether new model of equal periods of notice for both groups can be introduced. Which of these possibilities is chosen falls under the legislature's competence and discretion. The Federal Constitutional Court therefore only declared that the existing legal situation was incompatible with the Constitution.

#### **2. Transitional arrangements until the enactment of a new regulation**

What is the right way to proceed in such a situation? First of all, it is certain that the legislature is obliged to immediately achieve compatibility of the legal situation with the Basic Law; I will come back in a moment to how such obligation is enforced. But what



regulation is valid until a new regulation is enacted? There are no statutory provisions that prescribe a specific procedure. The Federal Constitutional Court essentially follows three approaches:

The first approach is that from the very moment in which the Federal Constitutional Court pronounces its decision, the law that is incompatible with the Constitution may no longer be applied. The courts must stay pending proceedings in which the decision depends on the unconstitutional statute until the new regulation enters into force. The Federal Constitutional Court chose this approach e.g. in the case, which I have just described, of the periods of notice that were contrary to the principle of equality before the law<sup>7</sup>.

Pursuant to a second approach the statute that is incompatible with the Constitution can be continued to be applied for the time being. This is based on the consideration that in some situations the transitional application of an unconstitutional statute is more acceptable than a completely unregulated situation. The Federal Constitutional Court, e.g. declared an Act unconstitutional that levied taxes on property; at the same time, however, it ordered the continued application of this law in order not to jeopardise the state's financial and budgetary planning<sup>8</sup>.

Thirdly, and finally, there are also cases in which neither of the two approaches leads to satisfying results. In such cases, the Federal Constitutional Court itself enacts a specific transitional regulation, the wording of which is similar to that of an Act. Such transitional regulations were enacted e.g. in the two well - known decisions on the punishability of the termination of pregnancy (which, however concerned declarations of nullity)<sup>9</sup>. Another example of a transitional regulation concerned the determination of a married name and of the children's family name if the spouses were not able to agree on such name<sup>10</sup>.

#### **IV. The enforcement of the legislature's obligation to enact a new regulation that is in conformity with the Constitution**

This leads me to the final, and most difficult, question of how the Constitutional Court can enforce the legislature's obligation to enact a new regulation that is in conformity with the Constitution.

##### **1. Appeal to the legislature**

A first measure, which, admittedly, is not very severe, is the appeal to the legislature to remedy the unconstitutional situation. Especially in the initial phase of its activity, the Federal Constitutional Court restricted itself to making such appeals. In doing so, the Court showed a trustful expectation, which was, in principle, justified, that the legislature would fulfil its constitutional obligation of its own accord.

##### **2. Setting of a time-limit for a new regulation**

For quite some time, the Federal Constitutional Court has been complementing its appeals to the legislature by precise time - limits, i.e. it determines a calendar date by which a new regulation that is constitutional must be enacted. The length of the time - limit depends on the urgency of the new regulation, but also on the difficulty and complexity of the matter that is to be regulated. E.g. in the case of the Property Tax Act that I mentioned, the time - limit was about a year and a half<sup>11</sup>. A particularly long time - limit of almost three years and a half, which will end on 31 December 2004, was imposed on the legislature by the Federal Constitutional Court in its decision concerning the levy of contributions to the

long - term care insurance, which is a special sector of the German social security system<sup>12</sup>. In its decision, the Court had criticised that the insurance contributions are as high for parents with children than they are for childless persons. When setting the time-limit, the Court took into consideration that the legislature will have to examine the consequences of this judgment also for other types of insurance, especially for social security pension insurance schemes.

### **3. Sanctions if the time - limit is overstepped**

What can, ultimately, be done if the legislature does not become active within the time - limit that it has been set? Also in this case, the Constitutional Court is by no means "powerless". Depending on the circumstances of the specific case, the Federal Constitutional Court has resorted to different means.

In its decision concerning the periods of notice for manual workers and salaried employees e.g. the Federal Constitutional Court at the same time gave the following instruction to the courts: in the event that the legislature did not remedy the infringement of the Constitution within the time - limit, the courts would have to continue the proceedings that were pending before them and would have to decide in conformity with the Constitution if they themselves did not intend to act contrary to the Constitution.<sup>13</sup>

In other cases, the Federal Constitutional Court not only declared the existing legal situation incompatible with the Constitution but at the same time established a regulation that was to enter into force if the legislature did not comply with its obligation to remedy the infringement of the Constitution within the time - limit<sup>14</sup>.

In many cases, however, the Constitutional Court does not have to become active at all because at the latest the expiry of the time-limit that is imposed to the legislature ends the maximum period of time in which the unconstitutional statute can be continued to be applied. This was the case e.g. with the Property Tax Act. Because the legislature had not complied within the set time - limit with its obligation to enact a new regulation that is in conformity with the Constitution, the Property Tax Act has not been applicable since 1 January 1997<sup>15</sup>. Since then, and, by the way, until now, no property tax has been levied in Germany. By the way, the provisions concerning the levy of contributions to long - time care insurance would meet the same fate.

## **V. Final remarks**

This brings me to the end of my presentation. There are several other varieties of decisions; however, I cannot deal with them in the framework of this paper. Instead, I would like to give you a brief summary of what I have just explained.

The basis of all types of decision that I have described is the Federal Constitutional Court's task to preserve the constitutionality of the legal system and to enforce the legislative power's commitment to the Constitution. This task legitimises the Federal Constitutional Court's practice but at the same time, it sets limits to such practice. The Federal Constitutional Court can, on the one hand, not content itself with issuing well-founded decisions that are not put into practice but only exist on paper; constitutional jurisprudence must also assert itself vis-a-vis the legislative bodies. On the other hand the Federal Constitutional Court must always remain aware of the fact that it finds its standard of review exclusively in constitutional law; in particular, it must not interfere with the legislature's competence, and privilege, to take political decisions. To comply with both

requirements at the same time is a difficult, but also a fascinating task. It sometimes requires, as the examples have shown, a certain extent of creativity and imagination when it comes to pronouncing the decisions.

\* The material is specially presented to be published in the Almanac, 2003.

1 BVerfGE (Decisions of the Federal Constitutional Court) 32, p. 373 (at pp. 383-384); consistent case-law.

2 As concerns the limits of interpretation in conformity with the Constitution cf. BVerfGE 71, p. 81 (at p. 105).

3 Cf. BVerfGE 20, p. 150 (at pp. 160-161) – Act on Collections for Charitable Purposes (Sammlungsgesetz).

4 Article 140 subsection 5 sentence 3 half-sentence 1 of the Austrian Federal Constitutional Law (Bundes-Verfassungsgesetz). The Austrian Constitutional Court can also postpone the annulment of the state and set a time-limit of up to 18 months for this (Article 140 subsection 5 sentence 3 half-sentence 2 and sentence 4 of the Austrian Federal Constitutional Law).

5 Recent examples: BVerfGE 94, p. 241 (at pp. 266-267); 99, p. 165 (at pp. 184-185).

6 BVerfGE 82, p. 126 (as concerns the declaration of incompatibility: pp. 154 et seq.) – Periods of notice for employment contracts -.

7 BVerfGE 82, p. 126 (at p. 155). Other examples: BVerfGE 52, p. 369 (at p. 379) – Household day -; 93, p. 386 (at pp. 402-403) – Allowance for soldiers deployed abroad -.

8 BVerfGE 93, p. 121 (at p. 148) – Property Tax Act -. Other example: BVerfGE 103, p. 242 (at pp. 269 et seq.) – Long-term care insurance -.

9 BVerfGE 39, p. 1 (at pp. 2-3) – Termination of pregnancy I -; 88, p. 203 (at pp. 209 et seq.) – Termination of pregnancy II -.

10 BVerfGE 84, p. 9 (at pp. 10, 21 et seq.) – Married name -.

11 BVerfGE 93, p. 121 (at pp. 122, 148).

12 BVerfGE 103, p. 242 (at pp. 269 et seq.) – Long-term care insurance -.

13 BVerfGE 82, p. 126 (at p. 155).

14 Example: BVerfGE 99, p. 300 (at pp. 304, 331-332) – Remuneration of public servants with three or more children -.

15 BVerfGE 93, p. 121 (at p. 122).

## РЕЗЮМЕ\*

Основной вопрос, рассматриваемый в докладе-вопрос о средствах обеспечения Конституционным Судом соответствия правовой системы Конституции.

Федеральный Конституционный Суд Германии при разрешении вопросов о соответствии законов Конституции принимает одно из следующих решений:

- о признании закона соответствующим Конституции;
- о признании закона ничтожным;
- о признании закона не соответствующим Конституции.

Автор излагает правовые последствия признания закона ничтожным. В частности, если закон признается ничтожным, тогда решения, принятые на основании этого закона, теряют правовую силу.

В докладе представлены средства, которые Федеральный Конституционный Суд Германии применяет для обеспечения исполнения решений Конституционного Суда, связанных с признанием закона ничтожным или не соответствующим Конституции:

- Конституционный Суд обращается к законодателю с требованием привести неконституционное положение в соответствие с Конституцией;
- Конституционный Суд определяет конкретные сроки принятия нового закона;
- если законодатель в установленный срок не принимает соответствующий закон, тогда Конституционный Суд предпринимает меры, продиктованные обстоятельствами конкретного дела.

В докладе представлены также подходы, которые применяются до принятия нового урегулирования:

- закон, который не соответствует Конституции, не подлежит применению;
- закон, который не соответствует Конституции, действует в определенном времени; этот подход обосновывается тем, что в некоторых случаях действие неконституционного закона может быть более целесообразным, чем неурегулированное положение;
- Конституционный Суд сам предусматривает переходное урегулирование.

## **RESTRICTIONS DE L'EXERCICE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET D'ÉROGATIONS AUX OBLIGATIONS DE CETTE CONVENTION (CEDH)\***

**GERARD BATLINER**

*Membre du Conseil Scientifique  
du Liechtenstein Institut.*

Dans ce bref exposé, je discuterai les conditions et compétences permettant aux Etats contractants de restreindre l'exercice des droits et libertés garantis par la Convention aux art. 8-11 et autres, par ex. la liberté d'expression, ainsi que de restreindre la liberté et la sûreté physiques (art. 5) et de déroger aux droits et libertés de la Convention en cas d'état d'urgence (art. 15).

Cependant, ne font pas objet de l'exposé les limitations ménagées directement par la Convention elle-même. Pour mentionner un exemple: Le droit à la vie (art. 2) n'est pas violé en cas de défense absolument nécessaire d'une personne contre la violence illégale. Autre exemple: L'article 4 prohibe le travail forcé ou obligatoire, mais ne considère le service militaire pas comme étant un travail forcé ou obligatoire. De telles exceptions délimitent les droits et libertés garantis directement au niveau de la Convention et ne font ainsi que circonscrire le contenu et l'étendue mêmes des droits garantis. Certes, les garanties des droits constituent la base et le principe et d'éventuelles exceptions y-respectives appellent une interprétation étroite.

Par contre, je parlerai des ingérences aux droits garantis par la Convention infligées de la part des Etats contractants, ingérences qui, sous certaines conditions, sont licites.

## **I. Restrictions de l'exercice des droits et libertés en vertu des articles 8-11 et autres de la Convention**

Dans ce premier chapitre je traite des règles qui autorisent les Etats a restreindre l'exercice des droits et libertés des articles 8-11: le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association. Ces règles s'appliquent, mutatis mutandis, aussi a d'autres droits qui suivent un schéma pareil et sont prévues a l'article 1 du Protocole additionnel (pour la protection de la propriété), a l'article 2 du Protocole no. 4 (pour la liberté de circulation), aux articles 1 et 5 du Protocole no. 7 (pour les garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers et le droit a l'égalité entre époux). En vue de raccourcir mon exposé, je me borne dans ce chapitre, en principe, de considérer seulement les articles 8-11 de la Convention.

A l'exception des règles générales des articles 17 et 18 de la Convention, auxquelles je reviendrai plus tard, la Convention a choisi une technique d'indiquer spécifiquement dans chacun de ses articles (art. 8-11 et autres articles mentionnés) les buts et conditions sous lesquels des restrictions aux droits garantis sont admises. Cette technique distingue la Convention européenne par ex. de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui ne connaît qu'une seule clause générale de restrictions a l'article 29 § 2. En revanche, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est construit selon une architecture comparable a la Convention européenne, contenant des clauses spécifiques a chaque article pour les restrictions.<sup>1</sup>

Malgré cette spécificité, en particulier les restrictions autorisées en vertu des paragraphes 2 des articles 8-11 de la CEDH suivent un certain schéma qui est commun a tous ces articles. J'en parlerai ci-après.

D'abord la notion de "restrictions" dans l'exercice des droits et libertés ou des notions analogues: L'article 8 § 2 utilise l'expression d'ingérence [...] dans l'exercice" ("interference with the exercise") du droit au respect de la vie privée et familiale. L'article 9 § 2 parle de "restrictions" ("limitations") de la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ("religion or beliefs"). L'article 10 § 2 relatif a la liberté d'expression emploie plusieurs notions différentes: "L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis a certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions" ("formalities, conditions, restrictions or penalties"). Finalement, l'article 11 § 2 reprend le terme de "restrictions" ("restrictions") de l'exercice de la liberté de réunion et d'association.

A ce stade, il est a noter que la liberté de conscience et de religion de l'article 9 réunit et la liberté d'avoir ou de ne pas avoir de religion ou de convictions, de les changer ou de les quitter et rejeter, et la liberté de manifester sa religion ou ses convictions individuellement ou collectivement. C'est seulement cette dernière liberté de manifester sa religion ou ses convictions, qui peut être l'objet des restrictions prévues a l'article 9 § 2.<sup>2</sup> Aux yeux de la Cour, la liberté de l'article 9 figure, dans sa dimension religieuse, parmi "les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents".<sup>3</sup>

Venant aux articles 8-11 en général, toute restriction ou ingérence a l'exercice d'un droit doit être "prévues par la loi" ("in accordance with the law", "prescribed by law"). Deuxièmement, toute restriction ou ingérence doit poursuivre un ou plusieurs buts

légitimes énoncés spécifiquement dans les différents articles, par ex. la sécurité nationale, la protection de la santé ou de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui. Finalement, les restrictions ou ingérences doivent constituer des mesures nécessaires, dans une société démocratique ("necessary in a democratic society"). Mark Villiger qualifie cette technique clairement structurée de caractère pionnier ("Pioniercharakter")<sup>4</sup>.

Pour apprécier s'il y a ingérence dans un cas concret, la Cour examine tout d'abord, si un droit garanti aux paragraphes 1 des articles 8-11 de la Convention entre en jeu. En l'absence d'un droit garanti, évidemment, la question d'une ingérence ne se pose pas. En revanche, dans les cas où l'Etat tout court omet d'assurer la jouissance d'un droit reconnu aux paragraphes 1 des articles 8-11 de la Convention, alors qu'il devrait le faire, il y a violation directe au regard du paragraphe 1 de l'article respectif par manque de garantir un droit défini par la Convention.<sup>5</sup> Je reviendrai à ce problème plus tard dans la mesure, où des obligations positives de garantie de la part des Etats se trouvent en jeu.

Le cas normal est qu'il y a ingérence (active) de l'autorité publique dans l'exercice d'un ou plusieurs droits garantis en vertu des articles 8-11. L'ingérence énoncée doit être imputable à l'Etat. L'Etat est responsable pour toutes les atteintes aux droits provenant de ses organes ou de ses agents.

La première exigence pour la licéité d'une ingérence est sa base légale. Le terme "loi" est interprété au sens matériel du mot. Aussi des clauses réglementaires sur une base légale ou des normes de droit international directement applicables dans l'ordre interne<sup>6</sup> peuvent répondre aux exigences de base légale, comme aussi la loi non écrite jurisprudentielle d'un pays de la common law.<sup>7</sup> Pour répondre aux exigences de "loi" la norme en question doit être "suffisamment accessible" au public et "énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite".<sup>8</sup> L'accessibilité et la prévisibilité d'une norme, justifiant l'ingérence dans un droit garanti, est une condition indispensable de la prééminence du droit.

Deuxième exigence: Toute ingérence doit poursuivre un but légitime. Ces buts légitimes sont énumérés spécifiquement et limitativement dans chacun des articles 8-11: par ex. la sécurité nationale, la protection de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui. Il n'y a pas de limitations plus amples des droits et libertés que celles prévues par la Convention (art. 17).

Le troisième critère pour justifier une ingérence: L'ingérence doit être une mesure nécessaire, dans une société démocratique. L'ingérence sur base légale, poursuivant un but légitime énoncé à l'article respectif doit constituer une mesure nécessaire et proportionnée au but. Mais cette proportionnalité en elle-même est conditionnée plus spécifiquement. L'ingérence doit avoir la qualité d'une mesure nécessaire dans une société démocratique. La Cour, dans sa jurisprudence constante, a traduit cette exigence dans la formule du "besoin social impérieux" ("pressing social need").<sup>9</sup> Ceci est une condition plus exigeante que la simple proportionnalité pour peser le droit individuel garanti contre les intérêts publics pour restreindre le droit garanti.

Selon la jurisprudence des organes de la Convention, en particulier les articles 8 et 11, renferment aussi des obligations positives de la part des Etats, soit des mesures législatives ou autres mesures pour garantir les droits. Du droit au respect de la vie privée en vertu de l'article 8 découle par ex. l'obligation de protéger par la loi pénale une handicapée mentale de 16 ans contre des abus sexuels.<sup>10</sup> A l'article 11, le droit à la

réunion pacifique appelle parfois des mesures positives de la part de l'Etat pour assurer la tenue réelle et effective d'une manifestation.<sup>11</sup> Il va de soi, quand l'Etat omet d'assurer la jouissance d'un droit par manque de répondre a une obligation positive et incluse aux paragraphes 1 des articles 8 et 11, nous sommes en face d'un mépris direct de ce droit, et non pas d'une ingérence a un droit donné. Par conséquent, la technique soigneusement structurée aux paragraphes 2 pour limiter les ingérences fait défaut de s'appliquer. Nonobstant, le besoin de pouvoir restreindre les droits et libertés dans l'intérêt général reste analogue pour le cas d'obligations positives comme pour les cas des restrictions en vertu des paragraphes 2. Selon la Cour, face a une obligation positive, fondée directement sur le paragraphe 1 de l'article 8 comme face a une ingérence de l'autorité publique a justifier sous l'angle du paragraphe 2, "les principes applicables sont assez voisins". "Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre a ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble"<sup>12</sup> Dans l'affaire Stjerna/Fin., le juge Wildhaber plaidait pour un procédé d'examen de justification similaire quant aux deux types d'atteinte aux droits<sup>13</sup>.

A la fin de ce chapitre, il y a lieu de noter que l'article 16 réserve aux Etats contractants le droit d'imposer des restrictions a l'activité politique des étrangers. Ceci est limité aux domaines de la liberté d'expression (art. 10) et de la liberté de réunion et d'association (art. 11). Pratiquement, il n'y a pas de jurisprudence quant a cet article.<sup>14</sup>

## **II. Les restrictions aux droits a la liberté et a la sûreté, prévues a l'article 5 § 1, en cas d'arrestation ou de détention**

Dans cet exposé extrêmement sommaire, je me base en particulier sur la publication encore récente du greffier adjoint de la Cour, M. Villiger.<sup>15</sup> Le droit de ne pas être privé de sa liberté physique arbitrairement est un des droits les plus élémentaires. Ici, il y a lieu de retenir que toute privation de liberté doit s'effectuer "selon les voies légales" ("in accordance with a procedure prescribed by law"). Mais aussi faut-il, pour chaque catégorie des privations admises, en nombre de six, une base légale matérielle.<sup>16</sup> Les textes anglais utilisent pour chacune des catégories d'arrestation ou de détention la notion "lawful". Comme pour les articles 8-11, une base légale statutaire n'est pas exigée. Une jurisprudence constante suffisamment accessible peut suffire, comme le peuvent des normes immédiatement applicables du droit international.<sup>17</sup>

Les motifs ou buts de privation sont énumérés exhaustivement<sup>18</sup> a l'article 5 §1 a) - f), par ex. la détention régulière après condamnation par un tribunal compétent (a), la détention préventive (c), l'arrestation ou la détention régulières, contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours (f).

Comparé avec les paragraphes 2 des articles 8-11 qui sont libellés de façon plutôt générale, a l'article 5 §1 la formule de "mesure nécessaire dans une société démocratique" ne s'y trouve pas. Il semble que ce besoin n'existe pas. Les privations licites a l'article 5 §1, qui reflètent une pratique généralement reconnue par les Etats membres, ne sont non seulement formulées avec une spécificité accrue et nette, mais sont aussi encadrées d'une protection particulière dans les autres paragraphes de l'article 5 (et 6). Mais le test de nécessité s'applique (implicitement) également aux privations de liberté en vertu de l'article 5 §1.<sup>19</sup>

### **III. Mesures d'rogatoires aux droits et liberts de la Convention prises pas les Etats en cas d'ntat d'urgence (art. 15)**

L'article 15 § 1 se lit ainsi: "En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menazant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures d'rogeant aux obligations prvues par la prsente Convention, dans la stricte mesure oц la situation l'exige et a la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations d'coulant du droit international."

Aucune d'rogation n'est admise quant

- au droit a la vie de l'article 2 (sauf pour les cas de d'cis r'sultant d'actes licites de guerre); a l'interdiction de la torture (art. 3);
- a l'interdiction de l'esclavage (art. 4);
- et a la r'gle "pas de peine sans loi" (art. 7).

Seulement pour le reste, l'article 15 permet, en principe, de d'roger aux obligations de la Convention, ceci en cas de guerre ou d'autre danger public menazant la vie de la nation. Il va de soi, que telle clause ne peut ktre formul'e que de fazon assez g'n'rale. D'ja dans son premier arrkt, en 1961, la Cour a retenu que les mots "en cas de guerre ou d'autre danger public menazant la vie de la nation" "d'signent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organis'e de la communaut' composant l'Etat".<sup>20</sup>

Les d'rogations aux obligations de la Convention ne doivent pas ktre prises que "dans la stricte mesure oц la situation l'exige", soit dans leur contenu, soit dans leur itendue substantielle et territoriale et dans le temps.

Les mesures ne doivent pas ktre "en contradiction avec les autres obligations d'coulant du droit international", par ex. du droit humanitaire international des Conventions de Gen've. De plus, il faut tenir "pleinement inform'y" le Secr'taire G'n'ral du Conseil de l'Europe "des mesures prises et des motifs qui les ont inspir'es" ainsi que de la date de la cessation des mesures.

Finalement, comme la Cour l'a statu'y dans l'arrkt mentionn'y de 1961,<sup>21</sup> "il appartient a la Cour [et non pas au Comit'y des Ministres ou au Secr'taire G'n'ral du Conseil de l'Europe] de v'rifier si les conditions йnum'y'r'es a l'article 15 pour l'exercice du droit exceptionnel de d'rogation [sont] r'unies dans le cas [concret]".<sup>22</sup>

### **IV. Les articles 17 et 18 de la Convention**

En vertu de l'article 17, aucune des dispositions de la Convention "ne peut ktre interpr't'e comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer a une activit'y ou d'accomplir un acte visant a la destruction des droits ou liberts reconnus [...] ou a des limitations plus amples de ces droits et liberts que celles prvues a ladite Convention".

Cette clause n'est pas autonome. Il faut donc qu'un droit ou une libert'y, reconnus par la Convention, soit utilis'y (abusivement) par quelqu'un en vue de d'truire les droits ou liberts eux-m'emes ou de les limiter plus amplement que pr'vu a ladite Convention. "Pas de libert'y pour les ennemis de la libert'y." Cependant, il faut s'approcher a cette clause avec prudence. Une application l'g'ere de l'article 17 pourrait facilement aboutir a priver quelqu'un de ses droits ou liberts de la Convention et se r'v'ler comme un danger pour



les garanties de la Convention *in fine*.<sup>23</sup> Aussi, *in fine* un abus grave des libertés des articles 9-11 de la Convention tombant sous le coup de l'article 17 et ses conséquences, ne prive pas le titulaire concerné des autres droits de la Convention, par ex. des garanties institutionnelles visées aux articles 5 et 6.<sup>24</sup>

Il est d'un certain intérêt que l'article 17 s'adresse également à l'Etat qui ne doit pas aller, dans l'application de la Convention, au delà des limitations déjà prévues dans les autres articles de ladite Convention. Ce n'est en somme qu'un renforcement des obligations de l'Etat de ne pas transgresser les limites déjà prévues pour les restrictions dans les différents articles de la Convention.<sup>25</sup>

Egalement, l'article 18 n'est pas autonome non plus. Cet article interdit aux Etats un détournement de pouvoir dans l'application des restrictions admises par la Convention. Les restrictions ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. Ceci a trait aux restrictions des droits et libertés des articles 8-11, mais aussi aux restrictions du droit à la liberté et sécurité physiques de l'article 5 §1.

## V. Interprétation des clauses de restrictions et de dérogations

La Convention est de par sa nature un "traité normatif" (traité-loi); elle est un "instrument constitutionnel [objectif] de l'ordre public européen".<sup>26</sup> La Convention bénéficie aussi d'une "garantie collective" (preamble) des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle est dotée d'une juridiction subsidiaire et finale internationale (art. 19, 32-35). De plus, "l'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre ("be interpreted") et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives" ("so as to make its safeguards practical and effective").<sup>27</sup> "En outre, toute interprétation des droits et libertés énumérés doit se concilier avec <l'esprit général [de la Convention], destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique>".<sup>28</sup>

Face à ces règles et principes d'interprétation et d'application de la Convention, il n'est que conséquent que priorité est donnée aux droits et libertés et à leur efficacité et que les restrictions apportées à eux par les Etats contractants doivent être lues et interprétées étroitement. Selon la jurisprudence de la Cour, ceci est le cas pour les restrictions des paragraphes 2 des articles 8-11.<sup>29</sup> C'est vrai également pour les restrictions ou privations de libertés physiques que ménage l'article 5 § 1.<sup>30</sup> Et en vertu du libellé explicite de l'article 15, les dérogations aux obligations de la Convention ne sont admises que "dans la stricte mesure" ("to the extent strictly required by the exigencies of the situation").

En même temps et en quelque sorte en contraste avec ce qui précède, (l'ancienne Commission et) la Cour, à qui revient en définitif l'autorité d'interpréter, de concrétiser et d'appliquer les droits et libertés de la Convention (art. 19, 32, 44), laisse ou accorde aux Etats une certaine "marge d'appréciation" dans l'application de la Convention. Ceci est vrai, en particulier pour les ingérences des articles 8-11 et les dérogations de l'article 15. La casuistique de la Cour n'est pas facile à schématiser. La Cour bâtit sa jurisprudence très riche notamment sur deux piliers: d'une part sur les notions ou une phraséologie plus ou moins générales, à interpréter, d'autre part sur le système subsidiaire de protection internationale.

En effet, notamment les restrictions aux articles 8-11 de la Convention sont libellées de façon assez générale. Je n'en cite que quelques exemples: "dans une société

démocratique", "a la protection de la morale", "a la sécurité nationale", "au bien-être économique du pays". A l'article 15, une des bases des dérogations est le "cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" afin de "prendre des mesures [...] dans la stricte mesure où la situation l'exige". Ce sont des textes qui comportent en soi une certaine latitude interprétative. A titre d'un exemple: Dans l'affaire Handyside, décidée en 1976, la Cour a retenu quant aux restrictions visant "la protection de la morale" a l'article 10 § 2: "[...] on ne peut dégager du droit interne des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la <morale>. L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace [...]".<sup>31</sup> Cependant, l'ampleur du pouvoir national d'appréciation varie suivant l'ampleur des notions des buts formulés aux paragraphes 2 des articles 8-11, mais aussi suivant l'enjeu conventionnel.<sup>32</sup> Selon la Cour, par ex., le but "pour garantir l'autorité [...] du pouvoir judiciaire" a l'article 10 § 2 est une notion beaucoup plus objective et concordante en Europe et moins discrétionnaire que celle de la protection de la "morale" qui, quant a elle, renvoie a un contexte multiforme et fluctuant européen.<sup>33</sup> Dans le domaine de la liberté d'expression qui constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique la marge d'appréciation est réduite a une interprétation étroite (comme indiqué dans la première partie de ce chapitre).<sup>34</sup> Partant, la marge nationale d'appréciation ne saurait avoir une ampleur identique pour chacun des buts énumérés aux paragraphes 2 des articles 8-11.<sup>35</sup> Le second pilier est le système subsidiaire de protection internationale. La Convention confie en premier lieu a chacun des Etats, y-inclus a leurs législateurs, le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre (art. 13, 34 et 35).<sup>36</sup> Ceci vaut surtout pour juger des restrictions des articles 8-11.<sup>37</sup> De même, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de danger menaçant la vie de la nation comme sur la nature et l'étendue des dérogations nécessaires en vertu de l'article 15, et elles jouissent d'une large marge d'appréciation.<sup>38</sup> La pratique de la Cour, parfois critiquée, révèle un certain "judicial self-restraint", et une "attitude réaliste", comme l'exprime l'ancien juge Franz Matscher.<sup>39</sup> Elle tient compte de quelque diversité européenne de la morale, des traditions culturelles, juridiques, sociales des Etats, et des besoins de chaque Etat "responsable de la vie de [sa] nation" <sup>40</sup> en cas de "danger public". Evidemment, au dernier chef il revient a la Cour d'interpréter et d'appliquer la Convention, comme prévu aux articles 19, 32 et 44,<sup>41</sup> en tenant compte aussi du principe de la proportionnalité et de la règle de non-discrimination (art. 14).

\* La contribution est présentée spécialement pour la publication a l'Almanach 2003.

1 Ils'agit des articles 12 §3, 18 §3, 19 §3, 21 et 22 § 2 du Pacte international. A ce sujet voir en particulier, Coussirat-Coustière, Article 8 § 2, La Convention européenne des Droits de l'Homme, Commentaire, Pettiti/Decaux/Imbert, Paris 1995, pp. 323ss.

2 Arrkt Kokkinakis/Gr., série A n° 260-A, § 33.

3 Arrkt Kokkinakis/Gr., précité, § 31.

4 Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2ème éd., Zürich 1999, p. 344 n. 543.

5 Par ex. arrkt Marckx, série A n° 31, § 31.

6 Arrkt Groppera Radio AG et autres, série A n° 173, § 68.

7 Arrkt Sunday Times, série A n° 30, § 47. Voir aussi arrkts Kruslin, série A n° 176-A, §§

28-29, 33-36; Huvig, sŕrie A n° 176-B, §§ 27-28, 32-35.  
8 Arrkt Sunday Times, pŕicitŕ, § 49.  
9 Arrkts Handyside, sŕrie A n° 24, § 48; Sunday Times, pŕicitŕ, § 59.  
10 Arrkt X et Y / NL, sŕrie A n° 91, §§ 23 et 27.  
11 Arrkt Plattform "Ärzte für das Leben", sŕrie A n° 139, § 32.  
12 Arrkt Powell et Rayner, sŕrie A n° 172, § 41.  
13 Arrkt Stjerna/Fin., sŕrie A n° 299-B, op. concordante, pp. 66s.  
14 Villiger, note 4 supra, p. 463 n. 701.  
15 Villiger, note 4 supra, pp. 207ss., voir aussi Wolfgang Peukert, Frowein/Peukert, Die Euro-päische Menschenrechtskonvention, 2ime ŕd., Kehl 1996, pp. 68ss.  
16 Arrkts Guzzardi, sŕrie A n° 39, § 102; Winterwerp, sŕrie A n° 33, §§ 39-40.  
17 Villiger, note 4 supra, pp. 208ss.  
18 Arrkt Engel et autres, sŕrie A n° 22, § 57; Irlande/RU , sŕrie A n° 25, § 194.  
19 Franz Matscher, Methods of Interpretation of the Convention, The European System for the protection of human rights, ŕd. Macdonald/Matscher/Petzold, Dordrecht 1993, p. 78.  
20 Arrkt Lawless, sŕrie A n° 3, p. 56, § 28.  
21 Arrkt Lawless, pŕicitŕ, p. 55, § 22.  
22 Voir aussi arrkt Brannigan et McBride/RU, sŕrie A n° 258-B, § 43.  
23 J. A. Frowein, Frowein/Peukert, Die Europäische Menschenrechtskonvention, pŕicitŕ (note 15), p. 492, n. 3.  
24 Arrkt Lawless, pŕicitŕ, pp. 45 et 46, § 7.  
25 J. A. Frowein, pŕicitŕ, p. 493, n. 5.  
26 Arrkt Loizidou/Tur., sŕrie A n° 310, §§ 68 et 75.  
27 Arrkts Soering, sŕrie A n° 161, § 87; Loizidou, pŕicitŕ, § 72.  
28 Arrkt Soering, pŕicitŕ.  
29 Voir arrkt Klass et autres, sŕrie A n° 28, § 42; pour la libertŕ d'association des partis politiques (art. 11), voir arrkt Parti communiste unifiŕ de Turquie et autres / Tur. , Recueil1998-I, p. 22, § 46.  
30 Arrkt Guzzardi, sŕrie A n° 39, § 98.  
31 Arrkts Handyside, sŕrie A n° 24, § 48; Mŕller et autres, sŕrie A n° 133, §§ 35,36.  
32 Coussirat-Coustire, note 1 supra, p. 342.  
33 Arrkt Sunday Times, sŕrie A n° 30, § 59.  
34 P. ex. arrkts Castells, sŕrie A n° 236, §§ 42, 43; Thorgeirson, sŕrie A n° 239, § 63; pour l'article 11 p.ex. voir arrkt Parti communiste unifiŕ, note 29 supra, §§ 45-47.  
35 Arrkt Dudgeon, sŕrie A n° 45, § 52. droit a un tribunal au sens attribuŕ a l'article 6 § 1, qui nŕcessite de par snature des rŕ-gŕimentations institutionnelles et procŕdurales par l'Etat, ou l'article 2 du Protocole additionnel qui dispose que "nul ne peut se voir refuser le droit a l'instruction". Ce dernier droit, lui aussi, appelle une rŕglementation nationale qui "peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communautŕ et des individus". Cependant, selon la Cour, "telle rŕglementation ne doit jamais entraoner d'atteinte a lasubstance de ce droit, ni se heurter a d'autres droits consacŕs par la Convention" (arrkts Golder, sŕrie A n° 18, §§ 38, 39; Deweer, sŕrie A n° 35, § 49; Ashingdane, sŕrie A n° 93, § 57.  
36 Par ex. arrkt Kudla/Pol. [GC], n° 30210/96, § 152, CEDH 2000-XI.  
37 Arrkts Handyside, pŕicitŕ, § 48; Sunday Times, pŕicitŕ, § 59.

38 Arrkt Brannigan et McBride/RU, sйrie A n° 258-B, § 43.

39 Franz Matscher, note 19 supra, p. 77.

40 Arrkt Brannigan et McBride/RU, pгйcitй, § 43.

### **Резюме\***

В силу статей 8-11 Конвенции каждое ограничение должно быть "предусмотрено законом". Кроме этого, каждое ограничение или вмешательство должно преследовать одну или несколько законных целей, как, например, национальная безопасность, защита здоровья или нравственности, которые должны выступать как меры, "необходимые для демократического общества".

Что касается прав личной свободы и личной неприкосновенности человека, предусмотренных параграфом 1 статьи 5, цели или мотивы ограничения этих прав во время ареста или задержания перечислены исчерпывающим образом. Поэтому, в отличие от статей 8-11, в этом случае уже не действует формулировка "меры, необходимые для демократического общества".

В отношении отступления со стороны государств от своих конвенционных обязательств, условия которого перечислены в параграфе 1 статьи 15 Конвенции, Суд в своем решении от 1961г. постановил, что только Суд, а не Комитет Министров или Генеральный секретарь Совета Европы, правомочен уточнять, в совокупности ли выступают в данной ситуации эти условия.

Переходя к вопросу комментирования случаев ограничений прав и отступлений от конвенционных обязательств, нужно подчеркнуть, что права и свободы человека имеют приоритет, и ограничение последних со стороны государств необходимо понимать и комментировать в узком смысле.

## **LIMITS OF REALIZATION OF THE HUMAN RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA**

**EGIDIJUS KURIS**

*President, Constitutional Court  
of the Republic of Lithuania*

1. I shall start by pointing out the relative character of the title of my presentation. Art. 18 of the Constitution of Lithuania reads: "Human rights and freedoms are inborn". Although it is a commonplace expression to speak, both in the national constitutional jurisprudence and in the international human rights jurisprudence (as well as in scholarly publications), of certain limits of realisation of human rights as set forth in normative acts and jurisprudence, I do not find the formula "limits/limitation of human rights" very adequate

from a purely legal theoretical point of view. In this sense, limiting one's right means violating it by overstepping the boundaries of competence of the other person who is legally bound to respect these rights (irrespective of whether this another person is a state or an offender in the traditional sense of the word). In the Dworkinian system, rights are treated as trumps, therefore to the extent there is a right, its realisation cannot be limited otherwise except impairing some part of it, and that amounts to violation. In the Kelsenian system, rights are but reflections of another person's obligations, and the latter are but the mode of behaviour opposite to the one to which the sanction is attached, therefore limitation of one's rights should also incur some kind of sanction. In any case, the system of all persons' rights is a kind of a network in which each and every right has its natural boundaries: the person's right ends where it is confronted with the rights of other persons. The Constitutional Court, in deciding on the constitutionality of legal acts regulating certain human rights, safeguards such boundaries of the respective rights as set forth in the Constitution; it attempts to secure these boundaries from being overstepped— on the basis of the challenged legal acts —from either side, i.e. both by the holder of the right and by other persons who have the respective obligation. In no way the Constitutional Court is entitled to itself set forth any limitations of the human rights. However, while interpreting the contents of the constitutional provisions concerning human rights, the Constitutional Court also interprets the meaning of each right examined. Thus, the Constitutional Court, in its jurisprudence, provides for the official doctrine of where the boundaries of each right are drawn in the Constitution itself.

2. The Lithuanian Constitution, in whole, does consolidate precisely such concept of rights in which rights have their limits but, within these limits, any further limitations of rights are not legally conceivable unless they are foreseen in the Constitution, explicitly or implicitly. The typical wording revealing such consolidation of constitutional rights is the wording of Para. 3, Art. 25 of the Constitution: "Freedom to express convictions and impart information shall be incompatible with criminal deeds—the instigation of national, racial, religious, or social hatred, violence and discrimination, slander and disinformation." Thus, the freedom to express one's convictions per se does not include freedom to spread disinformation or racist propaganda which, then, have to be limited by statute or judicial decision; disinformation and racist propaganda are, from the outset, beyond the limits of the freedom of expression.

In this context, it has to be mentioned that, under Art. 28 of the Constitution, in exercising the rights and freedoms, the human being must observe the Constitution and the laws and must not impair the rights and freedoms of other people.

Here, my concern is such limitations of human rights that are —or may be—set forth by the legislator in statutes and that are nevertheless constitutionally justifiable. Only in this sense it is permissible to speak of limitations of constitutional rights. The jurisprudence of the Constitutional Court reveals that there are five aspects of such limitations: (i) the constitutional rights are not absolute; (ii) limitations of the realisation of the constitutional rights are explicitly provided for in the Constitution; (iii) the contents of certain rights must be specified by a statute; (iv) limitations of the constitutional rights are *expressis verbis* left to the legislator's discretion; (v) the realisation of the rights entrenched in the Constitution must be considered *vis-a-vis* the social and economic reforms being carried out.

3. Most constitutional rights are not absolute, however, the Constitution does not explicitly

specify which ones. The Constitutional Court affirmed that certain constitutional rights may not be limited under any circumstances. It can be maintained that, the rights that are not distinguished in the jurisprudence as absolute rights, do not have this property. So far, the Court has elaborated on the absolute character of the right to life, the freedom to profess religion and to have convictions, and the right to apply to court and the right to defence.

Impossibility to restrict the right to life is emphasized in the Constitutional Court ruling of 9 December 1998<sup>1</sup>, in which the death penalty (foreseen in the Criminal Code) was outlawed as unconstitutional. The principal legal arguments on which the Constitutional Court based its ruling was that the right to life is an inborn right, which means that it is the right of those the best and those the worst; that the death penalty does not correspond to the principle of proportionality and, therefore, cannot be just; and that Art. 19 of the Constitution, which provides that the right to life of a human being shall be protected by law, is formulated in such a categorical way that it excludes any exceptions from this principle.

Apart from the formal legal arguments, and given the sensitivity of the issue, the Court also exploited psychological arguments. As the Criminal Code did not indicate unequivocally as to when the death penalty must be imposed, in such a case the final decision concerning the imposition of the death penalty depends not on the law but on the court as well, therefore the decision whether to impose the death penalty or not may depend on the psychological state of the judges (compassion, or, on the contrary, strictness, fear to adopt a wrong decision etc.), the professionalism and activity of the defense or the prosecution, as well as a number of other subjective circumstances. The court may face a difficulty to judge on the basis of objective criteria as to what individual deserves to be punished by death and what to be imprisoned for life. Besides, no matter what guarantees are ensured in the criminal proceedings of a state under the rule of law, one should not reject a possibility of a mistake; it is impossible to protect courts from such mistakes. Meanwhile, after the death penalty has been carried out, there exist no opportunities to rectify such a mistake. Moral arguments were also used. Human life and dignity constitute the integrity of a personality and they denote the essence of an individual. Life and dignity are inalienable properties of an individual, therefore they may not be treated separately. They constitute that minimum which is above law, that starting point from which all the other rights are developed and supplemented, and which constitute the values which are unquestionably recognized by the international community. In a case where the issue of the imposition of the death penalty is decided two aspects of cruelty come into collision: the cruelty of the crime and that of the punishment; however, the cruelty of the crime by itself does not counterbalance the cruelty of the death penalty. Degradation of the dignity of the convict derives essentially from the cruelty of the death penalty itself. The cruelty manifests itself by the fact that after the death sentence has been carried out, the human essence of the criminal is negated as well, he is deprived of any human dignity, as the state in that case treats the person as a mere object to be eliminated from the human community. Meanwhile, acts of cruelty constantly repeated cannot not exert influence over the socio-psychological state of society and the tolerance for constant promotion of cruelty.

The freedom to profess one's religion and to have convictions is also of absolute character. In the Constitutional Court conclusion of 24 January 1995<sup>2</sup>, it is stated that "the profession

of religion or beliefs, when taken apart from manifestation and propagation, is a spiritual category implying the possession of religious and faith beliefs", and that profession of religion reflects "the spiritual nature of religion or faith" and also the inner state of human soul. This state may not be restricted in any way if only by persecuting a person for his religion or faith, and even in such a case the persecution cannot deprive him of his religious beliefs or faith. In this case a general legal principle is valid: *lex non cogit ad impossibilia*—the law does not require impossible things." In the broader sense, no restrictions can be imposed on the freedom to have convictions.<sup>3</sup> However, expression of convictions and practice of religion are subject to certain limitations set forth in the Constitution. Art. 27 of the Constitution explicitly states that, neither a crime nor a failure to execute the law may be justified by the prior convictions, religion, or beliefs of the human being.

The right to apply to court and the right to defence are also interpreted as absolute rights. In its ruling of 12 February 2001,<sup>4</sup> the Constitutional Court upheld the constitutionality of a Law on the Bar, which set forth certain restrictions on advocates' activities, including prohibition to act as a representative or counsel for the defence in court in cases when the advocate previously worked at the same court as a judge provided three years have not expired from the end of his said work, and in cases when his or her spouse (former spouse), children (adopted children), parents (foster-parents), brothers, sisters (step-brothers, step-sisters), cousins, grandparents or grandchildren work in the same court as judges. The Constitutional Court made sharp distinction between the right to choose an advocate by himself and the right to have an advocate. The right to choose an advocate by himself may be limited. For instance, the advocate himself may not act as counsel for the defence of two or more persons suspected of commission of crime or two or more accused in cases when the interests of defence of one of these persons conflict with those of the other. Laws also may provide that in cases when exercise of defence of the person faces real difficulties, the court may suggest that the person choose another advocate. The challenged statutory restrictions of the right to choose the advocate by himself were held by the Constitutional Court as aiming at ensuring the impartiality and independence of judges and courts by removing the preconditions raising doubts concerning the said impartiality of judges and courts. The constitutional right of persons to a hearing by an impartial court means that a judge, whose impartiality may raise doubts, may not investigate a case of the person. Impartiality and independence of the court are the essential guarantee of ensuring of human rights and freedoms, and is a necessary condition of fair investigation of the case, hence a condition of trust in court as well. However, the right to defence per se as well as the right to have an advocate is absolute: it may not be denied nor restricted on any grounds nor under any conditions. The Constitutional Court emphasized that the right of a person suspected of commission of crime as well as that of the accused to defence is one of the guarantees of human rights protection.

In its ruling of 30 June 2000<sup>5</sup>, the Constitutional Court related the right to apply to court, as an absolute right, with the right of an individual to compensation of material or moral damage, including recover of damage under judicial procedure. The Court turned down the statutory provision under which only those persons were entitled to compensation of damage inflicted by the judgement of conviction by court, regarding whom the judgement of conviction went into effect and subsequently was reversed (in the cassation procedure), thus, the right to compensation was denied for those who also suffered material or moral

damage due to the judgement of conviction, however the judgement of conviction regarding them was reversed prior to its going into effect, i.e. under procedure of appeal. The Constitutional Court noted that the right of a person to compensation of damage may not be conditioned on the fact as to in what manner— under cassation procedure or that of appeal— the judgement of conviction is reversed; the implementation of the right of a person to demand that damage inflicted on him by unlawful actions of the court in the course of the adoption of the judgement of conviction be compensated is to be linked with the fact that either effective or non-effective judgement of conviction has been reversed and the procedure in the criminal case has been completed. In this ruling, the Constitutional Court formulated the principle that no such legal regulation may be established when a person implementing one his constitutional right would lose an opportunity to implement another constitutional right. The legal regulation established in the challenged law was deficient because it presupposed such a legal situation when a person, implementing his constitutional right to appeal to court (the right that his case be investigated under procedure of appeal), could not implement his another constitutional right (the right that he be compensated material and moral damage that has been inflicted on him).

5. With respect to some constitutional rights, limitations of the realisation of these rights are explicitly provided for in the Constitution. In particular, Art. 145 of the Constitution provides that, after martial law or a state of emergency is imposed, the rights and freedoms specified in Arts. 22, 24, 25, 32, 35, and 36 of the Constitution may be temporarily restricted; these articles consolidate, accordingly, inviolability of the family and private life of an individual; inviolability of the dwelling place of an individual; freedom of beliefs and information; freedom of movement; freedom of associations; freedom of meetings. Yet, Art. 145 has received very little elaboration in the official constitutional doctrine. The Constitutional Court held that such restriction should usually take place in the form of suspension of validity of relevant statutes.<sup>6</sup> However, one may predict that in such cases the practice of restriction of the respective constitutional rights would be justified even if there are no statutory provisions specifically regulating such instances.

On the other hand, the list of articles of the Constitution, provided for in Art. 145, consolidating constitutional rights and freedoms that may be temporarily restricted after martial law or a state of emergency is imposed, is exhaustive. For instance, in its 13 November 1997 decision<sup>7</sup>, the Constitutional Court pointed out that Art. 145 does not provide for restriction of property rights even after martial law or a state of emergency is imposed.

6. With respect to some constitutional rights and freedoms, The Constitution *expressis verbis* foresees the possibility of restricting them by statute. The limitations are left to the legislator's discretion, however, the scope of legislative intervention is contained within the limits explicitly specified in the Constitution. This is so in cases when the constitutional provisions are worded in such a manner that allow for certain limitation of rights and freedoms set forth in statutes.

For instance, Art. 32 of the Constitution provides for the citizen's right of movement including the right to choose the place of residence freely and the right to freely leave Lithuania (Para. 1). Para. 2 of this article provides that "the said rights may not be restricted other than by law and if it is necessary to protect the security of the State, the health of the people, as well as to administer justice". Similarly, in Art. 26 the freedom of



thought, conscience and religion is entrenched (Para. 1), including every human being's right to freely choose any religion or beliefs and, either alone or with others, in private or public, to profess his religion, to perform religious practices, to practice his beliefs and teach them (Para. 2), and the provision that, no one may coerce another person or be subject to coercion to choose or profess any religion or beliefs (Para 3). In both cases, as we see, the wording is such that it is emphasized that restriction of a respective right, as a rule, is not allowed unless there is a pressing necessity to secure other constitutional values. So, provisions that certain rights may be restricted are formulated as negative provisions. The legislator in setting forth such restrictions, is obliged to substantiate these restrictions by a reference to another constitutional value which otherwise would be jeopardized.

In numerous Constitutional Court rulings it is emphasized that, it is permitted to restrict the constitutional human rights and freedoms in case the following conditions are observed: this is done by law (and not substatutory act); restrictions are necessary in a democratic society in attempt to protect the rights and freedoms of other persons and the values entrenched in the Constitution as well as the constitutionally important objectives; restrictions do not deny the nature and essence of the rights and freedoms; the constitutional principle of proportionality is followed<sup>8</sup>. The essential provision is followed that the fundamentals of the content of any basic human right may not be violated by restrictions. If a right were restricted so that reasonable limits were exceeded, or its legal protection were not ensured, in that case there would be grounds to assert that the fundamentals themselves of such a right are violated, and that would be equivalent to the denial of this right<sup>9</sup>.

If these conditions are met, the constitutionality of statutory provisions restricting a certain right may be upheld. For example, in several cases, the Constitutional Court upheld the restrictions of the right to privacy. In its 8 May 2000 ruling,<sup>10</sup> the Constitutional Court upheld the constitutionality of the so-called mode of conduct simulating a criminal act" (i.e. authorised acts exhibiting criminal characteristics aimed at protecting the key interests of the state, the public, or an individual, provided the mode of conduct simulating a criminal act only serves as one of the measures in detection of a crime prepared by a person or in that of a crime at an early stage of its commission, ant that the state institutions do not establish such legal regulation which would permit state special services to incite or provoke a person to commit a crime so that after it there would appear grounds to prosecute the said person). It is specifically emphasized in the ruling that, a person who commits criminal deeds or those contrary to law must not and may not expect privacy; that the limits of the protection of private life of an individual disappear in cases when by his actions in a criminal or any other unlawful manner he violates the interests protected by law, inflicts damage on particular persons, society or the state. When the person carries out actions of public character and comprehends it or must comprehend it or is capable of understanding it, whether at home or other private premises, then such actions of public character will not enjoy protection under Art. 22 of the Constitution and the person may not expect privacy.

Similarly, in the ruling of 24 March 2003<sup>11</sup>, the Constitutional Court expanded on the right to privacy of convicts' correspondence which, by statute, was all subject to control. The statutory provision was held unconstitutional, as exceeding reasonable and justifiable limits, however, the Constitutional Court stated that, the legal concept of the private life is

linked with legitimate expectations of the private life of the person, and that if a person commits criminal deeds or those contrary to law, violates the interests protected by law, inflicts damage on particular persons, society or the state, he is aware or must and can be aware of the fact that this will cause corresponding reaction of state institutions and that for the breach of law being committed (or already committed) the state may apply force measures and that by such measures his behaviour will be influenced in a certain way; a person who has committed a criminal deed cannot and may not expect that the protection of his private life will be the same as that of the persons observing the laws.

In another case<sup>12</sup>, the Constitutional Court upheld the constitutionality of the Law on the Provision of Information to the Public under which the information about the private life of the public person (state politicians, public servants, heads of political parties and public organizations as well as other persons participating in public and political activities) may be published without the consent of the latter provided this information discloses the circumstances of the private life or personal characteristics of the public person, which are of public importance. The Constitutional Court emphasized that the Constitution guarantees and safeguards the interest of the public to be informed, and also that the freedom of the media stems from the Constitution. Personal characteristics, behaviour and certain circumstances of the private life of the persons participating in social and political activities may be of importance to public affairs. The interest of the public to know more about these persons than about others is constitutionally grounded. The said interest would not be ensured if in every particular case, when publishing the information of public importance about the private life of a person participating in social and political activities, the consent of the said person were necessary. Thus, the media may inform the public about the private life of such a person without the consent of the latter inasmuch as the personal characteristics, behaviour and certain circumstances of the private life of the said person may be of importance to public affairs and due to this the published information is of public importance. Moreover, certain facts of the private life of public persons, their personal characteristics in their public activity, as a rule, reveal themselves of their own accord. The person participating in social and political activities cannot not anticipate a greater attention of the public and the media towards him. The legislator, establishing, by law, the criteria under which the person may be attributed to public persons, must pay heed to the balance between the right of an individual to privacy enshrined in Art. 22 of the Constitution and the interest of the public to be informed about all the factors capable of exerting influence on public affairs, which is guaranteed and safeguarded by the Constitution.

The Constitutional Court also maintains that property rights are not absolute, too.<sup>13</sup> Making ownership rights absolute, preconditions may appear to violate property interests of other persons and also to cause conflicts, therefore respective restrictions or restraints on the ownership rights may be imposed by law<sup>14</sup>. Under the Constitution, the right of ownership is not absolute, it may be restricted by law in connection with the nature of an object of property, deeds committed against law and/or a need which is necessary for society and which is constitutionally justified.<sup>15</sup> For example, the Constitutional Court upheld the constitutionality of confiscation of property as a criminal sanction for certain kinds of crimes.<sup>16</sup> In the case of eminent domain, the constitutional document, as interpreted in the Constitutional Court's jurisprudence, sets forth numerous safeguards including substantiation of the social need, as well as just compensation, which should be

both prompt and adequate.<sup>17</sup>

In general, substantiation of restriction of certain rights must be provided by state institutions applying the law under all circumstances. For instance, in the 12 April 2001 Constitutional Court ruling<sup>18</sup> it is stated that, the police must inform the interested person in writing as regards the decision to issue the permit to acquire a weapon, and that the refusal to issue a weapon must be a motivated one, while the person may appeal to court against such a decision.

**7.** In the Constitution, the formula that certain issues shall be regulated by law (statute), is often used. For example, Para. 1, Art. 34 provides that citizens who, on the day of election, have reached 18 years of age, shall have the electoral right. Para. 2 of this article provides that the right to be elected shall be established by the Constitution and by the election laws.<sup>19</sup> So, the circle of those enjoying the passive electoral right must be specified by statute.

Also, most of the social obligations of the state elevated to the constitutional level are formulated carefully, obliging the legislator to regulate specific relations by laws at the same time granting broad discretion to regulate these relations while taking account of economic and financial resources of the state, and other important factors. For instance, in Para. 1, Art. 49 it is established that each working human being shall have the right to rest and leisure, as well as annual paid holidays, but in Para. 2 of this article it is stipulated that the duration of work hours shall be established by law; thus, the definition of the duration of work hours is left to the discretion of the legislator. Under Para., 1 Art. 51, while defending their economic and social interests, employees shall have the right to strike, but Para. 2 of this article leaves it to the legislator to determine "the restrictions of this right" as well as the conditions and procedure for the implementation thereof." Art. 52 of the Constitution *expressis verbis* indicates four types of social assistance and two types of pensions, which the state guarantees to its citizens, though it is the legislator's function to determine which individuals should receive social assistance and to which individuals pensions are payable, as well as to determine the conditions and grounds for paying pensions and rendering social assistance, to determine amounts of pensions and social assistance: "The State shall guarantee the right of citizens to receive old age and disability pensions, as well as social assistance in the event of unemployment, sickness, widowhood, loss of breadwinner, and other cases provided for in laws." The obligations established in the Constitution to render the citizens free medical aid are not very broad – again, many issues are open for the legislator's option (Para. 1, Art. 53 of the Constitution): "The State shall look after the health of the people and shall guarantee medical aid and services for the human being in the event of sickness. The procedure for providing medical aid to citizens free of charge at State medical establishments shall be established by law." Similar constitutional obligations are established with regard to the citizens' right to higher education (Para. 3, Art. 41): "Higher education is available to everyone according to his capabilities. To the citizens who have high marks, free studies in governmental higher education institutions are guaranteed." That testifies also to the compromise character of the said provisions of the Constitution drafted in a complicated situation of political confrontation.

In all such cases the bottom-line is that constitutional provisions according to which certain issues shall be specified by law require that all issues pertaining to human rights shall be regulated by laws and not by sub-statutory acts. For example, in the

Constitutional Court ruling of 19 December 1996,<sup>20</sup> the provisions of the Law on the State Secrets were recognized as unconstitutional under which the Government shall establish the procedure for drawing up and amending the list of the information which is considered a state secret, as well as the provision specifying what information may not be a state secret. The basis for recognizing these provisions as unconstitutional was that information becomes a state secret if it is entered into the list of state secrets which is made by the Government; thus, the restrictions of the individual's constitutional right to information are actually established by a substatutory act, which is given priority, but not by law. Also, in several of its rulings, the Constitutional Court emphasized that the law—and not the substatutory act—must establish the grounds, conditions and amounts of the awarding and payment of pensions.<sup>21</sup>

When the constitutionality of the law specifying certain rights is challenged, the Constitutional Court, investigating it, uses the same criteria (already mentioned) that only such restrictions are permitted that are necessary in a democratic society in attempt to protect the rights and freedoms of other persons and the values entrenched in the Constitution as well as the constitutionally important objectives; that restrictions do not deny the nature and essence of the rights and freedoms; and that the constitutional principle of proportionality is followed.

**8.** The realisation of rights, in particular social and economic rights, depend not only on legal but also on social and economic factors. At a first glance, this is something that the Constitutional Court could care less, as it decides only issues of law. On the other hand, the formalistic approach could endanger the social and economic reforms carried out in the country, and this should be taken into account—however not at the cost of the rule of law.

The Constitutional Court stands hard for that the legislator should regulate issues in such a manner that social and economic rights are secured and guaranteed. For example, the provisions of Para. 3, Art. 41 that higher education is available to everyone according to his capabilities, and that to the citizens who have high marks, free studies in governmental higher education institutions are guaranteed, were interpreted by the Constitutional Court emphasized in such a way that they presume the state's duty to ensure preconditions necessary in order to implement this right, and that that not only state schools of higher education (which, under Para. 2, Art. 40) have to be allotted state funds that have to be provided for in the state budget. The 2001 Budget Law was recognized as unconstitutional inter alia on the basis that it did not include separate allocations for the state schools of higher education.<sup>22</sup> However, the Constitutional Court bases its social and economic rights doctrine also on the presumption that possibilities of the state to provide welfare may not be unlimited. The search for a balance is best seen in pensions cases.

The Constitutional Court has recognized as unconstitutional a number of provisions of laws regulating pensions, which reduced pensions to various kinds of pensioners<sup>23</sup>. One of the most conspicuous examples is the Constitutional Court ruling of 4 July 2003 in which the provisions of a law were admitted to be inconsistent with the Constitution according to which the so-called state pensions of state officials and servicemen who had the insured income (to put it simply, those who worked), were reduced down to 30 percent for the servicemen of professional military service, officials working in the system of the Interior, the State Security Department system, prosecutor's office, the Departments of Prisons and some others—including those that had to be granted in the future under a previous law,

and those that had already been granted and had been paid under a previously valid law. According to the laws, the pensions for the officials and servicemen are paid not from the funds of the social insurance budget but from the state budget; their amount does not depend on the contributions of social insurance paid by a person; the majority of them are granted for a person when he retires from a certain service and are started to be paid for the person much before the established age for the old age pension; in addition, the persons, having reached the old age established by the law, receive these state pensions as well as the old age social insurance pension. Beside the so-called state pensions of officials and servicemen, the laws also provide for more state pensions paid from the state budget—for individual persons for particular merits before the state (their evaluation, of course, cannot avoid subjectivity in all cases), also the pensions for particular categories of persons for service; some of them are granted and paid as a compensation for various losses in life (for those who suffered from the Soviet and Nazi occupation, also from the Soviet aggression in 1991, for the participants of the resistance, widowers and orphans, also for the persons who took part in the liquidation of the effects of the Chernobyl disaster). Meanwhile, the “ordinary” old age pensions” and disability pensions paid from the social insurance fund (by the way, directly guaranteed in Art. 52 of the Constitution) are much smaller than the so-called state pensions and, if evaluated entirely from the standpoint of the human touch, they are meagre. Accumulative pension funds in Lithuania, unfortunately, have not functioned up till now. But it is often claimed that too much funds from the state budget are granted in order to pay state pensions, which the state cannot afford, and, what is more, sometimes it is said that the so-called state pensions are privileges (which are prohibited in Art. 29 of the Constitution), thus, when they are granted and paid, the equality of citizens and social harmony are distorted. It is necessary to admit that there are some grounds for stating the existence of many problems, both moral and economic (thus political as well) in this sphere. Generally, the system of pensions—not only of the so-called state but also of the social insurance— during the entire period of the independence of this country has not essentially been reformed, though it is evidently ineffective. The necessity of the reform is evident to everyone at least a little acquainted with the system of pensions.

The case on the reduction of state pensions for the officials and servicemen was investigated at the time when the suggestions of “simplifying” the functioning system of state pensions were being prepared for the Seimas, while rejecting some of them and (perhaps) reducing some of them even more. In addition, only half the year had passed since when the Constitutional Court by one of its most widely discussed ruling, i.e. that of 25 November 2002, recognised an article of the Law on the State Social Insurance, under which for the old age pensioners who had the insured income (by the way, at the same time as for the persons receiving state pensions of officials and servicemen) the old age pension of social insurance paid until then was reduced, to be in conflict with the Constitution, in particular, with its provisions consolidating the right to old age pension, the right to freely choose a job and business, also the defence and protection of legitimate expectations and the rights of ownership. The political decision of the said law adopted at the end of the year 2000 to reduce also the social insurance and some state pensions, which evoked an extremely hostile reaction of the public, was being reasoned as a necessity of saving the funds of social insurance fund and was presented as one step of the future pension reform. It is evident that the Constitutional Court ruling of 25 November

2002 (especially the correlation of the already paid old age pension with the right to possession) could not avoid also some unfavourable reaction of certain politicians; it did happen so. Thus, it was possible to predict that the decision in the case on the reduction of state pensions for the officials and servicemen, if this reduction had also been acknowledged inconsistent with the Constitution, would have been accepted more favourably, but, in fact, it would have meant the additional funds from the state budget. It is not surprising that in the case investigated on the reduction of state pensions of officials and servicemen, in such social context, not only purely legal aspects of the problem but also the aforesaid context was taken into consideration. The balance between the impossibility to reduce the granted and already paid pensions for the service (the issues of other state pensions were not discussed in the ruling) and the necessity to reform the system of pensions was searched in the Constitutional Court ruling of 4 July 2003. The Constitutional Court stated that under Art. 52 of the Constitution the legislator must establish, by law, old age and disability pensions, as well as social assistance in the event of unemployment, sickness, widowhood, loss of breadwinner, and other cases provided for in laws. According to the Constitution, other pensions or social assistance, not only the ones provided in Art. 52 of the Constitution, may be established by the law. The law may also establish certain pensions for service for the State of Lithuania. The legislator, regulating state pensions of officials and servicemen is bound by the constitutional principles of the imperative of social harmony, of justice, reasonableness and proportionality. If the legislator, while establishing the indicated pensions, did not consider the specific character of the service of the officials and servicemen, the nature of their concrete duties and other important circumstances, the granting and payment of such a pension would become a privilege. At the same time, the Constitutional Court stated that it is not permitted to establish any legal regulation by which the person retires unreasonably early or a very short period of work or service is established or, when establishing the amount of the granted pension, the amount of the salary of the official or soldier is not taken into consideration or in any other way the principles of justice, reasonableness and proportionality would be violated. On the other hand, when certain pensions are established by the law, the state is obligated to guarantee it by some other bases and amounts established by the law, while the persons meeting the conditions provided by the law have the right to demand that the state grant and pay this pension to them. The Constitution protects and defends legitimate expectations and acquired rights. It is not permitted by the amendments of legal regulation to deny the acquired rights and legitimate interests of a person. The Constitutional Court, applying these general provisions in the case on state pensions of officials and servicemen, held that the state, by establishing such legal regulation under which the persons meeting all the conditions provided by the law acquire the right to a certain pension established by the law for the service to the State of Lithuania, at the same time assumes obligations to grant such a pension and pay it, and such a person has the right to demand that the state fulfil this property obligation (thus connected with ownership) established by the law. Besides, it is not permitted, according to the Constitution, to establish any legal regulation by which a person, while implementing one constitutional right, would lose an opportunity to implement another constitutional right, thus for the persons who are guaranteed the right to receive the state pension of officials or servicemen the opportunities of to freely choose another job or business though they meet the requirements for that job or business may

not be restricted due to the received pension.

The Constitutional Court ruled that the reduction of the state pensions of officials and servicemen established by the law was in conflict with the provisions of the Constitution, consolidating the right to old age pension, the right to freely choose a job or business, the protection and defence of legitimate expectations and of ownership. A broader social and political context was taken into consideration after stating that in reality there may appear a special situation in the state (economic crisis, natural disaster, etc.) when there is an objective lack of funds necessary to pay the pensions. In such exceptional cases the legal regulation of pensionary relations may be corrected also by reducing the granted and paid pensions to such an extent which is necessary to ensuring the vitally important interests of the society, and to protect other constitutional values. But the reduced pensions may be paid only temporarily, i.e., only when there exists the special situation in the state, though even in such exceptional cases the pensions may not be reduced by violating the constitutional principle of proportionality and the balance between the interests of the person and the society.

The Constitutional Court also noted that the constitutional protection of acquired rights and legitimate expectations does not mean that the system of pensionary provision established by the law could not be reformed. However, according to the Constitution, the system of pensions may be reformed only by the law and only guaranteeing the old age and disability pensions provided in the Constitution, also while paying heed to the obligations of the state, which are in conformity with the Constitution, to pay monetary allowances for the persons meeting the requirements established by the law. If, while reforming the system of pensions, the pensions directly not stated in Art. 52 of the Constitution (and the state pension of officials and servicemen for the service is just of this kind) disappeared or the legal regulation of such pensions was essentially changed, the legislator would have to create a just compensation mechanism of the losses for the persons who were granted and paid such pensions. The Constitutional Court emphasised that the legislator, when reforming the system of pensions so that the fundamentals of pensionary provision, the persons who are granted and paid the pension, the conditions of granting and paying the pension, the amounts of pensionary provision are changed, must provide for a sufficient transition period during which the persons performing an appropriate work or service, which gives them the right to a relevant pension following the previous regulation, could prepare for such changes.

**9.** The fact that, in the Constitutional Court's jurisprudence, constitutional provisions concerning human rights are interpreted as allowing some limitations should not make impression that this is the dominating tendency. In fact, the idea underlying the human rights doctrine is to defend the person against the state which is in line with the understanding of the Constitution as of the anti-majoritarian act. In particular, the said stance of the Constitutional Court is testified by such rulings in which recognition of violation of one right is encompassed by the recognition of violation of another right (as in the case when the violation of the pensions rights was supplemented by the recognition of the right to possession). The doctrinal principle (mentioned above) that no such legal regulation may be established when a person implementing one his constitutional right would loose an opportunity to implement another constitutional right speaks for that, too. Moreover, the Constitutional Court tends to draw from the Constitution, and formulate as constitutional principles such doctrinal postulates that give certain rights constitutional

status although these rights are not *expressis verbis* formulated in the constitutional document. For example, in several of its rulings, the Constitutional Court reaffirmed that the Constitution guarantees the right to succession.<sup>24</sup> In addition, some constitutional rights which, in the constitutional document are indicated as citizens' rights, are interpreted in the broader way – as human rights not directly related to citizenship, e.g. the right to education<sup>25</sup>. Also, the provision of Para. 5, Art. 31, which states that no person may be punished twice for the same crime, is interpreted not only as meant to ensure the implementation of principles of justice in the criminal legal proceedings but also as revealing the broader principle *non bis in idem*.<sup>26</sup> Similarly, although the Constitution, (Para. 1, Art. 30) explicitly speaks only of the person's whose constitutional rights or freedoms are violated right to apply to court, the Constitutional Court interpreted this provision as granting defence by court also to acquired rights<sup>27</sup>. The jurisprudence of the Constitutional Court also contains cases where acquired rights were defended by *inter alia* referring to the principles of proportionality and the rule of law; for example, the norm of the Code of Administrative Violations of Law was turned down as violating the constitutional principle of proportionality, which *inter alia*, provided that, upon commission of a violation for which a fine may be imposed, until adoption of a decision in the legal case, the driving licence from the driver shall be seized and shall not be returned until the payment of the imposed fine<sup>28</sup>.

**1** The 9 December 1998 Constitutional Court Ruling "On the compliance of the death penalty provided for by the sanction of Article 105 of the Republic of Lithuania Criminal Code with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette *Valstybės žinios*, 1998, No. 109-3004).

**2** The 24 January 1995 Constitutional Court Conclusion "On the compliance of Articles 4, 5, 9, 14 as well as Article 2 of Protocol No. 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette *Valstybės žinios*, 1995, No. 9-1999).

**3** The 13 June 2000 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Item 5 of Article 1, Parts 3 and 4 of Article 10, Part 1 of Article 15, Article 20, Item 2 of Article 21, Part 2 of Article 32, Parts 2, 3 and 4 of Article 34, Items 2 and 5 of Article 35, Item 2 of Article 37 and Items 2 and 3 of Article 38 of the Republic of Lithuania Law on Education with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette *Valstybės žinios*, 2000, No. 49-1424).

**4** 12 February 2001 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraphs 3 and 4 Article 26 of the Republic of Lithuania Law on the Bar with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette *Valstybės žinios*, 2001, No. 14-445).

**5** The 30 June 2000 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Part 1 of Article 3 and Item 1 of Part 1 of Article 4 of the Republic of Lithuania Law on Compensation for Damage Inflicted by Unlawful Actions of Interrogatory and Investigatory Bodies, the Prosecutor's Office and Court with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette *Valstybės žinios*, 2000, No. 54-1587).

**6** The 17 September 1993 Constitutional Court ruling "On the compliance of the decision of the Seimas of the Republic of Lithuania 'On the dissolution of Vilnius City Council and some measures necessary to improve the activities in local governments,' adopted on April 15, 1993, with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette *Valstybės žinios*, 1993, No. 49-1424).



oinios, 1993, No. 47-949); the 13 November 1997 Constitutional Court decision „On the Request of a Group of Seimas Members to Investigate if the Provisional Law on suspensijon of the Validity of the Republic of Lithuania Law „On the Procedure and Conditions of the Restoration of the Rights of Ownership to the Existing Real Property“ Is in Compliance with the Constitution of the Republic of Lithuania“ (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 104-2645).

**7** the 13 November 1997 Constitutional Court decision „On the Request of a Group of Seimas Members to Investigate if the Provisional Law on suspensijon of the Validity of the Republic of Lithuania Law „On the Procedure and Conditions of the Restoration of the Rights of Ownership to the Existing Real Property“ Is in Compliance with the Constitution of the Republic of Lithuania“ (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 104-2645).

**8** The 20 April 1995 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Articles 7 and 9.3 of the Statute of Radio and Television of Lithuania as well as items 3 and 12 of the Regulations of the Technical Commission for Organisation of Competitions Regarding the Lease of Radio and Television Programmes Broadcasting State Facilities to Private Broadcasting Services with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 1995, No. 34-847); the 19 December 1996 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Articles 5 and 10 of the Law of the Republic of Lithuania on State Secrets and Their Protection with the Constitution of the Republic of Lithuania as well as on the compliance of the 6 March 1996 Resolutions No. 309 and 310 of the Government of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania and the norms of the Republic of Lithuania Code of Civil Proceedings” (Official Gazette Valstybės žinios, 1996, No. 126-2962); the 6 May 1997 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Item 2 of Part 1 of Article 16 of the Law on the Officials of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 40-997); the 10 March 1998 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Part 3 of Article 20 of the Republic of Lithuania Law on Officials with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 1998, No. 25-650); the 7 January 2000 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Part 2 of Article 6 of the Republic of Lithuania Meetings Law with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2000, No. 3-78); the 14 March 2002 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Paragraph 2 of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on Pharmaceutical Activities with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 28-1003); the 19 September 2002 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Paragraph 2 of Article 27 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications (wording of 11 July 2000), Paragraph 1 of Article 2 of the Republic of Lithuania Law on the Amendment of Article 27 of the Law on Telecommunications, Paragraph 4 of Article 57 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications (wording of 5 July 2002), Item 4 of Paragraph 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities (wording of 22 May 1997), Item 6 of Paragraph 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities (wording of 20 June 2002), Paragraph 1 of Article 48 (wording of 26 June 1961) and Paragraph 1 of Article 75 (wording of 29 January 1975) of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania” (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 93-4000); the 23 October 2002 Constitutional Court Ruling “On the compliance of Article 8 and Paragraph 3 of Article 14 of the Republic of Lithuania Law on the Provision of

Information to the Public with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 104-4675); the 24 March 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 41 of the Code of Correctional Labour of the Republic of Lithuania (wording of 2 July 1997) with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 29-1196).

**9** The 18 April 1996 Constitutional Court Ruling "On the compliance of item 7, Part 1 of Article 37, Article 39, Parts 1 and 2 of Article 40, Article 45 and Parts 2 and 3 of Article 46 of the Law of the Republic of Lithuania on Commercial Banks with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1996, No. 36-915); the 6 May 1997 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Item 2 of Part 1 of Article 16 of the Law on the Officials of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 40-997); the 5 April 2000 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Sub-item 4.7 of the Regulations for Operational Activities of the System of Internal Affairs of the Republic of Lithuania approved by 30 September 1993 Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 731-19 'On the Approval of the Regulations for Operational Activities of the System of Internal Affairs of the Republic of Lithuania' with the Constitution of the Republic of Lithuania and Item 7 of Part 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities" (Official Gazette Valstybės žinios, 2000, No. 30-840); the 4 March 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 573 of the Civil Code of the Republic of Lithuania (wording of 17 May 1994) with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 24-889); the 19 September 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 27 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications (wording of 11 July 2000), Paragraph 1 of Article 2 of the Republic of Lithuania Law on the Amendment of Article 27 of the Law on Telecommunications, Paragraph 4 of Article 57 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications (wording of 5 July 2002), Item 4 of Paragraph 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities (wording of 22 May 1997), Item 6 of Paragraph 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities (wording of 20 June 2002), Paragraph 1 of Article 48 (wording of 26 June 1961) and Paragraph 1 of Article 75 (wording of 29 January 1975) of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 93-4000); the 24 March 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 41 of the Code of Correctional Labour of the Republic of Lithuania (wording of 2 July 1997) with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 29-1196).

**10** The 8 May 2000 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Part 12 of Article 2, Item 3 of Part 2 of Article 7, Part 1 of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities and Parts 1 and 2 of Article 1981 of the Republic of Lithuania Code of Criminal Procedure with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 39-1105).

**11** The 24 March 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 41 of the Code of Correctional Labour of the Republic of Lithuania (wording of 2 July 1997) with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 29-1196).

**12** The 23 October 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 8 and

Paragraph 3 of Article 14 of the Republic of Lithuania Law on the Provision of Information to the Public with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 104-4675).

**13** Nekotoryje voprosy konstitucionno dopustimych ogranichenii prava sobstvennosti v praktike Konstitucionnogo Suda Litovskoj Respubliki // Rol' konstitucionnyh sudov v obespechenii prava sobstvennosti. Moskva: Institut prava i publichnoj politiki, 2001.

**14** The 13 December 1993 Constitutional Court Ruling "On the compliance of the second part of Article 148 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania as well as items 1 and 2, Article 93 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1993, No. 70-1320); the 8 April 1998 Ruling „On the Compliance of Part 1 of Article 26 of the Republic of Lithuania Code of Administrative Transgressions of Law with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 31-770); the 10 July 1997 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Item 1 of Part 2 of Article 55, Items 1 and 2 of Part 4 of Article 56, and Part 3 of Article 58 of the Republic of Lithuania Law on Tax Administration with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 67-1696); the 1 October 1997 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Part 5 of Article 195 and Article 242 of the Code of Criminal Proceedings with the Constitution of the Republic of Lithuania (Official Gazette Valstybės žinios, 1997, No. 91-2289).

**15** The 13 December 1993 Constitutional Court Ruling "On the compliance of the second part of Article 148 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania as well as items 1 and 2, Article 93 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1993, No. 70-1320); the 6 October 1999 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Parts 1, 2 and 3 of Article 8 and Parts 7, 8 and 9 of Article 16 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1999, No. 85-2548); the 19 September 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 27 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications (wording of 11 July 2000), Paragraph 1 of Article 2 of the Republic of Lithuania Law on the Amendment of Article 27 of the Law on Telecommunications, Paragraph 4 of Article 57 of the Republic of Lithuania Law on Telecommunications (wording of 5 July 2002), Item 4 of Paragraph 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities (wording of 22 May 1997), Item 6 of Paragraph 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities (wording of 20 June 2002), Paragraph 1 of Article 48 (wording of 26 June 1961) and Paragraph 1 of Article 75 (wording of 29 January 1975) of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 93-4000); the 4 March 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 14 of the Republic of Lithuania Law 'On the Procedure and Conditions of Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property' (wording of 12 January 1993), Paragraph 1 of Article 2 and Item 5 of the same paragraph, Articles 15, 20, and 21 of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property (wording of 15 January 2002), Items 2, 4, 5, and 6 of Paragraph 1 of Article 15, as well as Paragraphs 2 and 4 of the same article, Paragraph 10 of Article 16 and Article 20 of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of the Rights of

Ownership of Citizens to the Existing Real Property with the Constitution of the Republic of Lithuania, and on the compliance of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 27 'On the Buying Out of the Residential Houses Which are Indispensable for State Necessities' of 17 January 1994 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Article 14 of the Republic of Lithuania Law 'On the Procedure and Conditions of Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property' (wording of 12 January 1993)" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 24-1004).

**16** The 13 December 1993 Constitutional Court Ruling "On the compliance of the second part of Article 148 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania as well as items 1 and 2, Article 93 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 1993, No. 70-1320).

**17** The 2 April 2001 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraphs 2, 3, 4, and 5 of Article 5, Item 3 of Article 12 and Paragraph 3 of Article 16 as well as Item 5 of Paragraph 9 of the same article of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of Citizens' Rights of Ownership to the Existing Real Property with the Constitution of the Republic of Lithuania and on the compliance of Paragraphs 2, 3, 4, and 5 of Article 5 as well as Item 3 of Article 12 of the same law with Article 8 of the Constitutional Law on the Subjects, Procedure, Terms, Conditions and Restrictions of the Acquisition into Ownership of Land Plots Provided for in Paragraph 2 of Article 47 of the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2001, No. 29-938); the 4 March 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 14 of the Republic of Lithuania Law 'On the Procedure and Conditions of Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property' (wording of 12 January 1993), Paragraph 1 of Article 2 and Item 5 of the same paragraph, Articles 15, 20, and 21 of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property (wording of 15 January 2002), Items 2, 4, 5, and 6 of Paragraph 1 of Article 15, as well as Paragraphs 2 and 4 of the same article, Paragraph 10 of Article 16 and Article 20 of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property with the Constitution of the Republic of Lithuania, and on the compliance of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 27 'On the Buying Out of the Residential Houses Which are Indispensable for State Necessities' of 17 January 1994 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Article 14 of the Republic of Lithuania Law 'On the Procedure and Conditions of Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property' (wording of 12 January 1993)" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 24-1004).

**18** The 12 April 2001 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Item 9 of Paragraph 8 of Article 19 of the Republic of Lithuania Law on Arms and Ammunition Control and Items 14.9 and 57.2 of the Rules on Hunting Arms Circulation approved by Resolution of the Government of the Republic of Lithuania No. 436 'On Approving the Rules on Hunting Arms Circulation' of 10 April 1998 with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2001, No. 33-1108).

**19** Some of such restrictions expressis verbis indicated in the Constitution are that citizens who are recognized as incapable by a court shall not participate in elections (Para. 3, Art. 34); that persons performing actual military service or alternative service, as well as officers of the national defence system, or the police and the Interior, non-commissioned

officers, re-enlistees and other paid officials of paramilitary and security services who have not retired to the reserve may not be members of the Seimas and the municipal councils (Art. 141). Specific restrictions are set forth for the passive electoral right in the elections to Seimas and Presidential elections: any citizen of the Republic of Lithuania who is not bound by an oath or pledge to a foreign state, and who, on the election day, is not younger than 25 years of age and permanently resides in Lithuania, may be elected a member of the Seimas (Para. 1, Art. 56); persons who have not fulfilled punishment imposed on them by a court judgement, as well as persons recognised as incapable by a court, may not be elected members of the Seimas (Para. 2, Art. 56); a citizen of the Republic of Lithuania by birth, who has resided in Lithuania for not less than the past three years, if he has reached the age of not less than 40 prior to the election day, and if he may be elected a member of the Seimas, may be elected President of the Republic (Para. 1, Art. 78).

**20** The 19 December 1996 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Articles 5 and 10 of the Law of the Republic of Lithuania on State Secrets and Their Protection with the Constitution of the Republic of Lithuania as well as on the compliance of the 6 March 1996 Resolutions No. 309 and 310 of the Government of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania and the norms of the Republic of Lithuania Code of Civil Proceedings" (Official Gazette Valstybės žinios, 1996, No. 126-2962).

**21** The 10 February 2000 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Part 4 of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on State Pensions, Item 2 of Part 3 of Article 8 of the Republic of Lithuania Law on the Legal Status of Victims of the Occupations of 1939-1990 with the Constitution of the Republic of Lithuania and on the compliance of Items 9 and 12 of the List 'The 1939-1990 Occupations Repressive Structures, Services and Positions for Serving in Which Persons Shall not be Awarded State Pensions for Victims' as approved by 3 July 1998 Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 829 'On the Approval of the List of the 1939-1990 Occupations Repressive Structures, Services and Positions for Serving in Which Persons Shall not be Awarded State Pensions for Victims' with the Constitution of the Republic of Lithuania and Part 4 of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on State Pensions" (Official Gazette Valstybės žinios, 2000, No. 14-370); the 30 October 2001 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Item 8 of the Regulations of Granting and Payment of State Pensions to Officials and Soldiers of the Systems of Internal Affairs, State Security, Defence and Prosecutor's Office approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 83 'On the Approval of the Regulations of Granting and Payment of State Pensions to Officials and Soldiers of the Systems of Internal Affairs, State Security, Defence and Prosecutor's Office and the Establishment of the Time of Service Necessary in Order to Receive a Respective Percentage Extra Pay for the Years of Service' of 20 January 1995 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Paragraph 4 of Article 16 of the Republic of Lithuania Law on Pensions of Officials and Soldiers of Internal Affairs, State Security, Defence and Prosecutor's Office" (Official Gazette Valstybės žinios, 2001, No. 93-3288); the 23 April 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraphs 1 and 2 of Article 7, Paragraph 6 and Item 2 of Paragraph 9 of Article 16 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of Officials and Soldiers of the Interior, the Special Investigation Service, State Security, Defence and of the Prosecutor's Office (wording of 2 May 2000)

with the Constitution of the Republic of Lithuania, and on the compliance of Item 31.3 of the Regulations of Granting and Payment of State Pensions to Officials and Soldiers of the Systems of Internal Affairs, State Security, Defence and Prosecutor's Office (wording of 20 November 1998) Approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 83 "On the Approval of the Regulations of Granting and Payment of State Pensions to Officials and Soldiers of the Systems of Internal Affairs, State Security, Defence and Prosecutor's Office and the Establishment of the Time of Service Necessary in Order to Receive a Respective Percentage Extra Pay for the Years of Service" of 20 January 1995 with Paragraph 1 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of Officials and Soldiers of the Interior, the Special Investigation Service, State Security, Defence and of the Prosecutor's Office (wording of 2 May 2000)" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 43-1636); the 25 November 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 69 of the Republic of Lithuania Law on the Diplomatic Service, Item 9 of Paragraph 1 of Article 4 (wording of 16 March 2000) of the Republic of Lithuania Law on State Social Insurance and Item 5 of Paragraph 1 of Article 2 (wording of 16 December 1999) and Article 23 (wordings of 21 December 1994, 21 December 2000 and 8 May 2001) of the Republic of Lithuania Law on State Social Insurance Pensions with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 113-5057); the 4 July 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 11 (wording of 21 December 2000) and Paragraph 3 of Article 13 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter with the Constitution of the Republic of Lithuania, also on the compliance of Paragraph 2 of Article 25 (wording of 25 May 2001) of the Regulations for Granting and Payment of State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter as approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 83 of 20 January 1995 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Paragraph 4 of Article 16 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 68-3094).

**22** The 14 January 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of the Republic of Lithuania Law on Approving the Financial Indicators of the 2001 State Budget and Budgets of Local Governments (wording of 19 December 2000), the Republic of Lithuania Law on the Approval of Indicators Determining the Amount and Levelling of Revenues of Local Governments Budgets for 2001, 2002 and 2003 and Article 16 of the Republic of Lithuania Law on the State Regulation of Economic Relations in Agriculture with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 5-186).

**23** The 25 November 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 69 of the Republic of Lithuania Law on the Diplomatic Service, Item 9 of Paragraph 1 of Article 4 (wording of 16 March 2000) of the Republic of Lithuania Law on

State Social Insurance and Item 5 of Paragraph 1 of Article 2 (wording of 16 December 1999) and Article 23 (wordings of 21 December 1994, 21 December 2000 and 8 May 2001) of the Republic of Lithuania Law on State Social Insurance Pensions with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 113-5057); the 4 July 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 11 (wording of 21 December 2000) and Paragraph 3 of Article 13 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter with the Constitution of the Republic of Lithuania, also on the compliance of Paragraph 2 of Article 25 (wording of 25 May 2001) of the Regulations for Granting and Payment of State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter as approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 83 of 20 January 1995 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Paragraph 4 of Article 16 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 68-3094).

**24** The 4 March 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 573 of the Civil Code of the Republic of Lithuania (wording of 17 May 1994) with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 24-889); the 4 March 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 14 of the Republic of Lithuania Law 'On the Procedure and Conditions of Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property' (wording of 12 January 1993), Paragraph 1 of Article 2 and Item 5 of the same paragraph, Articles 15, 20, and 21 of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property (wording of 15 January 2002), Items 2, 4, 5, and 6 of Paragraph 1 of Article 15, as well as Paragraphs 2 and 4 of the same article, Paragraph 10 of Article 16 and Article 20 of the Republic of Lithuania Law on the Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property with the Constitution of the Republic of Lithuania, and on the compliance of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 27 'On the Buying Out of the Residential Houses Which are Indispensable for State Necessities' of 17 January 1994 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Article 14 of the Republic of Lithuania Law 'On the Procedure and Conditions of Restoration of the Rights of Ownership of Citizens to the Existing Real Property' (wording of 12 January 1993)" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 24-1004).

**25** The 14 January 2002 Constitutional Court Ruling "On the compliance of the Republic of Lithuania Law on Approving the Financial Indicators of the 2001 State Budget and Budgets of Local Governments (wording of 19 December 2000), the Republic of Lithuania Law on the Approval of Indicators Determining the Amount and Levelling of Revenues of Local Governments Budgets for 2001, 2002 and 2003 and Article 16 of the Republic of

Lithuania Law on the State Regulation of Economic Relations in Agriculture with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2002, No. 5-186).

**26** The 7 May 2001 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Article 1302 of the Republic of Lithuania Code of Administrative Violations of Law (wording of 18 July 1994) with the Constitution of the Republic of Lithuania" (Official Gazette Valstybės žinios, 2001, No. 39-1373); the 4 July 2003 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraph 2 of Article 11 (wording of 21 December 2000) and Paragraph 3 of Article 13 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter with the Constitution of the Republic of Lithuania, also on the compliance of Paragraph 2 of Article 25 (wording of 25 May 2001) of the Regulations for Granting and Payment of State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter as approved by Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 83 of 20 January 1995 with the Constitution of the Republic of Lithuania and Paragraph 4 of Article 16 of the Republic of Lithuania Law on the State Pensions of the Officials and Servicemen of the Interior, Special Investigation Service, State Security, National Defence, Prosecutor's Office, Department of Prisons and of the Establishments and State Enterprises Which are Subordinate to the Latter" (Official Gazette Valstybės žinios, 2003, No. 68-3094).

**27** The 12 July 2001 Constitutional Court Ruling "On the compliance of Paragraphs 1 and 2 of Article 4, Paragraphs 1 and 3 of Article 5, Item 1 of Paragraph 3, Paragraphs 4, 5 and 6 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Remuneration for Work of State Politicians, Judges and State Officials, as well as Chapter II of the Appendix to the same law, Appendix 6 to the Republic of Lithuania Law on the Approval of the Financial Indices of the 2000 State Budget and the Budgets of Local Governments, Article 9 of the Republic of Lithuania Law on Amending the Law on the Approval of the Financial Indices of the 2000 State Budget and the Budgets of Local Governments, Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 499 'On the Temporary Experimental Procedure for Remuneration for Work to Heads and Other Officials of State Power, State Administration and Law Enforcement Bodies' of 29 November 1991, Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 666 'On Remuneration for Work of Judges of Courts, Officials and Other Employees of the Prosecutor's Office and the State Security Department of the Republic of Lithuania' of 24 June 1997, Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 1494 'On the Partial Amendment of Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 689 "On Remuneration for Work of Chief Officials and Officers of Law and Order Institutions and of Law Enforcement and Control Institutions" of 30 June 1997' of 28 December 1999 with the Constitution



## РЕЗЮМЕ

Автор рассматривает 5 аспектов ограничения конституционных прав человека, которые выявлены в практике Конституционного Суда Литвы:

- 1) конституционные права не абсолютны;
- 2) границы реализации конституционных прав четко определены Конституцией;
- 3) содержание некоторых прав должно быть уточнено законом;
- 4) ограничение конституционного права *expressis verbis* оставлено на усмотрение законодателя;
- 5) реализация прав, которые закреплены Конституцией, должна быть рассмотрена с точки зрения социальных и экономических реформ.

Конституционный Суд в своей практике подтвердил, что отдельные конституционные права ни в коем случае не могут быть ограничены. Правами, не подлежащими ограничению, являются: право на жизнь, свобода совести и право на судебную защиту.

В том случае, если ограничения прав оставлены на усмотрение законодателя, вмешательство законодателя в реализацию права допускается в границах, которые четко определены Конституцией.

В ряде решений Конституционного Суда подчеркивалось, что конституционные права и свободы могут быть ограничены только в следующих случаях:

- только законом;
- если это ограничение необходимо в демократическом обществе;
- в целях защиты прав и свобод других лиц и закрепленных Конституцией ценностей;
- ограничение не должно менять характер и содержание данного права;
- должен сохраняться конституционный принцип пропорциональности.

В докладе представлена также практика Конституционного Суда по вопросам ограничения прав с учетом экономических и финансовых ресурсов государства.

### **Конституционно-правовые основания ограничения прав и свобод человека в Республике Беларусь**

ГРИГОРИЙ ВАСИЛЕВИЧ  
*Председатель Конституционного Суда  
Республики Беларусь*

Согласно статье 23 Конституции Республики Беларусь ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц. Никто не может пользоваться преимуществами и привилегиями, противоречащими закону. Содержание прав и свобод, закрепленных в Конституции, не беспредельно. Можно утверждать, что права одного лица заканчиваются там, где начинаются права другого человека. С целью исключения споров, возникновения различного рода проблем очень важно

определить пределы прав и свобод. Ограничение прав и свобод обуславливается необходимостью защиты прав и свобод других лиц, общественного в целом от злоупотреблений правопользователя.

В международно-правовых документах предусмотрено, что установление пределов прав и свобод возможно на основании закона. Ограничения могут быть лишь такими, которые необходимы в демократическом обществе, для охраны государственной и национальной безопасности, общественного порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц.

Иными словами, законодатель не свободен в своем усмотрении: ограничение прав и свобод возможно, но:

во-первых, только если это предусмотрено законом;

во-вторых, только по следующим основаниям:

а) в интересах национальной безопасности, общественного порядка;

б) защиты нравственности;

в) охраны здоровья населения;

г) защиты прав и свобод других лиц.

Таким образом, ограничения обуславливаются интересами развития демократического государства, где обеспечиваются не только интересы общества, но и отдельного человека.

Соответствие "рамок" ограничений Конституции может быть предметом проверки Конституционного Суда Республики Беларусь. Само по себе установление ограничений таким нормативным актом, как закон, не означает, что они базируются на предписаниях Конституции, прежде всего требованиях, изложенных в части первой комментируемой статьи.

Ограничения должны быть соразмерны демократической природе соответствующего права, его конституционному содержанию, в том числе и обусловленные спецификой статуса некоторых категорий лиц (например, государственных служащих, выборных работников, военнослужащих и др.).

Определенные особенности реализации прав и свобод, установление ограничений могут иметь место в условиях чрезвычайного или военного положения (см. ст. 63 Конституции).

От правильного применения статьи 23 Конституции зависит, будет ли тот или иной субъект (гражданин) обладать в полном объеме конституционными правами.

Таким образом, при реализации положений статьи 23 Конституции государственные органы и должностные лица должны, на наш взгляд, исходить из следующего:

1) ограничения допустимы только в случаях, предусмотренных законом (полагаем, что это может быть осуществлено как непосредственно законом, так и на основе его делегирования другим правовым актом);

2) закон не может "перекрывать" конституционные нормы, то есть законодатель должен соизмерять свои действия с конституционными предписаниями;

3) ограничения должны быть соразмерными достигаемым целям;

4) допустимы лишь те ограничения, которые объективно необходимы в демократическом обществе;

5) ограничениями преследуется законная цель (обеспечение национальной безопасности, общественного порядка и др.).

Доступность прав и свобод, уровень их обеспеченности часто зависит от того,

насколько разумная система льгот и привилегий (преимуществ, установленных законом) действует в государстве. Их необоснованность для той или иной категории граждан снижает всеобщую доступность прав и свобод.

На обеспечение прав и свобод каждого человека нацеливает статья 59 Конституции, согласно которой на государство возложена обязанность принимать все доступные ему меры для создания внутреннего и международного порядка, необходимого для полного осуществления прав и свобод граждан Республики Беларусь, предусмотренных Конституцией. Более того, государственные органы и должностные лица несут ответственность за действия, нарушающие права и свободы личности.

К сожалению, многие закрепленные в Конституции права и свободы пока остаются недоступными в полном объеме. Так, государством не выполнено конституционное предписание о свободе передвижения и выборе места жительства. Анализ законодательства и возможных допустимых подходов в этой области свидетельствует, что, по крайней мере, с 30 марта 2001 г. (через семь лет после введения в действие Конституции) нормы статьи 30 Конституции должны действовать более широко, нежели это происходит сейчас в связи с ориентацией прежде всего на архаичные акты органов управления СССР.

Не обеспечено право молодых людей на замену воинской службы альтернативной (гражданской) по религиозным мотивам. Конституционный Суд Республики Беларусь в свое время принял решение по данному вопросу, признав наличие такого права и обратив внимание законодателя на необходимость принятия соответствующего нормативного акта, а также судов - на недопустимость и неправомерность привлечения к уголовной ответственности призывников за обоснованный отказ от несения воинской службы по мотивам религиозных взглядов. Интересно, что даже сразу после Октябрьской революции В.И. Ленин подписал декрет (3 января 1918 г.), допускавший освобождение от воинской повинности последователей некоторых религиозных культов и определявший для этого соответствующую процедуру. Хотя справедливости ради следует отметить определенное изменение судебной практики.

Одним из средств всеобщей доступности прав и свобод могло бы быть официальное толкование парламентом конституционных норм. Однако такая практика не сложилась. Правом казуального толкования конституционных норм и принципов обладает Конституционный Суд, чем он активно пользуется.

В целом проблема всеобщей доступности прав и свобод - весьма разноплановая, требующая широкого комплексного исследования.

В правотворческой и правоприменительной деятельности должен учитываться принцип пропорциональности ограничения того или иного права достигаемым целям. Принцип пропорциональности имеет самостоятельное значение. Ограничения должны быть необходимыми, законодатель должен выбирать наименее обременительное средство ограничения прав.

Принцип пропорциональности должен рассматриваться как допущение такого вмешательства в права и свободы, которые конституционно необходимы. Основой для определения законности действий является статья 23 Конституции, а также положения международных документов о правах и свободах граждан.

Впервые идея пропорциональности ограничений прав отстаивалась автором в особом мнении относительно заключения Конституционного Суда Республики Беларусь от 19 декабря 1994 г. по делу "О соответствии Конституции примечания к статье 177

Уголовного кодекса Республики Беларусь" (Народная газета. 1995. 18 янв.).

Законом от 1 марта 1994 г. "О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Беларусь и некоторые другие законодательные акты Республики Беларусь" (Ведамасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь. 1994. № 12. Ст. 176) статья 177 Уголовного кодекса была дополнена примечанием следующего содержания: "Не подлежат ответственности за преступления, предусмотренные статьями 177, 178, 185 и 186 настоящего Кодекса, близкие родственники лица, совершившего преступления, перечисленные в пункте 9 статьи 22 Уголовно- процессуального кодекса Республики Беларусь".

Автор не согласился с выводом о том, что, наряду с недонесением о негосударственных преступлениях (статья 186 УК), в примечании к статье 177 должна быть также ссылка на статью 86 УК, предусматривающую, что близкие родственники лица, совершившего государственное преступление, должны также освобождаться от уголовной ответственности за недонесение об этом. Недонесение - это несообщение соответствующим государственным органам (должностным лицам) о достоверно известном недонесителю готовящемся или совершенном преступлении при наличии возможности сообщить об этом. Статья 86 УК предусматривает недонесение о таких государственных преступлениях, как террористический акт, диверсия, бандитизм и др. По мнению автора, необходим поиск конструкции закона, при которой близкие родственники обязаны под угрозой уголовного наказания и во избежание человеческих жертв сообщать о готовящемся террористическом акте, диверсии и т.п. с правом не указывать конкретных лиц, к ним причастных.

Наиболее полно идея пропорциональности ограничений достигаемым законодателем целям была сформулирована в решении Конституционного Суда от 27 сентября 2002 г. по вопросу о конституционности норм правовых актов, предусматривающих проставление отметок в паспортах граждан Республики Беларусь для временного выезда за границу.

В соответствии с Законом "О порядке выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь граждан Республики Беларусь" и иными нормативными правовыми актами гражданин прежде чем выехать за рубеж должен не только получить визу, оформить другие документы, но и поставить в паспорте отметку (штамп), свидетельствующий о том, что у него нет ограничений на выезд за границу. В том, что определенные ограничения для выезда за рубеж могут быть предусмотрены в законодательстве, нет ничего сверхсособенного (например, когда гражданин, желающий временно выехать за рубеж, уклоняется от исполнения обязательств, наложенных на него судом, до исполнения обязательств ограничивается в праве на выезд, то тем самым защищаются интересы соответствующих лиц). Другое дело, что эти ограничения должны определяться только законом и в полном соответствии со статьей 23 и другими статьями Конституции Республики Беларусь с тем, чтобы не нарушалась природа закрепленных в них прав и свобод. Ограничения для временного выезда должны быть разумными и справедливыми. Явно неприемлемо такое основание для ограничения временного выезда за рубеж, как предъявление к лицу любого гражданского иска.

Согласно статье 30 Конституции граждане Республики Беларусь имеют право свободно передвигаться и выбирать место жительства в пределах Республики

Беларусь, покидать ее и беспрепятственно возвращаться обратно. Как отметил Конституционный Суд в одном из своих заключений, содержание указанной статьи свидетельствует о неотъемлемости данного конституционного права, его принадлежности каждому гражданину. Установленное же в законодательстве требование об обязательности проставления отметки в паспорте всеми гражданами, желающими временно выехать за границу, абсолютное большинство которых не имеет ограничений на выезд, умаляет их права и несоразмерно защищаемым Конституции ценностям.

Государство, как это предусмотрено в статье 59 Конституции, обязано принимать все доступные ему меры для создания такого внутреннего и международного порядка, при котором наиболее полно осуществляются права и свободы личности, и прежде всего, предусмотренные Конституцией, включая и право на свободу передвижения, выезда из Республики Беларусь и беспрепятственного возвращения обратно. Реализации этого права способствует и то обстоятельство, что уже сейчас завершается выдача паспортов нового образца, которые отвечают международным стандартам и действительны, как это прямо указано на странице 29 паспорта, для выезда за границу. Дополнительное проставление отметок (штампов) в паспорте, которое порой объясняется необходимостью контроля за лицами, имеющими временное ограничение на выезд, является не только излишним обременением для граждан, но и несоразмерным с провозглашенными в Конституции целями.

Наиболее оптимальным вариантом обеспечения конституционных прав граждан является скорейшее завершение создания современной системы учета лиц, в отношении которых в строгом соответствии с Конституцией установлены ограничения на выезд, что должно исключить проставление каких-либо отметок в паспортах абсолютного большинства граждан.

Важнейшим правилом правотворческой деятельности должно стать прогнозирование последствий принятия правовых решений, к какой бы области оно не относилось (пенсионная система, труд, уголовная или административная ответственность и т.п.).

Безусловно, право не должно быть "всепроникающим". Следует сменить ориентиры. В основе правового регулирования необходимо шире использовать не разрешительный, а запретительный порядок, то есть не перечислять, что можно сделать, а указывать, от чего гражданин должен воздерживаться.

Принято считать, что основная черта граждан Беларуси - их рассудительность, поэтому несколько неожиданным выглядит высокий уровень судимости, большое количество административных правонарушений. В связи с этим не только судам, но и законодателю следует, определяя санкцию в виде уголовного, административного или иного наказания, исходить из принципа соразмерности меры наказания тяжести совершенного правонарушения.

Новый УК Республики Беларусь действует уже три года. Он оценен как достаточно демократический закон. Действительно, по сравнению с ранее действовавшим (советским) УК, это большой шаг вперед в направлении гуманизации и демократизации.

Вместе с тем на практике не все его нормы получили однозначное понимание. В ряде случаев сам закон не способствует гуманизации уголовной политики. В результате мы имеем неоправданно большое количество лиц, осуждаемых к лишению свободы. Ежегодно это 32-35% всех осужденных.

УК предусмотрел очень высокие пределы наказания при его назначении по совокупности преступлений или приговоров (30 и 35 лет). По сути, это - пожизненное заключение. Слишком ограничены возможности применения таких гуманных мер уголовной ответственности, как условное неприменение наказания или отсрочка исполнения наказания.

Целый ряд видов наказания, альтернативных лишению свободы, оказались на практике не эффективными или просто не работают. В первую очередь, это общественные работы. Существенно снижен объем применения штрафа (в 2001 г. он был применен лишь к 4,9% осужденных, хотя в 2000 г. его удельный вес составил 12,9%). Ужесточен подход к рецидиву преступлений, поэтому классификация видов рецидива и установление принципов назначения наказания за него нуждаются в совершенствовании.

Все это вынуждает суды чаще прибегать к использованию наказания в виде лишения свободы, что не является оправданным в русле развития гуманистической уголовной политики. В настоящее время законы об амнистии, почти ежегодно принимаемые в нашей стране (с 1991 г. по настоящее время принято уже шесть таких законов), стали рассматриваться как одно из важных средств "очищения" колоний, уменьшения затрат государства на содержание заключенных. Тем не менее и эти законы не решают проблемы. Достаточно отметить, что если по Закону об амнистии от 15 июля 2002 г. на сегодняшний день освобождено из колоний 5200 человек, то за III квартал этого года в места лишения свободы прибыло 4130 "новичков". Все это выглядит как итог несовершенной судебной политики, вытекающей в том числе из недостаточно продуманных требований уголовного закона.

Не случайно поэтому распоряжением Президента Республики Беларусь от 30 сентября 2002 г. создана рабочая группа по совершенствованию уголовного законодательства в направлении его гуманизации. Полагаю, что эта работа выльется в существенное реформирование не только нового УК, но и всей уголовной политики государства.

Учитывая переполненность мест предварительного заключения, следовало бы срок пребывания в них увеличивать на соответствующий коэффициент с целью зачета в срок назначенного в будущем такого наказания, как лишение свободы.

Обязанностью любого государства является добросовестное выполнение международных договоров и иных международных документов. Практику применения судами международных договоров с целью обеспечения их действия в Республике Беларусь следовало бы проанализировать на заседаниях пленумов Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда с целью соответствующей ориентации судов на прямое применение норм договоров.

Необходимо развивать местное самоуправление. Эффект правового регулирования будет наибольшим при нахождении оптимального соотношения между централизованным и децентрализованным регулированием. Причем местное самоуправление должно быть реальным. Ссылки на то, что необходимо изменить условия и порядок формирования местных доходов, правильные, однако уже сейчас в силу иждивенческих настроений и граждан, и управленцев местного уровня они приводят к тому, что на региональном уровне не решаются элементарные вопросы, не требующие, по сути, вмешательства органов республиканского или областного уровня.

В правотворческой деятельности государственных органов следует учитывать две основные взаимосвязанные тенденции: 1) либерализацию экономики, отказ от излишнего вмешательства государства в экономику, учет общих и частных интересов; 2) создание эффективной правовой системы, позволяющей государству играть ключевую роль в политической системе общества. Очень важно, чтобы эти две тенденции "шли рядом", сочетались друг с другом, ведь установление отношений по поводу собственности является определяющим для развития государства.

В период трансформации общественных отношений утверждение правовых ценностей, безопасность государства, общества и каждого гражданина объективно обуславливают усиление государства. Однако это усиление допустимо только на основе правового закона.

Выполнение государством функции социальной защиты не должно носить стихийный, вспомогательный, хаотичный характер.

Эффективность права в обеспечении развития личности зависит от многих факторов. Актуальными являются следующие: адекватность правового регулирования потребностям общественного развития, предсказуемость развития права, равенство всех перед законом и судом, гарантированность правосудия (право на объективный, беспристрастный и независимый суд), право на квалифицированную юридическую помощь, на презумпцию невиновности, прогнозирование последствий принятия нормативных правовых актов.

Для правового государства характерно создание отлаженного механизма восстановления нарушенного права. Считаю, что абсолютное большинство судей, прокурорских работников стремятся надлежащим образом выполнять свои функции. Суд действительно должен быть независимым, беспристрастным и компетентным. Этому содействует бессрочный характер назначения судьи на должность, что всегда поддерживалось Конституционным Судом Республики Беларусь. Вместе с тем полагаем, что увлечение анализом так называемой судебной волокиты уводит часто в сторону от решения другой, самой важной задачи - правильности отправления правосудия. Следует бояться не отмены судебных постановлений, а сохранения неправосудных постановлений. Вот над этим надо всем вместе работать. Конечно, пока судебное постановление не отменено, оно должно исполняться. Другого утверждения быть не может.

На десятом году действия новой Конституции, к сожалению, еще не все должностные лица усвоили содержание ее норм и, в частности, того, что право на судебную защиту является неотъемлемым правом каждого человека. На этом пути еще много препятствий, надуманных отказов со ссылкой на пробелы в законодательстве, хотя статья 60 Конституции прямо закрепляет право каждого на обращение в суд. В 1997-1998 гг. Конституционный Суд принял несколько решений, которыми подтвердил право граждан на защиту их прав не только в административном, но и судебном порядке. Однако проблемы еще остаются. Например, Конституционный Суд дважды обращался к вопросу о праве осужденных к лишению свободы на судебное обжалование наложенных на них взысканий, по существу, подтвердив это право. Однако нормы Конституции и решения Конституционного Суда судами не исполняются.

В настоящее время в молодых независимых государствах используются новые способы защиты прав человека. Огромную роль в этом может сыграть укрепление

роли конституционного правосудия, введение института омбудсменов (народных защитников).

Как уже отмечалось, вследствие трудностей переходного периода в самом законодательстве и в правоприменительной деятельности еще сохраняется немало слабых сторон, связанных с пробелами в праве, коллизиями правовых норм, противоречиями в практике. На их преодоление и должны быть направлены усилия правотворческих органов, включая и Конституционный Суд Республики Беларусь, а также органов и лиц, применяющих право.

Характерной чертой любого современного правового государства является доступность (реальность, а не декларативность) прав и свобод человека и гражданина. К реализации этой идеи на практике человечество стремилось всегда, хотя данный процесс шел трудно и часто непоследовательно. Так, в нашей истории советский период развития отличается забвением прав и свобод отдельного человека, подчинением всего интересам общества, коллектива, государства. Однако конструктивные идеи, которые выдвигались и в далекие времена, и в современный период, все настойчивее пробивают себе дорогу на постсоветском пространстве.

Республика Беларусь провозглашена правовым демократическим государством (статья 1 Конституции). Русский правовед Б.Н.Кистяковский в свое время отмечал, что "основной принцип правового или конституционного государства состоит в том, что государственная власть в нем ограничена. В правовом государстве у власти есть определенные пределы, которые она не должна и не может переступить. Ограничение власти в правовом государстве создается признанием за человеком неотъемлемых, ненарушаемых, неприкосновенных и неотчуждаемых прав" (Кистяковский Б.А. Лекции по государственному праву (общие и особенные): Прочитаны в Московском коммерческом институте в 1908/1909 гг. М., 1909, с. 7). Таким образом, правовому государству присущи два признака: 1) связанность государственной власти определенными пределами; 2) "ограничителем" власти являются нерушимые, неотъемлемые права и свободы человека.

Только такое государство, которое исходит из признания и уважения неотъемлемых прав и свобод человека, стремится реально их гарантировать, обеспечивает их доступность, может считаться достигшим уровня правового. К сожалению, добиться такого положения вещей в одночасье не удастся, об этом свидетельствуют трудности развития республик бывшего СССР, стран Восточной Европы.

Конституционная наука исходит из того, что содержание Конституции должно быть основано на принципах права и справедливости, роль человека сводится лишь к отражению этих принципов в Конституции и осуществлению контроля за их соблюдением. В случае, если Конституция не отражает или не в достаточной мере отражает эти принципы, они все равно действуют и должны быть выявлены в процессе ее толкования.

Задача по обеспечению юридических норм, включая конституционные, стояла и будет стоять перед любым государством, в том числе и с достаточно устойчивыми демократическими традициями. Ее решение будет актуальным до той поры, пока будет существовать право, то есть можно говорить о постоянном процессе познания и развития. Однако на каждом этапе общество имеет основания ожидать, чтобы правовая политика и понимание сущности конституционных норм отвечали требованиям времени.



В действующей Конституции Республики Беларусь закреплён весь спектр классических прав и свобод. С учётом закреплённых в Конституции принципов и исходя из принятой классификации прав и свобод, необходимо определить стратегию действий государства и институтов гражданского общества.

Зарубежный опыт, особенно накопленный в послевоенный период, оказывает существенное влияние на развитие прав и свобод человека, что проявляется в конституционном законодательстве восточно-европейских стран и республик бывшего СССР. Расширение перечня прав и свобод человека повлияло как на качественную характеристику правового положения личности, так и на существенное увеличение числа таких норм: сейчас они составляют около половины статей Основного Закона Республики Беларусь и содержатся не только во втором разделе "Личность, общество, государство", но и в других разделах и главах Конституции.

В советский период подчеркивалось единство всех категорий прав - экономических, политических, социальных и культурных, поскольку все они в одинаковой мере необходимы для нормальной жизни членов общества.

На этапе подготовки текста пятой Конституции Республики Беларусь активно обсуждалась необходимость закрепления в Основном Законе, наряду с неотъемлемыми (личными) и политическими, социально-экономическими правами и свободами.

Правильно поступили разработчики проекта, а также Верховный Совет, его рассмотревший и принявший, когда решили, что с учётом исторических традиций, сформировавшегося менталитета граждан значительное внимание в Конституции необходимо уделить экономическим, социальным и культурным правам.

В любой системе есть основополагающие составные элементы. Фундаментом в системе прав и свобод являются неотъемлемые права, то есть те, которые человек получает от рождения и которые не даруются государством. Именно на них базируются все иные права, поэтому можно говорить об их приоритете. В новой Конституции среди всей совокупности прав и свобод доминирующее место как раз и занимают неотъемлемые, естественные права человека. Именно эта группа прав и свобод, в первую очередь, не должна зависеть от характера общественного строя и выходит за пределы чисто внутренней компетенции государства, все больше становится предметом международной заботы.

Бесспорно, обеспечение прав и свобод человека, в целом развитие демократии - это два взаимосвязанных, дополняющих друг друга процесса. Сейчас, после осознания необходимости перехода от советской модели построения отношений между государством и личностью, где государство выступало в качестве патера (покровителя) и не предоставляло свободы для внутреннего раскрепощения человека, мы имеем дело с апробацией демократических правил. И следует настойчивее утверждать это правило в государстве, обществе, сознании граждан. Важную роль могут играть в этом и институты гражданского общества.

Конституция Республики Беларусь вобрала в себя большинство основных норм о правах и свободах человека, содержащихся в важнейших международных документах. Причем они либо воспроизводятся дословно, либо сохраняется концепция международного стандарта.

Конституция Республики Беларусь, в отличие от аналогичных документов других стран, не содержит буквального правового предписания о прямом, непосредственном

действию норм о правах и свободах граждан. Это дает повод некоторым должностным лицам различных ветвей власти, включая и судебную, отвергать принцип непосредственного действия указанных норм. Однако такой подход является неправомерным. Это - взгляд людей прежней эпохи, старой формации, закостеневших в своих взглядах о том, что "детальная" инструкция выше закона. Эти отжившие стереотипы следует искоренять, они вредят развитию общества и государства. В Конституции закреплено верховенство права (статья 7), и суды осуществляют не законо- или указосудие, а правосудие, что означает определенную свободу судейского усмотрения, базирующегося на важнейших конституционных (правовых) принципах и нормах.

Выдающийся австрийский юрист Г.Кельзен справедливо отмечал, что важно не только обеспечить действительность правовой нормы, но и ее действенность. По существу, он вел речь о соотношении между долженствованием правовой нормы и бытием (реальностью).

Конституционная норма действенна, если созданные в соответствии с ней нормы в общем и целом применяются и соблюдаются. Он совершенно справедливо отмечал, что "законы, изданные при старой Конституции и не воспринятые новым порядком, больше не считаются действительными, а органы, уполномоченные старой Конституцией, не считаются компетентными". К сожалению, на практике нередко правоприменительные органы, в том числе и суды, руководствуются нормами "старых" законов, явно противоречащими положениям новой Конституции, и тем самым нарушают принцип действенности высшей нормы, какой является Конституция.

Доступность конституционных прав и свобод означает недопустимость какой-либо дискриминации. Определение дискриминации приводится в международных документах.

## SUMMARY

According to the Article 23 of the Constitution of the Republic of Belarus the limitation of rights and freedoms of the person is admitted only in the cases stipulated by law in the interest of national security, public order, protection of moral and health of the population, rights and freedoms of other citizens.

Compliance of the "frames" of limitations" could be the issue of the review before the Constitutional Court of the Republic of Belarus. By itself the stipulation of such limitations by normative act, as law, does not mean that they are based on the prescription of the Constitution chiefly on the demands stipulated in the part of the first commented article. Limitations should be balanced on the democratic nature of the appropriate law, and, its constitutional content, including the specific status of some categories of persons (for example civil servants, elected persons, military servicemen etc.)

The definition of stipulation of limitation of rights and freedoms should take place in the emergency cases or state of martial law (see Art. 63 Constitution)

Thus, in my opinion, while realising the provisions of the article 23 of the Constitution,

state bodies and officials should proceed from following:

- 1) limitations are admissible only in the cases stipulated by law (we consider that it not only could be executed directly by law but also on the basis of the delegating by law to the other normative act); Thus, in my opinion, while realising the provisions of the article 23 of the Constitution, state bodies and officials should proceed from the following:
- 2) the law could not overlap the constitutional norms, it means that law maker should evaluate its actions with the constitutional directives;
- 3) limitations should comply with the achieving goals;
- 4) limitations are admissible if they comply with the objective necessity in the democratic society;
- 5) limitations follow the lawful goal (securing of national security, moral etc.)

Efficiency of the law in securing the development of the person depends on many factors. The following is actual adequate legal regulation towards the needs of the social development, predictable character of the development of the law, equality of everyone before the law and the court, guaranteed judicial protection (right on the impartial, objective and independent court), right on the qualified judicial assistance, presumption of innocence, forecast of the consequences of adoptions of the legal normative acts. For the democratic state creation the precise mechanism of the recovery of the violated rights is characteristic.

The task of the securing of the judicial norms, including the constitutional ones, was and still remains before every single state, including the ones with the stable democratic traditions. Its solution will be actual 'till the time the law exists. In this respect, it would be right to say about the constant process of cognition and development. However, on every stage, society has expectations that its legal policy and understanding of the core of the constitutional norms faces the demands of time.

In the acting Constitution of the Republic of Belarus the whole spectrum of the classical rights and freedoms is stipulated. Taking into account the stipulated principles of the Constitution and the adopted classification... of rights and freedoms, it is necessary to define the strategy of action of the state and institutions of civil society.

## **ОСНОВНЫЕ КРИТЕРИИ ОЦЕНКИ КОНСТИТУЦИОННОСТИ ОГРАНИЧЕНИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА ГРУЗИИ**

**ДЖОНИ ХЕЦУРИАНИ**

*Председатель Конституционного Суда Грузии*

### **SUMMARY**

The article discusses the possibility of legal implications necessary for the limitation of

Human Rights and the relevant practice of the Constitutional Court of Georgia.

The article contains review of relevant Georgian legislative norms, which allow to restrict and compensate rules for the limitation of the basic rights. Those are relevant clauses of the Georgian Constitution which does allow to the scope of limitation of human rights in the special circumstances and only on the basis of law. These can be a martial law or war situations, public necessity or demand in democratic society. The article also reviews relevant, internationally recognized standards, which are the part or are superior to the Georgian legislation.

There have been many cases in the practice of the Constitutional Court of Georgia which directly led to restriction of human rights. Those were the rights of social character, the right for free assembly and manifestation, the right of personal security and protection, etc. International documents are important in the practice of the Constitutional Court as Georgia. Constitutional Court case law knows the precedent when an international treaty as called up, which was not obligatory for the state at the moment.

When interpreting the Constitutional rights, the Constitutional Court frequently uses interpretations made by the European Court of Human Rights. According to the Georgian Constitution in the hierarchy of the normative acts only the Georgian Constitution and the Constitutional Agreement prevail the international treaties, all other documents should be in accordance with the constitution.

When the Georgian Constitution sets lower standards for human rights protection than envisaged by the international acts, the Constitutional Court is restricted the use of international documents.

In time of war or other public emergency the President of Georgia may restrict several constitutional rights. By the Constitution and the law exceptions may be envisaged such as restriction on political activity of aliens (Article 16 of the European Convention of Human Rights).

As for the criteria of the limitation of human rights and freedoms, the Constitutional Court of Georgia leads the principle of proportionality-restriction should be prescribed by law, serve for achieving legal aims and should be necessary for the democratic society.

In the decision of the constitutionality of the "freedom of Assembly and Association" the Court stated that the legislator has right to restrict the exercise of these rights in the interest of national security or public safety. Finally, the pre-emptive prevention was deemed to be an illegal limitation of the constitutional rights.

This year the Constitutional Court adopted an important decision on criminal proceedings. The Court considered that the procedural guarantees should be conferred to the detainee after the detention. The demand of a defender should be met in reasonable period of time and the meeting with a defender is also to be restricted by the same period of time.

The Constitutional Court discussed the constitutionality of the location agreement between the Republic of Georgia" and ICRC". According to this agreement ICRC enjoys the immunity against any forms of court and administrative activities. The above-mentioned norm violated the constitutional rights of appeal before the court. Finally, according to the Court decision the ICRC does not enjoy the immunity against labour disputes.

In the process of making a decision on electricity tariffs of April 18, and December 2002, the Constitutional Court of Georgia was guided by the Universal declaration of Human Rights and the "International Covenant on Economic, Cultural and Social Rights" (1966). Therefore, it is obvious that in practice of the constitutional court plays an important role

in the establishment and the assessment of basic criteria for the limitation of human rights. Such restrictions, on the political activity of aliens may be envisaged by the Constitution and law.

## **ПРОБЛЕМА ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД В РЕШЕНИЯХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ВЛАДИМИР СТРЕКОЗОВ**  
*заместитель Председателя  
Конституционного Суда  
Российской Федерации*

Как известно, Конституция Российской Федерации 1993 года внесла принципиальные изменения в институты прав и свобод человека и гражданина. Закрепление в ней прав и свобод граждан, как основы конституционного строя и краеугольного камня политической системы России определило статус отдельной личности не как объекта деятельности государства, а как равноправного субъекта в отношениях с государством.

В статье 2 Конституции Российской Федерации провозглашается, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства.

Принципиальный характер в определении правового статуса граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства носят и положения, закрепленные во второй главе Конституции Российской Федерации, устанавливающие признание и гарантированность прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права; неотчуждаемость прав и свобод человека и принадлежность их каждому от рождения. Важное значение имеет закрепленный в статье 18 Конституции Российской Федерации принцип непосредственного действия прав и свобод человека, которые определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Хотелось бы подчеркнуть конституционное положение о том, что перечисление в Конституции Российской Федерации основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина. В этой же статье 55 Конституция Российской Федерации установлено, что в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина.

Такая формулировка не исключает, однако, возможности ограничения прав и свобод человека и гражданина, что также вытекает из ряда положений Конституции Российской Федерации. Ограничения, налагаемые на человека при осуществлении им своих прав и свобод, в любом демократическом правовом государстве объективно необходимы и обусловлены в основном вопросами обеспечения общественной морали и здоровья населения, общественного порядка и безопасности общества и

государства, обеспечения свободной реализации своих прав и свобод другими лицами, пресечения злоупотреблений своими правами и др.

Правовая основа для возможного ограничения прав и свобод содержится в ряде положений глав 1 и 2 Конституции Российской Федерации. Так, закрепляя принадлежность власти народу, статья 3 Конституции Российской Федерации устанавливает, что "никто не может присваивать власть в Российской Федерации. Захват власти или присвоение властных полномочий преследуются по федеральному закону". Согласно статье 6 (часть 2) каждый гражданин Российской Федерации обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные обязанности, предусмотренные Конституцией Российской Федерации. Исполнение конституционных обязанностей (исполнять Конституцию и законы, платить налоги, защищать Отечество, проходить военную или альтернативную службу), естественно, ограничивает возможность реализации тех или иных прав и свобод в полном объеме. Статья 13 (часть 5) Конституции Российской Федерации запрещает создание и деятельность общественных объединений, цели или действия которых направлены на насильственное изменение основ конституционного строя и нарушение целостности Российской Федерации, подрыв безопасности государства, создание вооруженных формирований, разжигание социальной, расовой, национальной и религиозной розни. Принципиальное значение для рассматриваемой нами проблемы имеет положение части 3 статьи 17 Конституции Российской Федерации о том, что "осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

Большинство статей Конституции Российской Федерации, закрепляющих демократические права и свободы, содержат положения, устанавливающие возможность тех или иных ограничений в процессе их реализации (ст. ст. 19, 21, 22, 24 и т.д.). Своего рода ограничением является и законодательное установление условий и порядка реализации прав и свобод.

В силу этих и других обстоятельств Конституция Российской Федерации в статье 55 устанавливает возможность, основания и условия ограничения прав и свобод человека и гражданина. Они могут быть ограничены "федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства". Следовательно, ограничения прав и свобод сами по себе не могут быть произвольными и перечень оснований их ограничений является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. Статья 56 часть 3 Конституции Российской Федерации содержит перечень прав и свобод, не подлежащих ограничению, - это предусмотренные статьями 20 (право на жизнь), 21 (достоинство личности), 23, 24 (право на неприкосновенность частной жизни), 28 (свобода совести), а также другие права и свободы, предусмотренные статьями 34 (часть 1), 40 (часть 1), 46-54 Конституции Российской Федерации. Эта же статья предусматривает возможность ограничений прав и свобод в условиях чрезвычайного положения федеральным конституционным законом с указанием пределов срока их действия.

Ограничение прав и свобод граждан в демократическом государстве всегда сбалансировано возможностью обжалования в судебном порядке оснований и соразмерности таких ограничений. В практике Конституционного Суда Российской

Федерации обращениям, связанным с ограничением прав и свобод человека, всегда придавалось особое значение, учитывая место Конституционного Суда в правовой системе и правовые последствия таких решений.

Необходимо также иметь в виду, что с принятием Конституции 1993 года возникла потребность в коренном изменении законодательства, принятого до действующей Конституции, по всему спектру законодательного регулирования, связанного с реализацией гражданами своих прав и свобод.

В основе подхода Конституционного Суда к решению вопросов ограничения прав и свобод лежат положения уже упоминавшихся статей 17, 55, 56 Конституции Российской Федерации, однако сформировавшиеся правовые позиции по проблеме ограничения требуют дополнительного пояснения. Кроме того, в соответствии с частью 2 статьи 74 Закона о Конституционном Суде при вынесении решения Суд оценивает "как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой".

Сегодня можно говорить о сложившейся системе прецедентов (правовых позиций), характеризующих практику решения этих вопросов Конституционным Судом Российской Федерации.

Возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина в целях защиты основ конституционного строя нашла свое отражение в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 31.07.1995 г. № 10-П "По делу о проверке конституционности Указа Президента Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. № 2137 "О мероприятиях по восстановлению конституционной законности и правопорядка на территории Чеченской Республики""», Указа Президента Российской Федерации от 9 декабря 1994 г. № 2166 "О мерах по пресечению деятельности незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и в зоне осетино-ингушского конфликта"», Постановления Правительства Российской Федерации от 9 декабря 1994 г. № 1360 "Об обеспечении государственной безопасности и территориальной целостности Российской Федерации, законности, прав и свобод граждан, разоружения незаконных вооруженных формирований на территории Чеченской Республики и прилегающих к ней регионов Северного Кавказа, Указа Президента Российской Федерации от 2 ноября 1993 г. № 1833 "Об основных положениях Военной доктрины Российской Федерации".

В названном Постановлении Правительства № 1360 от 09.12.1994 г. предусмотрены конкретные меры во исполнение действующих законов Российской Федерации, в т.ч. и связанные с ограничением конституционных прав и свобод. Так, например, пункт 3 данного Постановления предоставлял МВД РФ и ФСК РФ право осуществлять досмотр жилых помещений, автомобилей, личный досмотр граждан, выдворение за пределы Чеченской Республики лиц, представляющих угрозу общественной безопасности, а также иные меры, предусмотренные Указом Президента Российской Федерации от 14 июня 1994 г. № 1226 "О неотложных мерах по защите населения от бандитизма и иных проявлений организованной преступности".

Рассматривая данный вопрос, Конституционный Суд признал, что большинство из этих мер по своему объему, содержанию и условиям применения не выходят за пределы ограничений, которые в соответствии с Законом РСФСР от 18 апреля 1991

года, "О милиции", Законами Российской Федерации от 24 сентября 1992 года, "О внутренних войсках Министерства внутренних дел Российской Федерации", от 13 марта 1992 г. "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" и другими законодательными актами Российской Федерации возможны и допустимы при осуществлении полномочий, по изъятию незаконно хранящегося оружия, выявлению и задержанию лиц, подозреваемых в совершении тяжких преступлений, и, следовательно, соответствует статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

Вместе с тем Конституционный Суд отметил, что предписание части 5 абзаца первого пункта 3 Постановления о, выдворении за пределы Чеченской Республики лиц, представляющих угрозу общественной безопасности» не может рассматриваться как тождественное установленному пунктом 22 статьи 11 Закона РСФСР, "О милиции"» праву милиции "не допускать граждан на отдельные участки местности и объекты, обязывать их остаться там или покинуть эти участки и объекты в целях защиты здоровья, жизни и имущества граждан, проведение следственных и розыскных мероприятий". Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что часть 5 абзаца 1 пункта 3 Постановления фактически ограничивает установленное статьей 27 (часть 1) Конституции Российской Федерации право каждого, кто законно находится на территории Российской Федерации, свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства, что противоречит статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, допускающей установление ограничения прав и свобод человека и гражданина лишь федеральным законом, а не подзаконным актом, как это имело место.

Одновременно Конституционный Суд признал также не соответствующим Конституции, ее статье 29 (части 4, 5), закрепляющей право на свободу информации, статьям 46, 55 (часть 3), абзац 2 пункта 6 рассматриваемого Постановления, вводящего новые основания для лишения журналистов аккредитаций, чем те, которые предусмотрены в Законе Российской Федерации от 21 декабря 1991 года, "О средствах массовой информации".

Большой общественный резонанс вызвало рассмотрение Конституционным Судом Российской Федерации дела, связанного с реализацией Федерального закона, "Об оперативно-розыскной деятельности", который в силу своей специфики предполагает некоторые ограничения прав субъектов и объектов оперативно-розыскной деятельности, что нашло свое отражение в определении Конституционного Суда Российской Федерации от 14.07.98 г. № 86-0 по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона, "Об оперативно-розыскной деятельности"» по жалобе гражданки И.Г.Черновой. Суд пришел к выводу, что осуществление негласных оперативно-розыскных мероприятий с соблюдением требований конспирации и засекречивание сведений в области оперативно-розыскной деятельности само по себе не нарушает прав человека и гражданина. Одновременно с этим сведения, полученные в результате этой деятельности, не подлежат отнесению к государственной тайне и могут быть обжалованы в судебном порядке, если в процессе оперативно-розыскной деятельности были допущены нарушения.

Оспариваемыми нормами статьи 12 Федерального закона, "Об оперативно-розыскной деятельности", в силу которых лицо может получить не всю собранную о нем



информацию, права и свободы, предусмотренные статьями 22, 23, 24, 25, 45, 46 Конституции Российской Федерации, не нарушаются, поскольку у гражданина нет конституционного права на истребование всей собранной о нем информации. Упомянутая в жалобе статья Закона, предусматривающая наблюдение как одно из оперативно-розыскных мероприятий, которое, по мнению заявительницы, равнозначно проникновению в жилище и одновременно является незаконным вторжением в частную жизнь, нарушает конституционное право на неприкосновенность жилища и частной жизни, предусмотренные статьями 23, 24, 25 Конституции Российской Федерации. Суд не согласился с доводами, изложенными в жалобе, поскольку, как следует из части второй статьи 8 названного Закона, при проведении любых оперативно-розыскных мероприятий, в т.ч. наблюдения, конституционное право гражданина не может быть ограничено без судебного решения и само проведение таких оперативно-розыскных мероприятий возможно только по основаниям, предусмотренным данной нормой, в т.ч. при наличии информации о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния или причастных к этому лиц.

Наделение суда полномочием по осуществлению процедуры независимого одобрения оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничениями конституционных прав и свобод, создает дополнительную гарантию их защиты. Гласности и состязательности сторон в данном случае быть не может, в противном случае эта деятельность утратила бы смысл.

Дача судьей санкции на прослушивание телефона допустима, т.к., по мнению Конституционного Суда, судья в данном случае выступает в качестве органа судебной власти и сам вид судопроизводства допускает единоличное рассмотрение дела. Кроме того, статья 10 Закона регламентирует сбор, хранение и использование сведений, касающихся преступного деяния, а потому, по определению, не может относиться к сфере частной жизни. Часть 3 названной статьи 10 является одной из гарантий конституционных прав граждан: заведение дела оперативного учета не дает оснований проводить оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан с нарушением требований Конституции Российской Федерации и федеральных законов.

Большой интерес вызвало Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 03.05.1995 № 4-П "По делу о проверке конституционности статей 2201 и 2202 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.А. Аветяна" на нарушение его конституционного права на судебную защиту примененными в его деле нормами УПК РСФСР, согласно которым правом на обжалование в суд ареста обладают лишь лицо, содержащееся под стражей, его защитник или законный представитель по месту такого содержания. Гражданин Аветян обращался в суды общей юрисдикции с жалобами на незаконность постановления о применении в отношении него меры пресечения - заключения под стражу и просил об отмене этого постановления. Однако в рассмотрении жалобы ему было отказано на том основании, что в соответствии со статьями 2201 и 2202 УПК РСФСР такие способы могут быть применены только лицами, реально содержащимися под стражей, и рассматриваются судами по месту такого содержания.

Статьи 2201 и 2202 УПК РСФСР определяют процедуру реализации

конституционного права на обращение за судебной защитой, закрепленной в статье 46 Конституции Российской Федерации. Данное право отнесено согласно статье 56, часть 3 Конституции Российской Федерации к правам и свободам, которые не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах. Статьи 2201 и 2202 УПК РСФСР отступают от этого положения, ограничивая право на судебное обжалование для некоторых категорий обвиняемых и подозреваемых, и ограничивают круг лиц лишь теми, кто содержится под стражей, что противоречит статье 46 (части 1 и 2), статье 19 (часть 1), статье 21 (часть 1), статье 22 (часть 1), статье 55 (часть 3), и потому Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации были признаны незаконными. Суд особо отметил, говоря о целях, обозначенных в части 3 статьи 55 Конституции, что право на судебную защиту ни в каком случае не может вступать в противоречие с данными целями, и, следовательно, не подлежит ограничению.

В каждом конкретном случае Конституционному Суду предстоит устанавливать, оправданы ли установленные ограничения как с точки зрения их целей, так и соразмерности этим целям. Последнее, как категория оценочная, представляет определенную трудность, поэтому каждый прецедент здесь весьма важен. Так, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 17.05.1995 № 5-П "По делу о проверке конституционности статьи 12 Закона СССР от 9 октября 1989 года "О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)"» (в редакции от 20 мая 1991 года) в части, запрещающей проведение забастовок работниками гражданской авиации, в связи с жалобой профсоюза летного состава Российской Федерации" Конституционный Суд отмечал, что "при регламентации права на забастовку должно осуществляться необходимое согласование между защитой профессиональных интересов и соблюдением общественных интересов, которым она способна причинить вред". Сама же возможность ограничения права на забастовку отдельных категорий работников, в том числе занятых в гражданской авиации, с учетом характера их действий и возможных последствий прекращения ими работы прямо вытекает из положений статьи 17 (часть 3) Конституции, предусматривающей, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

Интерес с точки зрения соразмерности ограничений представляет Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 марта 1996 года по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года "О государственной тайне"» в связи с жалобами граждан В.М.Гурджиянца, В.Н.Синцова, В.Н.Бугрова и А.К.Никитина. Военный суд Московского военного округа отказался допустить к участию в деле в качестве защитника В.М.Гурджиянца адвоката Д.Д.Штейнберга, поскольку у последнего не было специального допуска к государственной тайне. По мнению Гурджиянца, это ограничивало его право на получение юридической помощи. В своем Постановлении Суд отметил, что "законодатель, определяя средства и способы защиты государственной тайны, должен использовать лишь те из них, которые исключают возможность несоразмерного ограничения прав и свобод гражданина и должны быть соизмеримы как со значимостью охраняемой тайны, так и с правовым статусом соответствующих участников процесса". Уже упоминавшаяся статья 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации в качестве принципа провозглашает положение о том, что "осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и

свободы других лиц".

В этой связи Конституционным Судом было вынесено определение об отказе к принятию жалобы гр. Наговицина Ю.А. на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации. В своей жалобе в Конституционный Суд гражданин Наговицин Ю.А. просил признать часть первую статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации, предоставляющую суду право уменьшать размеры неустойки, не соответствующей статье 35 Конституции Российской Федерации, провозглашающей право частной собственности и его охрану. В постановлении Конституционного Суда по данному вопросу отмечалось, что гражданское законодательство предусматривает неустойку в качестве способа обеспечения исполнения обязательств и меры ответственности за неисполнение таких обязательств, а право снижения размера неустойки предоставляется суду в целях устранения явной ее несоразмерности последствиям нарушения обязательств и является одним из правовых способов на реализацию требований статьи 17 (часть 3) Конституции Российской Федерации, согласно которой «осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц и потому указанная часть 1 статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации не может рассматриваться как нарушение или ограничение конституционного права на защиту частной собственности».

В ряде случаев Конституционному Суду приходилось рассматривать вопросы ограничения прав и свобод подзаконными актами, чаще всего со стороны исполнительной власти. Так, в деле о проверке конституционности пункта 2 статьи 16 Закона Российской Федерации «О сертификации продуктов и услуг» в связи с жалобой гр. В.П. Редкопа на нарушение его конституционных прав. Данный Закон в силу неопределенности некоторых его норм послужил основой для издания подзаконных нормативных актов, что позволяло органам исполнительной власти своими актами устанавливать дополнительные обязанности, вводить и взимать обязательные платежи, в т.ч. и налогового характера, чем нарушались статья 35 (часть 1) и статья 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации.

В своем постановлении Конституционный Суд признал положения части 2 статьи 16 Закона Российской Федерации «О сертификации продуктов и услуг» в части, допускающей возможность введения не относящейся к сертификации другой обязательной маркировки с оплатой соответствующих расходов субъектами предпринимательской деятельности, не соответствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 34 (часть 1), 35 (части 1 и 2) и 55 (часть 3).

В решениях Конституционного Суда развивались также конституционные требования к законодательному регулированию прав и свобод граждан. В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 21 ноября 2002 года № 15-П по делу о проверке конституционности положений подпункта 1 пункта 3 и абзаца первого пункта 6 статьи 9 Закона Российской Федерации «О вынужденных переселенцах» в связи с жалобой гражданина М.А.Мкртычана цитируются положения статьи 18 Конституции о том, что права человека и гражданина «определяют смысл, содержание и применение законов и обеспечиваются правосудием».

Лишение гражданина статуса вынужденного переселенца в случае осуждения его за совершенное преступление, как это имело место в рассматриваемом случае, т.е. по

признаку наличия судимости, оформлялось органом миграционной службы в административном порядке и по сути выступало в качестве дополнительной меры наказания и ограничивало его права.

Данная мера воздействия, предусмотренная подпунктом 1 пункта 3 статьи 9 Закона Российской Федерации "О вынужденных переселенцах", по мнению Конституционного Суда, не соответствовала Конституции Российской Федерации, общим принципам уголовной ответственности, ее конституционно-правовым критериям справедливости и соразмерности, представляла собой чрезмерное ограничение прав граждан - вынужденных переселенцев.

Другой пример - Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности положений частей первой и третьей статьи 8 Федерального Закона от 15 августа 1996 года "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию" в связи с жалобой гражданина А.Я. Аванова от 15 января 1998 года, которым признано не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 19 (части 1 и 2), 27 (часть 2) и 55 (часть 3), гарантирующей равенство прав человека и гражданина, в т.ч. независимо от места жительства, а тем более от наличия или отсутствия регистрации, положения частей 1 и 3 статьи 8 названного Федерального закона, препятствующие выдаче гражданину Российской Федерации заграничного паспорта при отсутствии у него регистрации по месту жительства или месту пребывания.

По мнению Конституционного Суда, такой порядок, если он является условием, ограничивающим права граждан, не согласуется с указанными в части 3 статьи 55 Конституции Российской Федерации целями, которые допускают определенные ограничения прав граждан, как то защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение безопасности государства.

В заключение необходимо отметить, что защита прав и свобод человека и гражданина в деятельности Конституционного Суда Российской Федерации является основной задачей. Эти дела всегда вызывают большой общественный интерес, поддерживают высокий авторитет Суда, способствуют приведению российского законодательства в соответствие с Конституцией и общемировыми стандартами.

## SUMMARY

The report is dedicated to the criteria of limitation of the human rights and freedom in the decisions of the Constitutional Court of RF. Limitations inflicted on the person while effectuation of his/her rights and freedom in any democratic legal state, is objectively necessary and stipulates mainly the questions of guarantee of the public morality and health, public order and the security of the society and the state, guarantee free realisation of the rights and freedom by other people, curb abuse of their rights etc.

Most of the articles of the Constitution of RF, consolidating the democratic rights and freedom, have in their content the statements which establish the possibility of this or that limitation in the process of their realisation (articles 19, 21, 22, 24 etc.). According to the

writer this kind of limitation is also legislative establishment of the conditions and procedure for realisation of rights and freedom. The limitation of rights and freedom can not be arbitrary itself and the list of the limitation is comprehensive and according to the author is beyond interpretation. The author considers that limitation of the rights and freedom of the citizens in the democratic state is always balanced with the possibility to appeal on the basis of a judicial procedure and proportionality of this limitations.

On the basis of specified facts it is mentioned that a system of precedents is formed which characterizes the practice of making decisions on the issues of the limitations of the rights and freedom of a person and a citizen. In each concrete case the Constitutional Court has to find out if the established limitations are justified both from the standpoint of their goals, and in the proportion to these goals.

As the author mentions, in a number of cases the Constitutional Court had to deal with the issues of the limitation of the rights and freedom by the subordinate acts, more often adopted by the executive power. The constitutional requirements to regulate the rights and freedom of citizens are followed up in the decisions of the Constitutional Court.

**КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ  
ОСНОВЫ ПРАВ ГРАЖДАН  
И МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ  
ЧЕЛОВЕКА В ТАДЖИКИСТАНЕ**

**ШУХРАТ МУСТАФОКУЛОВ**

*заместитель Председателя Конституционного  
Суда Республики Таджикистан*

Прежде всего, хочу выразить благодарность и признательность организаторам и лично Председателю Конституционного Суда Армении господину Арутюняну Гагику Гарушевичу за прекрасную организацию этой Международной научно-практической конференции.

Защита прав и свобод человека и гражданина всегда и во все времена была и остается насущной проблемой государства.

По мере достижения более высоких преобразований и внедрения в жизнь общества цивилизованных и общепризнанных стандартов, приемов и способов защиты прав и свобод людей, эти вопросы приобретают большую значимость и естественно преодоление на этом пути немалых проблем их осуществления.

В этом не является исключением и Республика Таджикистан, которая, приняв Декларацию о государственном суверенитете и Конституцию уже суверенного государства, стала полноправным субъектом международного сообщества, следовательно последователем соблюдения всех демократических институтов, являющихся первоосновой в деле не только признания, но и гарантией защиты прав и свобод человека и гражданина.

Для общества, освобождающегося от тоталитарного режима, особенно важным является вопрос организации власти и ее государственно-правовых структур, ибо сохранение прежних структур в какой бы то ни было форме ляжет тяжелым

бременем на рождающиеся политические институты демократии.

Не человек создан для государства, а государство для человека - таков теперь принцип их отношений. В этом состоит гуманистическая сущность Конституции. При этом акцент делается не на коллективном пользовании правами, как это было свойственно тоталитарному государству, а на индивидуальном выборе образа действия.

Советское государство за все время своего существования было антиподом правового государства, и только с принятием в 1994 году Конституции Республики Таджикистан начался процесс создания правового государства в Таджикистане. Согласно этой Конституции Таджикистана гарантия защиты прав и свобод человека является приоритетной задачей государства (ст.ст.5,17). Надо также отметить, что закрепленные во второй главе основные права, свободы и обязанности человека и гражданина полностью соответствуют требованиям Всеобщей декларации прав человека (10.12.48г.), Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Совет Европы 1950г.), Международному пакту о гражданских и политических правах (16.03.1966г.), требованиям других международных соглашений и правовых актов, относящихся к правам человека.

В общей же сложности около сорока статей Конституции Республики Таджикистан посвящены определению прав и свобод человека и гражданина, принципа их нерушимости и функциональным задачам государственных органов и должностных лиц, призванных обеспечить защиту этих прав и свобод.

Одной из характерных черт правового государства является признание им высшего приоритета прав и свобод человека и гражданина, опирающихся на прочное закрепление в Конституции и законах их нерушимости, а также свою обязанность соблюдать и охранять эти права и свободы.

Конституция Республики Таджикистан содержит нормы, регулирующие правовой статус личности, закрепляет систему основных прав, свобод и обязанностей граждан и гарантии их осуществления.

Вместе с тем для того чтобы эти конституционные нормы осуществлялись, нужны определенные правозащитные механизмы, которые должны выступать гарантом защиты прав и интересов не только государства и личности, но и защиты самой Конституции. Конституционный порядок и конституционные ценности не существуют сами по себе, они также нуждаются в отстаивании и защите. Они нуждаются в этом не потому, что кто-то угрожает из вне, а потому что в обществе сильны еще стереотипы, основанные на правовом нигилизме.

Важнейшим рычагом обеспечения защиты Конституции является Конституционный Суд, который является органом судебной власти по защите Конституции.

Конституционный Суд Республики Таджикистан учрежден в целях обеспечения верховенства и непосредственного действия норм Конституции на территории Республики Таджикистан, защиты Конституции, прав и свобод человека и гражданина (ст.1 Конституционного закона Республики Таджикистан „О Конституционном Суде Республики Таджикистан“).

Конечно, многочисленные обращения граждан за защитой нарушенных прав имеют место и в судах общей юрисдикции, и в специализированных судах, и в значительной степени защита прав и свобод граждан и их интересов осуществляется именно здесь. В целом, наличие таких механизмов (я не говорю о системе органов исполнительной

власти, органов прокуратуры, контрольных и организационных структур органов законодательной власти, наделенных большими полномочиями по осуществлению защиты прав граждан), казалось должно быть более чем достаточным, чтобы реализовать конституционные гарантии обеспечения такой защиты. Но реалии жизни ставят перед нами новые, более ответственные задачи по обеспечению защиты прав и свобод граждан. Тем более что правовая система защиты прав человека, как таковая, еще неполноценна и не имеет комплексного характера, еще не накоплен тот потенциал доверия, который позволил бы людям искать правду не в бюрократической системе, а в суде.

Мы до сих пор наблюдаем обращения граждан с различными вопросами в органы, не имеющие полномочия их рассматривать, а тем более разрешать эти вопросы по существу, и поэтому поступившие жалобы и другие обращения граждан даже на судебные решения этими органами отсылаются соответственно в суды и по принадлежности в другие структуры власти.

Образование Управления конституционных прав граждан в исполнительном аппарате Президента, являющегося гарантом Конституции и законов, прав и свобод человека и гражданина, безусловно, очень важно.

В Парламенте же республики функции по подготовке законопроектов и прав человека совмещены в одном Комитете по законодательству и правам человека. Этот Комитет настолько загружен своим основным предназначением, а именно, рассмотрением и дачей соответствующих заключений на законопроекты, что вопросы прав человека поглощаются в процессе осуществления Комитетом своей основной деятельности. На мой взгляд, при Парламенте Республики Таджикистан должна существовать независимая структура, которая только занималась бы правозащитными функциями, пока же самым действенным и эффективным механизмом защиты прав человека и гражданина остается судебная процедура, основанная на конституционных нормах.

Конституционный закон "О Конституционном Суде Республики Таджикистан", в отличие от некоторых стран, дает возможность гражданам страны обращаться в Конституционный Суд для оспаривания конституционности акта, примененного в конкретном деле, если будут исчерпаны все иные возможности урегулирования такого вопроса.

К сожалению, из всех таких обращений граждан с самого начала деятельности Конституционного Суда возбуждено конституционное судопроизводство лишь по четырем обращениям.

Это обращение гражданина Ганиева К. об оспаривании конституционности ст. 226 КЗОТ, адвоката юридической консультации Центрального района г. Душанбе Комилова С. о конституционности Указа Президиума Верховного Совета Республики Таджикистан от 15.11.1993 года, которым было приостановлено действие ряда статей Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан в части обжалования в суде, ареста или продления срока содержания под стражей и судебной проверке обоснованности ареста или продления содержания под стражей, а также адвоката Ерова Б. об оспаривании конституционности ст.ст.329, 339 УПК и ст.ст. 303 ч.1, 337 ч.1 ГПК Республики Таджикистан относительно обжалования в кассационном порядке по первой инстанции приговоров и решений Верховного Суда Республики Таджикистан и участия осужденного при рассмотрении дел Верховным Судом

Республики Таджикистан в кассационном порядке.

Следует отметить, что по этим четырем возбужденным делам ходатайства названных лиц нашли поддержку со стороны Конституционного Суда, и принятыми Конституционным Судом решениями были отменены всякие ограничения права на судебную защиту, восстановлено требование ст. 19 Конституции Республики Таджикистан относительно обеспечения каждому гарантии судебной защиты.

Сейчас осуществление этих весьма важных механизмов защиты прав и свобод граждан стало явлением обыденным именно благодаря решениям Конституционного Суда.

В Конституционном Суде на сегодняшний день имеется 75 обращений граждан по другим вопросам, не относящимся к компетенции Конституционного Суда. Эти обращения касались неточности, неконкретности различных актов законодательной и исполнительной власти, необоснованности заключения и длительности содержания под стражей лиц по уголовным делам, расследуемым органами следствия, либо находящимся в производстве судов, волокиты в рассмотрении дел и другие нарушения должностными лицами законных прав и интересов граждан, которые направлены для разрешения по принадлежности.

Следует отметить, что такие обращения Конституционного Суда нашли должные отклики в соответствующих ведомствах.

Эти и другие факты, изложенные в обращениях граждан, Конституционным Судом используются в своем ежегодном Послании о состоянии конституционной законности в Таджикистане Президенту и Маджлиси милли Маджлиси Оли Республики Таджикистан.

Существование в государстве Конституционного Суда способствует соблюдению прав человека, закрепленных в нормативных актах. В этом смысле не так важно, кто и как часто обращается в Конституционный Суд, а важно то, что разработчик подзаконного акта вынужден считаться с тем, что в случае несоответствия данного акта Конституции, он может быть признан Конституционным Судом недействительным, а суды общей юрисдикции имеют право с соблюдением установленного порядка при рассмотрении конкретных дел прямо применять нормы Конституции.

Уважаемые коллеги! Я отметил в своем выступлении лишь некоторые аспекты защиты прав и свобод человека и гражданина в Таджикистане и роль некоторых специализированных органов власти по осуществлению этой защиты. Хотелось бы надеяться, что настоящая дискуссия благотворно послужит дальнейшему нашего сотрудничества и внесет свой очередной вклад в совершенствование деятельности по защите прав и свобод человека в наших странах.

А теперь разрешите коротко проинформировать Вас о результатах референдума по поводу изменений в Конституции нашей республики, состоявшегося 26 июня 2003 года. Изменения произошли и в судебной системе.

Теперь судьями могут быть избраны или назначены лица не старше 65 лет и на десятилетний срок (до этого - не старше 60 лет и на пятилетний срок).

Судебная власть лишилась теперь права законодательной инициативы по вопросам их ведения.

Спасибо за внимание



## SUMMARY

The protection of human rights and liberties were always considered as the state's vital task.

Republic of Tajikistan adopted the Declaration of state's sovereignty and constitution of sovereign state and has become the full member of the World society and has been of observing all democratic institutions which recognize and guarantee the protection of the human rights and liberties.

The most important key factor of constitutional protection is the Constitutional Court, the body of forensic power of constitutional protection.

Human rights and liberties are regulated and protected by the Constitution, state laws and acts, and International juridical acts adopted by Tajikistan. Limitations of citizen's rights and liberties are possible only for the protection of rights and liberties of another persons, Constitutional and civil order, and territorial integrity (article 4).

The Constitutional Court of the Republic of Tajikistan was established to ensure the leadership and the direct action of the norms of constitution in the territory of Tajik Republic, protect the constitution, human rights and liberties.

The law on „Constitutional Court of the Republic of Tajikistan» gives the citizens of this country the opportunity to address the Constitutional Court for arguing the legality of the act in concrete situations in the case when all chances to regulate the problem have been exhausted.

Unfortunately, from the beginning of our activity the legal procedures were suited only on four addresses to Constitutional Court.

The existence of Constitutional Court in our state promotes the observing of human rights secured in the normative acts. In this sense it is not so important who and how often addresses the Constitutional Court, but the creator of legal act ought to reckon in the case of desperation of this act of the Constitution it may be considered as illegal by the Constitutional Court.

### **КРИТЕРИИ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ЧРЕЗВЫЧАЙНЫХ СИТУАЦИЯХ СОГЛАСНО ПРЕЦЕДЕНТНОМУ ПРАВУ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА**

**ВЛАДИМИР ОГАНЕСЯН**

*заместитель Председателя Конституционного  
Суда Республики Армения*

Европейский суд по правам человека в процессе реализации защитных функций Европейской конвенции по правам человека устанавливает общие правовые подходы и стандарты, которые внедряются через правовые системы государств, стандарты, которые оказывают влияние и формирующее воздействие на национальное право и правоприменительную практику.

Правовые подходы и стандарты Европейского суда, сформулированные в его решениях образуют основу прецедентного права этого судебного органа.

Прецедентное право Европейского суда значительно способствует национальным судебным органам в обеспечении определенности и выработке общих правовых стандартов в процессе применения нормативных положений Конвенции.

В процессе реализации этих правовых подходов и стандартов важная роль принадлежит конституционным и другим судебным органам стран-членов Совета Европы. По этому поводу Председатель Европейского суда по правам человека Л. Вильдхабер, отмечая, что начиная со своих первых решений Европейский суд признавал субсидиарный характер системы Конвенции, имея в виду, что обеспечить закрепленные в ней права прежде всего должны национальные власти, в частности национальные судебные органы, подчеркивает: "Конечно, это бремя возлагается в основном на верховные и конституционные суды, которые Европейский суд рассматривает в качестве своих партнеров в рамках системы защиты, созданной по Конвенции"<sup>1</sup>.

В вопросе рассмотрения дел, относящихся к ограничению прав человека для конституционных судов, кроме национальных Конституций, огромное теоретическое и практическое значение имеют Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, прецедентное право, сформированное в решениях Европейского суда по правам человека, а также Международный пакт 1966 года о гражданских и политических правах.

Как мне представляется, конституционные суды государств-членов Совета Европы, которые имеют важную миссию в своих государствах в решении проблемы ограничения прав, должны не только опираться на прецедентное право Европейского суда, но и содействовать внедрению этого богатого опыта в своей национальной практике.

Европейская конвенция по правам человека уполномочивает присоединившиеся к ней государства в определенных обстоятельствах ограничивать гарантированные этим международным документом отдельные права. Осуществление ограничений, предусмотренных Конвенцией, является правомочным действием. Оно разрешено в следующих трех случаях. Первый: при подписании или депонировании ратификационной грамоты на основании 57-ой статьи Конвенции государства могут сделать оговорку в отношении любого положения Конвенции. Второй: при наличии оснований, перечисленных во вторых пунктах 8-11 статей Конвенции, государство может вмешаться в процесс осуществления прав, гарантируемых ими и ограничить их. Третий: в исключительных случаях государства правомочны отклониться от принятых ими обязательств и ограничить определенную часть прав, предусмотренных Конвенцией, в строгом соответствии с предусмотренным 15-ой статьей порядком.

В первом пункте 57-ой статьи Конвенции отмечено: "Любое государство, подписывая данную Конвенцию или депонируя ратификационную грамоту в отношении любой статьи Конвенции может сделать оговорку в том смысле, что действующий в этот момент времени на ее территории тот или иной закон не соответствует этой статье. Данная статья не позволяет оговорку общего характера"<sup>1</sup>.

В отмеченной статье наличествуют два условия. Первое: уполномочивая государства правом вносить оговорку, Конвенция одновременно предусматривает, что она должна

действовать не в отношении любого закона, а только того, который действует при присоединении к Конвенции. Оговорка не может распространяться на закон, принятый после присоединения к Конвенции. Второе: оговорка не может носить общий характер, она должна быть конкретной и вноситься в связи с каким-либо положением Конвенции. Например, при ратификации Конвенции Республика Армения сделала оговорку о том, что "положения 3-го пункта 5-ой статьи Конвенции не влияют на действие дисциплинарного устава Вооруженных Сил Республики Армения, утвержденного решением Правительства Республики Армения за N 247 от 12 августа 1996 года, согласно которому изоляция и содержание в дисциплинарном изоляторе может применяться как дисциплинарное взыскание:

- по отношению к солдатам и сержантам срочной службы - сроком до 10 дней;
- по отношению к солдатам и сержантам, служащим по договору -сроком до 7 дней;
- по отношению к офицерам - сроком до 5 дней".

Таким образом, Республика Армения посредством указанной оговорки, решая вопрос дисциплинарной ответственности военнослужащих, ограничила то положение 5-ой статьи Конвенции, гарантирующей свободу и право личной неприкосновенности, согласно которой "никого нельзя лишать свободы иначе, как... в установленном законом порядке".

На основании 57-ой статьи Конвенции нельзя делать никакой оговорки только относительно тех положений, закрепленных Протоколом Nоб Конвенции, которые относятся к отмене смертной казни.

Следующий возможный способ ограничения прав, перечисленных в статьях 8-11 Европейской конвенции, включает те случаи, когда по мнению того или иного государства вмешательство в гарантированное право необходимо в целях обеспечения демократических свобод и исходит из интересов государственной безопасности, общественного порядка, экономического благосостояния страны, предотвращения преступлений или из интересов других лиц.

Другой способ ограничения прав, предусмотренный Европейской конвенцией, -это предоставленная государству 15-ой статьей возможность в чрезвычайных ситуациях отклоняться от выполнения обязательств, предусмотренных Конвенцией. Предоставляя подобную возможность, Конвенция одновременно требует, чтобы любое ограничение как следствие подобного отступления основывалось бы на законности и необходимости и по возможности было бы кратковременным, не наносило бы ущерба взятым на себя данным государством иным международным обязательствам по обеспечению свобод и прав человека.

Возможность отступления от международных обязательств в чрезвычайных ситуациях предусмотрено не только Европейской конвенцией. Правовые положения подобного рода содержит также 4-я статья Международного пакта 1966 года о гражданских и политических правах.

В Общем комментарии No 29 Комитета по правам человека относительно 4-ой статьи Пакта имеется ряд важных положений, которые конституционные суды могут использовать как критерии при оценке ограничений прав человека. В Комментарии говорится, что:

- меры по отступлению от положений Международного пакта по гражданским и политическим правам должны нести исключительный и временный характер;
- для ссылки на 4-ую статью Пакта государства должны придерживаться двух

основополагающих условий: чрезвычайная ситуация должна угрожать жизни нации и государство-участник должно официально объявить чрезвычайное положение. Это существенно для сохранения принципов законности и верховенства права;

-чрезвычайная ситуация должна объявляться с учетом возможных последствий при отступлении от какого-либо положения Пакта, а государства должны действовать согласно заявлению по отступлению и в соответствии с другими конституционными и национальными правовыми нормами, относящимися к осуществлению чрезвычайных полномочий;

-не все волнения или бедствия должны квалифицироваться как угрожающее жизни нации чрезвычайное положение. Даже при вооруженном конфликте отступление должно разрешаться только в том случае, если создавшаяся ситуация угрожает жизни нации;

-меры по отступлению от Пакта должны ограничиваться в той степени, которая непосредственно обусловлена крайней необходимостью ситуации. Это требование относится к продолжительности чрезвычайного положения, географическим границам и материальной сфере.

По мнению Комитета, если государства ссылаются на право отступления, указанное в Пакте, например при стихийном бедствии, при массовых демонстрациях, сопровождающихся случаями насилия, или крупных производственных авариях, то они должны суметь обосновать не только то, что такое положение угрожает жизни нации, но и то, что все их меры по отступлению от Пакта диктуются крайней необходимостью ситуации. В Комментарий одновременно отмечено, что в подобных ситуациях возможность ограничения предусмотренных Пактом некоторых прав, например свободы передвижения или свободы проведения собраний и митингов, в целом достаточна, и ни одно иное отступление не будет оправдано крайней необходимостью ситуации.

Согласно Комментарию, гарантии, касающиеся отступлений, должны основываться на законности и принципах верховенства права<sup>2</sup>.

Несмотря на то, что Европейская конвенция по правам человека является региональным документом, однако действующий в его системе Суд, чьи решения имеют обязательный характер, придает этому документу особый юридический авторитет.

Предусмотренное 15-ой статьей Европейской конвенции право отступления распространяется не на все статьи этого документа. Во втором пункте 15-ой статьи говорится, что отмеченное в первом пункте статьи положение об отступлении от обязанностей в случае войны или угрозы жизни нации либо иной чрезвычайной ситуации не может быть основанием для отступления от гарантированных Конвенцией таких прав, коими являются право на жизнь, за исключением человеческих жертв вследствие ведения законных военных действий (ст.2), запрещение пыток (ст.3), запрещение содержания в рабстве или неволе (ст.4, п.1) и исполнение наказания исключительно на основании закона (ст.7).

Согласно 15-ой статье Конвенции и анализу соответствующих решений Европейского суда, государствам-участникам для осуществления права отступления от обязательств в чрезвычайных ситуациях необходимы следующие три условия:

***а) чрезвычайная ситуация должна быть обусловлена угрозой войны или угрозой для жизни нации;***

*б) предпринимаемые государством меры в отступление закрепленных Конвенцией своих обязательств должны быть обусловлены исключительно серьезностью положения;*

*в) подобные меры не должны быть несовместимы с другими обязательствами государства, принятыми в соответствии с международным правом.*

В связи с применением 15-ой статьи Европейский суд по правам человека принял ряд решений, в которых, закрепив свою позицию в вопросе отступления от обязательств в чрезвычайных ситуациях, сформировал определенную концепцию, которая в настоящее время имеет для государств важное прецедентное значение.

*Европейский суд по правам человека, анализируя в своих решениях тот или иной конкретный случай, дал толкование понятия "угроза войны или иная чрезвычайная ситуация, угрожающая жизни нации".* Еще в решении по делу *Лоулес против Ирландии* (1 июля 1961г.) Суд отметил, что в общем контексте 15-ой статьи Конвенции естественный и обычный смысл слов "иное общественное чрезвычайное положение, угрожающее жизни нации" достаточно ясен, поскольку они относятся к кризисным и к исключительным ситуациям непредвиденной обстановки, которые влияют на еѐ народонаселение и представляют опасность для организованной жизни общины, составляющей государство.

В другом решении по делу *Ирландия против Великобритании* Европейский суд (18 января 1978г.) отмечает, что каждое государство, ответственное "за (ее) жизнь нации", обязано прежде всего выяснить, находится ли эта жизнь под угрозой "чрезвычайного положения" или нет, и если это так, то насколько решительно нужно действовать в процессе преодоления подобного чрезвычайного положения. Принимая, что при решении вопросов, относящихся к чрезвычайной ситуации, национальные власти, будучи близстоящими к реальной действительности, в отличие от международных судей, находятся в более благоприятном положении, поскольку согласно первому пункту 15-ой статьи в вопросе оценки подобных ситуаций они имеют больше усмотрительных прав; Европейский суд одновременно находит, что, с точки зрения усмотрения, "государство не наделено безграничной властью, и Европейский суд, который ответственен за соблюдение принятых государствами обязательств, уполномочен принять решение о том, отклонились ли государства "настолько, насколько это обусловлено кризисом чрезвычайного положения". По делу *Ирландия против Великобритании* Суд решил, что "внутренние границы оценки закрепляются под контролем европейского органа" (см. Пункт 207).

Согласно прецедентному праву Европейского суда в случае отступления от обязательств с точки зрения сохранения принципа соизмеримости правительства не могут применять любую меру, обосновывая это необходимостью чрезвычайного положения: они обязаны доказать наличие конкретной связи между этой мерой и ситуацией, требующей контроля.

Позицию, сформировавшуюся по делу *Ирландия против Великобритании*, Европейский суд в дальнейшем часто применял в процессе рассмотрения подобных дел; даже отдельные формулировки принятых решений, несмотря на иную редакцию, часто повторяются. В частности, в решении по делу *Аксой против Турции* (18 декабря 1996г.) Европейский суд, повторив многие положения решения по делу Ирландии, также добавил: "Возможность внутреннего усмотрения сопровождается

европейским контролем. При осуществлении подобного контроля Суд должен придать определенный вес относящимся к проблеме таким факторам, каковыми являются характер права, связанного с отступлением от обязанностей, обстоятельства и продолжительность, приведшие к утверждению чрезвычайного положения".

К толкованию понятия "иная чрезвычайная ситуация, угрожающая жизни нации" обратилась также Комиссия при рассмотрении дела *Греция против Соединенного Королевства*. По этому делу Комиссия, рассмотрев жалобу Греции о том, что Правительство Соединенного Королевства, оставив в силе в находящемся под его административным контролем Кипре ряд чрезвычайных законов и постановлений, тем самым отклонилось от условий 1-го пункта 15-ой статьи, дала следующее разъяснение: формулировка "чрезвычайное положение, угрожающее жизни нации" включает в себя понятие надвигающейся и широко распространенной угрозы, и по этой причине для выполнения условий, установленных пунктом 1-ым 15-ой статьи, необходимы следующие элементы:

-она должна быть реальной и неизбежной;

-еѢ последствия должны затронуть всю нацию;

-под угрозой должно оказаться само продолжение организованной жизни общества;

-кризис или угроза должны иметь исключительный характер, в том смысле, что обычные меры или ограничения, которые разрешены Конвенцией для обеспечения безопасности, здоровья и порядка, явно не равноценны"3.

Установив указанные условия, Комиссия решила, что Греция не выполнила своих обязательств по доказательству наличия подобных условий.

К обсуждаемому вопросу относится также дело Броуган и другие против Соединенного Королевства (29 ноября 1988г.). Броуган и другие, которые были арестованы в течение 4-5-и и более дней, были допрошены в связи с конкретными террористическими действиями, однако никому из них не было предъявлено обвинение и никто до освобождения из под ареста не предстал перед судьей. По делу Броуган и другие Европейский суд решил, что несмотря на то, что они были арестованы на основании 12-го раздела закона 1984г, однако по отношению к каждому из них имело место нарушение 3-го пункта 5-ой статьи Конвенции.

После этого решения Соединенное Королевство сделало заявление, что данное отступление вытекает из содержания 15-ой статьи Конвенции и отметило, что Правительство считает необходимым продолжить свои полномочия на основании Закона ""О предотвращении терроризма"" и с разрешения Государственного секретаря арестовать отдельных людей на несколько дней без предъявления обвинения. Как обоснование для принятия подобного решения Соединенное Королевство отмечало создавшееся чрезвычайное положение, в условиях которого для надлежащего завершения следствия и принятия решения о возбуждении судебного расследования необходимо было это отступление4.

Европейский суд по делу Броугана, рассмотрев доводы Правительства, в своем решении отметил: ""Суд согласен, что состояние терроризма в Северной Ирландии, в случае наличия надлежащих гарантий против злоупотреблений, оправдывает продление срока, в течение которого власти, не нарушая 3-ий пункт 5-ой статьи, могут подозреваемое в совершении террористического преступления лицо содержать под арестом до представления его судье или иному должностному лицу,

осуществляющему судебные функции"" (пункт 61).

По упомянутому делу Европейский суд решил, что законодательство, которое позволяет арестовывать личность сроком до семи дней с разрешения Государственного секретаря, несовместимо с гарантированными правами, предусмотренными 5-ой статьей Конвенции.

Утверждение Правительства Великобритании, связанное с расследованием дела Броуган и другие против Соединенного Королевства о том, что отступление от обязательств, принятых в соответствии с Конвенцией было обусловлено чрезвычайным положением, в дальнейшем было оспорено как незаконное обоснование. Оспаривание соприкасалось с делом Бранинган и Макбрайд против Соединенного Королевства (26 мая 1993г.). Фактические обстоятельства этого дела очень похожи на дело Броугана. Согласно данным дела, два заявителя с целью допроса были арестованы соответственно на 6 дней 14 часов и на 4 дня 6 часов.

Европейский суд прежде всего должен был решить, соответствовало ли отступление Великобритании от Конвенции требованиям 15-ой статьи, т.е. действительно ли в стране была чрезвычайная ситуация. Европейский суд, рассматривая вопрос наличия чрезвычайной ситуации, угрожающей существованию нации", в своем решении отметил: "Несмотря на то, что заявители не оспаривали наличие ситуации, угрожающей существованию нации"", однако они настаивали, что ответственность по обоснованию вопроса о том, имела ли место подобная ситуация, несет Правительство Великобритании. Европейский суд в процессе расследования дела, выслушав взаимоисключающие мнения сторон о наличии кризисной ситуации в рассматриваемый период, в своем решении отметил: ""[...] и сделав собственные выводы по предоставленным ему данным о последствиях и размерах терроризма в Северной Ирландии и других частях Великобритании, Суд находит, что нет никаких сомнений в том, что в то время чрезвычайная ситуация имела место"".

Сама идея защиты прав человека предполагает, что возможность отступления от обязанностей в чрезвычайных ситуациях, предусмотренных 15-ой статьей Конвенции должна действовать в рамках разумного, дабы государства не могли бы злоупотреблять этим правом. Европейский суд эту свою позицию выразил в решении по делу Демир и другие против Турции (23 октября 1998г.). Согласно решению, Суд находит, что нарушен третий пункт 5-ой статьи Конвенции, поскольку два заявителя без привода к судье были под арестом 23 дня, а третий-116 дней. По мнению Европейского суда, эти сроки слишком велики даже в условиях существующей чрезвычайной ситуации на юго-востоке страны и при наличии заявления по отступлению со стороны Турции. Отмеченное решение Европейского суда свидетельствует, что отступление от обязанностей на основании 15-ой статьи Конвенции не означает, что действия государства в этот период не могут быть обжалованы в Европейском суде или не может ставиться вопрос об ответственности государства.

15-я статья Конвенции требует, чтобы меры, предпринимаемые государством к отступлению от обязанностей, закрепленных Конвенцией, были исключительно обусловлены серьезностью ситуации.

Изучение решений Европейского суда свидетельствует, что рассматривая доводы государства, ссылающегося на чрезвычайную ситуацию, Европейский суд выясняет не только вопрос, имела ли место чрезвычайная ситуация, "угрожающая жизни

нации"" , но и тщательно анализирует предпринятые государством меры и их адекватность чрезвычайной ситуации. В связи с этим вопросом в решении по делу Лоулес против Ирландии Суд, рассмотрев принятые государством меры в период чрезвычайного положения, решил, что, исходя из совокупности нескольких доводов, Ирландская Республика разумно склонилась к выводу о том, что в это время имела место чрезвычайная ситуация, "угрожающая жизни нации". По мнению Суда, это следующие аргументы:

-существование тайной армии на территории Ирландской Республики, которая была вовлечена в антиконституционную деятельность и для достижения своих целей применяла насилие;

-тот факт, что эта армия действовала также за пределами границ государства, тем самым подвергая серьезной опасности отношения Ирландской Республики со своими соседями;

-начиная с осени 1956 года и всю первую половину 1957 года террористическая деятельность имела стабильное распространение.

По мнению Суда, применение обычного законодательства было недостаточным для того, чтобы опасность, угрожающая Ирландской Республике, которая со временем углублялась, могла бы быть взята под контроль. Обычных уголовных судов и даже особых уголовных или военных судов было недостаточно для восстановления мира и порядка.

По мнению Европейского суда по правам человека, при отступлении от обязанностей, предусмотренных 15-ой статьей Конвенции для чрезвычайных ситуаций, государства должны представить достаточно доказательств того, что чрезвычайная ситуация на самом деле имела место. В этой связи по делу Ирландия против Великобритании Комиссия, рассмотрев принцип соответствия, имеющий неразрывную связь с 15-ой статьей, констатировал следующее: "С одной стороны, между обстоятельствами чрезвычайной ситуации и, с другой - предпринятыми мерами для ее решения должна существовать взаимосвязь. Кроме того, принятые Конвенцией обязательства полностью не исчезают. Они могут лишь приостанавливаться или изменяться строго "в той мере, в коей этого требует предусмотренная 15-ой статьей ситуация"".

Европейский суд, принимая, что зачастую опасность и масштабы терроризма таковы, что для ареста в сроки, предусмотренные законом, невозможно проведение необходимой экспертизы, осуществление сопоставления полученной информации от разных арестованных лиц и организация сотрудничества с иными службами безопасности, и, следовательно, государства во время чрезвычайного положения могут отклоняться от своих конвенционных обязанностей, тем не менее отмечает: "Однако касательно 3-го пункта 5-ой статьи они не могут оправдать "незамедлительный"" отказ от судебного контроля"".

Отступление на основании 15-ой статьи очень часто осуществляется для того, чтобы государство имело возможность без судебного контроля дольше, чем это предусмотрено действующим законодательством, содержать арестованное лицо под стражей. Правительство Соединенного Королевства, чтобы как-то обойти касающееся его решение Европейского суда, которое требовало обеспечить судебный контроль во время ареста лиц, совершивших террористическое преступление, сделало заявление об отступлении от принятых им обязательств по Конвенции. В ответ на запрос заявителей по этому вопросу Европейский суд в своем решении



констатировал: "Суд, прежде всего, отмечает, что начиная с 1974 г. Правительство в борьбе против угрозы терроризма нуждалось в особых полномочиях. Решение Суда по делу Броугана и других поставило его (Правительство) перед выбором: или согласно 12-ой статье закона от 1984г. внести судебный контроль за решениями об аресте или сделать заявление об отступлении в этом вопросе от обязательств по Конвенции. Заключение Правительства о том, что предусмотренный 3-им пунктом 5-ой статьи судебный контроль в ходе предварительного следствия и судебного преследования за террористическую деятельность невозможно исполнить из-за трудностей особого рода, сделало отступление неизбежным. Таким образом, право продления сроков ареста без судебного контроля [...] тесно связано с продолжительностью чрезвычайного положения и ничто не свидетельствует о том, что отступление было чем-то иным, чем ответом на это"".

Европейский суд по делу Бранинган и другие, обобщив имеющиеся в его распоряжении факты и доказательства, заключил: поскольку в Северной Ирландии действительно существовала опасность терроризма, а заявленное государством отступление имело ограниченные рамки и были основные гарантии, запрещающие злоупотребления, то Правительство не превысило пределы усмотрения и отступление было строго продиктовано чрезвычайной ситуацией.

Следует отметить, что Европейский суд является сторонником того, чтобы в процессе борьбы с терроризмом ограничение прав человека осуществлялось в разумных пределах. В частности, в процессе расследования дела Аксой против Турции в ответ на представленные Правительством этого государства доводы о том, что вследствие интенсивности и разнообразия террористической деятельности и с целью борьбы против такой деятельности, Правительство не только должно использовать свои силы безопасности, но и предпринимать соответствующие меры для борьбы с террористическими преступлениями, Европейский суд, в отличие от заключения по делу Бранинган и другие, решил, что заявителю во время длительного заключения не были представлены достаточные гарантии. В частности, он был лишен возможности обращаться к врачу, адвокату, родственникам или друзьям, а также не имел реальной возможности предстать перед судом, дабы проверить законность своего ареста. По мнению Суда, заявитель фактически целиком и полностью был оставлен на милость арестовавших его людей. В процессе расследования этого дела Европейский суд, принимая, что на юго-востоке Турции, несомненно, существует серьезная проблема терроризма, и что в процессе борьбы с ним государство сталкивается с большими трудностями, одновременно решил, что из этого нельзя предположить, что именно чрезвычайная ситуация заставила держать подозреваемого в террористической деятельности заявителя тайно арестованным 14 или более дней без предоставления ему возможности обращения к судье или к иному должностному лицу судебной власти. По этому делу Европейский суд решил, что не соблюдено одно из важнейших требований 15-ой статьи, которая гласит: предпринимаемые государством меры к отступлению от своих обязательств по Конвенции должны быть исключительно обусловлены серьезностью ситуации.

В 1-ом пункте 15-ой статьи Конвенции особо подчеркивается, что меры, предпринимаемые государством в чрезвычайных ситуациях в отступление от своих конвенционных обязательств, не должны быть несовместимы с его другими обязательствами, принятыми согласно международному праву.

Несомненно, отмеченное в 1-ом пункте 15-ой статьи требование имеет цель хоть в какой-то мере компенсировать разрешенное во 2-ом пункте той же статьи отступление. Одновременно упоминание других обязательств государства по международному праву подчеркивает, что возможность отступления не означает, что для государства права человека перестают быть системной ценностью, наоборот, это означает, что признанные международным содружеством государств и принятые данным государством всеобъемлющие основополагающие права и свободы должны продолжать действовать, чтобы защитить человека в чрезвычайных ситуациях.

По этому поводу очень метко выразился в своем особом мнении по делу Бранинган и другие член Европейского суда Петити. Он находит, что "в любом случае отступление не может рассматриваться как карт-бланш, предоставляемый государству-участнику на неограниченный срок без выполнения им обязательств по Конвенции".

При рассмотрении дел, связанных с ограничением прав человека, конституционные суды могут сталкиваться с двумя возможными ситуациями. Первая: когда ограничение права, совершенное на основании закона, не только созвучно Конституции страны, но и международным документам, а также букве и духу прецедентного права Европейского суда по правам человека. В таких обстоятельствах задачей конституционного правосудия должно быть выяснение того, было ли данное ограничение необходимо или нет, исходит ли оно из интересов страны и нации, находятся ли в рамках разумных пределов объем и сроки его осуществления, не противоречит ли данное ограничение иным обязательствам государства по международным договорам. Вторая возможная ситуация та, когда, несмотря на то, что ограничение совершено по закону, однако оно не предусмотрено Европейской конвенцией по правам человека и Международным пактом 1966г. о гражданских и политических правах или серьезно отклоняется от сути содержащихся в них положений. В подобных обстоятельствах, по факту противоречия между законом и международным документом, данное ограничение не только антиконституционно, но и противоречит международным правовым обязательствам страны.

Несмотря на то, что из 15-ой статьи Конвенции однозначно вытекает, что осуществляемые в период чрезвычайного положения отступления должны носить временный характер, тем не менее в решениях Европейского суда их "временность" закрепляется не всегда. По-видимому, имея в виду это обстоятельство, судья Европейского суда по правам человека Макарич в своем особом мнении по делу Бранинган и другие справедливо отмечает: "Я полностью принимаю трудности и даже невозможность установления Судом точных сроков отступления как предварительного условия его обоснования 15-ой статьей. Однако я нахожу, что решение должно четко и однозначно показывать, что суд признает отступление только как строго временную меру".

Тем не менее, если чрезвычайность растягивается во времени, у Европейского суда может возникнуть необходимость проверить эффективность мер. "Если они таковыми не являются, то продолжительное отступление от конвенционных стандартов не может быть оправдано" 5.

Как мне представляется, в этом смысле конституционные суды находятся в наиболее благоприятных условиях. Во время рассмотрения дел относительно ограничения прав в чрезвычайных ситуациях, они, в отличие от Европейского суда, более осведомлены

о положении в стране, причине чрезвычайного положения, его возможной продолжительности и поэтому могут проявить более реалистический подход в вопросе определения сроков.

Для государств, в отличие от решений Европейского суда, прецедентное право не носит императивного характера, однако конституционные суды вполне могут применять сформулированные в прецедентном праве позиции Европейского суда в качестве ориентира при определении критерий отступления от прав человека в чрезвычайных ситуациях.

Если нет серьезных и обоснованных причин для отклонения от этого, конечно, более разумно соблюдать прецедент. Данная постановка вопроса оправдана хотя бы тем, что сам Европейский суд, несмотря на то, что свои решения не рассматривает как какие-то окаменевшие вечные правила, тем не менее считает, что сам может отклоняться от своих решений только при наличии убедительных причин. По мнению Суда, такими причинами могут быть, например, те "социальные изменения, которые созвучны условиям времени" "6.

1 Л. Вильдхабер, Председатель Европейского суда по правам человека. Место Европейского суда по правам человека в европейском конституционном ландшафте. Конституционное правосудие на рубеже веков. Материалы международной конференции, посвященной 10-летию Конституционного Суда Российской Федерации. М., 2002, с. 93.

2 См. General Comment No 29 - States of Emergency (article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 August 2001, op. cit, paras. 2, 4 and 6.

3 См. Греция против Соединенного Королевства. Comm. Report 5.11.69, para. 153-yearbook 12, p. 72.

4 Это отступление Соединенного Королевства в дальнейшем обжаловалось по жалобе Бранинган и Макбрайд против Соединенного Королевства.

5 Macdonald, R. ST.J. Protecting human rights in emergency situations: Making Article 15 work.- Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal. Edited by Paul Mahoney. Franz Matscher. Herbert Petzold. Luzius Wildhaber. — Carl Heymanns Verlag KG, Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 2000. P. 817.

6 См. Luzius Wildhaber. Precedent in the European Court of Human Rights.-Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal. Edited by Paul Mahoney. Franz Matscher. Herbert Petzold. Luzius Wildhaber. — Carl Heymanns Verlag KG, Koln, Berlin, Bonn, Munchen, 2000. P. 1530-1531.

## SUMMARY

The limitation of human rights is regulated by the norms of both internal and international law.

In connection with this, the precedent meaning of the decisions of European court, one of the institutions of European convention, acquires great importance for the determination of

the basis and terms for the deviation from the obligation in the case of state of emergency. European Convention of Human Rights authorizing the state-parties to restrict separate rights guaranteed by this international document under certain conditions, at the same time demands each limitation to be based on law and necessity and must be as short-termed as possible, should not violate the obligation of the state on human rights envisaged by the other international treaties.

The Constitutional Courts directed by the precedent meaning of European Court concerning the limitation of human rights in the specific cases, have also an important mission to implement it in the practice of their own countries.

## **BASIC CRITERIONS IN TURKISH CONSTITUTIONAL JURISDICTION REGARDING THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS\***

### **I. GENERAL METHODS RESTRICTING THE FUNDAMENTAL RIGHTS**

Generally, two kinds of methods are implemented in Turkish Constitutions regarding the restriction of fundamental rights. According to this, it is prescribed that restrictions concerning the fundamental rights are set forth the Constitution or they are executed by means of laws in the framework of certain principles stated in the Constitution.

In case there exists directly in the Constitution a restriction regarding a fundamental right, Legislative body is not authorized to make a different regulation. Legislative body is obliged to act in accordance with the restriction stated in the Constitution. Such a regulation technique generally exists in multi-articled Constitutions that include detailed regulations.

The second method used in the restriction of fundamental rights grants appreciation competence to the Legislative body concerning the restriction to be made within the framework of certain principles. Such a restriction method is implemented mainly in three ways. In the first way, called as law record, the fundamental right could be restricted, but grounds for restriction are not determined. The second restriction method, called as quality law record, clearly observes the grounds (public interest, public order etc.) for restricting the fundamental right. The third way does not include any kind of regulation regarding the restriction of fundamental rights.

The restriction method based on quality law record indicates that grounds for restriction shall be stated in a general article applicable for all fundamental rights or in separate articles for each fundamental right.

In the framework of the general explanation above, we can briefly discuss the Constitutional regulations for regular periods and state of emergency from the point of firstly the restriction methods and secondly the principles to be followed in the restriction.

## **II. REGIME ON RESTRICTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS ACCORDING TO THE 1982 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF TURKEY**

### **A. Restriction Regime in Regular Administration Period**

#### **1. Gradual Restriction System**

Article 13 of the 1982 Constitution, which is still in effect, titled as restriction of fundamental rights, includes the following provision:

"(1) Fundamental rights and freedoms may be restricted by law, in conformity with the letter and spirit of the Constitution, with the aim of safeguarding the indivisible integrity of the state with its territory and nation, national sovereignty, the Republic, national security, public order, general peace, the public interest, public morals and public health, and also for specific reasons set forth in the relevant articles of the Constitution. (2) General and specific grounds for restrictions of fundamental rights and freedoms shall not conflict with the requirements of the democratic order of society and shall not be imposed for any purpose other than those for which they are prescribed. (3) The general grounds for restriction set forth in this article shall apply for all fundamental and freedoms."

Besides this general article, which includes nine separate grounds for restrictions applicable for all fundamental rights, there have been restriction grounds different from or parallel to those in specific articles concerning the fundamental rights. Within the period in which this article is in effect, the legislative body, regarding the restriction of fundamental rights, could base on the general grounds or grounds stated in specific articles executing the fundamental rights.

Provisions on the restriction of fundamental rights being the first, significant amendments were made in the Constitution in October 2001; and in this connection, Article 13 concerned regulating the restriction of fundamental rights was amended as follows:

"Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be in conflict with the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of the society and the secular Republic and the principle of proportionality."

Owing to this amendment, the general restriction grounds on which the legislative body could base, are removed, and it is accepted that the fundamental rights could only be restricted on the grounds stated in their own articles. This is a gradual restriction system, which applies on the restriction of fundamental rights and freedoms. In this system, fundamental rights could partially be restricted in accordance with the simple law record and partially in accordance with the quality law record; and the fundamental rights, which do not include any restriction ground, could not be subject to any restriction. Within the general context of Article 13, we could state the basic principles of Constitution related to

the restriction of fundamental rights.

## **2. Restriction methods and principles**

### **a) Fundamental rights may be restricted only by law.**

According to Article 13 of the Constitution, fundamental rights and freedoms may be restricted only by law. Law refers to the general, abstract and continuous legal rules put into effect in compliance with certain procedures by the Turkish Grand National Assembly that is authorized by the Constitution. It is impossible to restrict fundamental rights and freedoms by some regulating quality legal rules other than Laws such as regulations and circulars. According to Article 91 of the Constitution, the fundamental rights and duties cannot be regulated by decrees having the force of law executed by the Council of Ministers to be empowered by the National assembly, except during periods of martial law and states of emergency.

### **b) Fundamental rights may be restricted only on the grounds set forth in the relevant Articles therein.**

With amendment made in Article 13 in 2001, fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution. With this system, the legislative body could not base on general restriction grounds in terms of the restriction of fundamental rights. The result arising from such a regulation, which has brought out a gradual system in the restriction of fundamental rights, may be outlined as follows:

#### **i. Some fundamental rights are made subject to simple law record restriction.**

Within the frame of simple law record restriction method, National assembly is empowered by the Constitution in terms of the restriction of a fundamental right; however, it does not define the grounds for restriction. Right to rest and leisure (Constitution Article 50) and right to petition (Const. Art. 62) may constitute an example for the fundamental rights subject to such restriction method. A restriction regime in compliance with all rights and freedoms and subject to simple law record is prescribed under Article 121 and 122 that regulate administration procedures in a state of emergency, martial law, mobilization and state of war. This sort of restriction method does not define restriction grounds in the Constitution; however has left it to the competence of the legislative body. It should be noted that in terms of method, restrictions are obliged to be regulated by law.

#### **ii. Some fundamental rights are made subject to quality law record restriction.**

In this restriction system, the grounds for restriction are set forth in the articles of the Constitution relevant to the fundamental right. Such fundamental rights may be restricted only by those grounds concerned. For instance, according to Article 23 of the Constitution regulating the right to residence and movement, freedom of residence may be restricted by law for the purpose of preventing offences, promoting social and economic development, ensuring sound and orderly urban growth, and protecting public property; freedom of movement may be restricted by law for the purpose of investigation and prosecution of an offence, and prevention of offences. According to Article 35 regulating the right to property and inheritance, these rights may be restricted by law only in view of public interest.

#### **iii. Some fundamental rights are not made subject to any restriction.**

There are no restriction grounds for some fundamental rights regulated in the Constitution, and legislative body is not authorized to restrict those rights, either. For instance, no regulation in terms of restricting the rights is made in Article 36 regulating the right to litigation either as plaintiff or defendant and in Article 48 regulating the right to work. Therefore, it is impossible to restrict such rights by the legislative body.

**c) Some fundamental rights are restricted directly by the Constitution itself without leaving them to the competence of the Legislative body.**

For instance, right to vote is constitutionally restricted in Article 67 of the Constitution which sets forth that privates and corporals serving in the armed services, students in military schools, and convicts in penal execution excluding those convicted of negligent offences cannot vote. Right to litigation and defense is constitutionally restricted in Article 125 of the Constitution which sets forth that the acts of the President of the Republic in his own competence, and the decisions of the Supreme Military Council are outside the scope of judicial review. The difference between such restrictions (prohibitions) prescribed in the Constitution text itself and the restrictions mentioned above is that the legislative body does not have an appreciation competence in making different regulations on such kind of issues. Namely, legislative body is obliged to bring regulations and restrictions in accordance with the Constitutional limits.

**3. Principles, which the Legislative body is obliged to consider in restriction**

The appreciation competence granted to the legislative body in the restriction of fundamental rights is not a limitless right. Article 13 of the Constitution stated above comprises some basic principles with which the legislative body is obliged to conform while using its appreciation competence relevant to the matter concerned. The legislative body could restrict fundamental rights and freedoms only in the framework of these principles concerned. Those principles prescribed in the Article are as follows:

- ◆ Fundamental rights and freedoms shall not be restricted with infringing upon their essence.
- ◆ Restriction shall be in conformity with the letter and spirit of the Constitution.
- ◆ Restriction shall not conflict with the requirements of democratic order of society and secular Republic.
- ◆ Restriction shall be made in compliance with the principle of proportionality.

The concerning principles, which constitute the limits of the appreciation competence of the legislative body in other words, the principles which identify the limits of the competence of restriction may be explained as follows.

**a) Fundamental rights and freedoms shall not be restricted with infringing upon their essence.**

The prohibition of restriction of fundamental rights and freedoms without infringing upon their essence constitutes one of the basic criteria considered in the restriction of fundamental rights in Turkish Constitutional Jurisdiction since 1961 Constitution.

Prohibition of infringing upon the essence of a fundamental right means the necessity of the application of the fundamental right even after it is restricted. Turkish Constitutional Court, with its decisions up to now, has developed some basic criterions relevant to the prohibition of infringing upon the essence. According to these criterions;

The restrictions which;

- ◆ hinder the use of the fundamental right according to its aim,
- ◆ record the fundamental right such that the fundamental right could be used in no way,
- ◆ clearly prohibit or aggravate the use of the fundamental right,
- ◆ are formed with expressions open to interpretation,
- ◆ annul the effect of the fundamental right,
- ◆ carry preventive or hindering characteristics leading to non-benefiting from the fundamental right
- ◆ shall be contrary to the Constitution.

**b) Restriction shall be in conformity with the letter and spirit of the Constitution.**

A restriction in compliance with the letter and spirit of the Constitution indicates the necessity to consider wholly the letter and basic meaning of the Constitution in the restriction of a fundamental right, not the relevant Article of the Constitution regulating the restriction of the fundamental rights or the Article regulating the fundamental right. For instance, Article 15 of the Constitution sets forth the rule that the individual's right to life, and the integrity of his or her material and spiritual entity shall be inviolable except where death occurs through lawful act of warfare and execution of death sentences; no one may be compelled to reveal his or her religion, conscience, thought or opinion, nor be accused on account of them; offences and penalties may not be made retroactive, nor may anyone be held guilty until so proven by a court judgment. Additionally, Article 28 sets forth that the press is free, and shall not be censored. Other similar security provisions exist with regard to the fundamental rights. Therefore, the legislative body shall consider such security provisions, which exist within the whole Constitution.

**c) Restriction shall not conflict with the requirements of democratic order of society and secular Republic.**

With regard to the principle to be considered in the restriction of fundamental rights, Constitutional Court points out that classical democracy is the most appropriate regime, which secures the fundamental rights and freedoms within the largest scope; and accepts that fundamental rights and freedoms may be restricted exceptionally and necessarily for the continuity of the democratic order; that the restrictions shall not be executed with methods peculiar to the democratic regime and shall not violate the use of a particular freedom. Constitutional Court considers the prohibition of infringing upon the essence of the right within the necessities of a democratic society and points out in its decisions that a restriction, which may violate the essence of a right, is contrary to the necessities of a democratic society.

**d) Restriction shall be made in compliance with the principle of proportionality.**



Proportionality is considered to be a superior notion as it is a principle with which the legislative body should conform in the restriction of fundamental rights. According to this, principle of proportionality consists of three sub-principles such that the means to be applied in the restriction of the fundamental right shall be convenient, restriction means shall be necessary in terms of the aim of restriction and there shall exist a balanced proportion between the aim and means of restriction. Mostly the principle of balanced proportionality, a sub-factor of the principle of proportionality, is taken into consideration in the decisions of the Constitutional Court. In the practice of the Court, absence of a reasonable and acceptable balance between the aim and means of restriction could constitute a ground for the annulment of the relevant law.

### **Restriction Regime in State of Emergency**

The explanations made above regarding the restriction of fundamental rights are related to the principles and facts valid in regular administrative periods. Specific regulations are prescribed in the Constitution with regard to the restriction of fundamental rights in state of emergency such as martial law and state of war. Principles and procedures with regard to the restriction of fundamental rights and freedoms in times of war, mobilization, martial law or state of emergency are set forth in Article 15, 121 and 122 of the Constitution. Article 15 of the Constitution titled as "*Suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms*" is as follows:

*"In times of war, mobilization, martial law, or state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms can be partially or entirely suspended, or measures may be taken, to the extent required by the exigencies of the situation, which derogate the guarantees embodied in the Constitution, provided that obligations under international law are not violated.*

*Even under the circumstances indicated in the first paragraph, the individual's right to life, and the integrity of his or her material and spiritual entity shall be inviolable except where death occurs through lawful act of warfare and execution of death sentences; no one may be compelled to reveal his or her religion, conscience, thought or opinion, nor be accused on account of them; offences and penalties may not be made retroactive, nor may anyone be held guilty until so proven by a court judgment."*

Article 121/2 of the Constitution titled as "*Rules relating to the states of emergency*" includes the following provision:

*"The financial, material and labor obligations which are to be imposed on citizens in the event of the declaration of state of emergency under Article 119 and, applicable according to the nature of each kind of state of emergency, the procedure as to how fundamental rights and freedoms shall be restricted or suspended in line with the principles of Article 15, how and by what means the measures necessitated by the situation shall be taken, what sort of powers shall be conferred on public servants, what kind of changes shall be made in the status of officials, and the procedure governing emergency rule, shall be regulated by the Law on State of Emergency."*

Article 122/5 of the Constitution titled as "*Martial Law, Mobilization and State of War*" includes the following provision:

*"In the event of martial law, mobilization and state of war, the provisions to be applied and conduct of affairs, relations with the administration, the manner in which freedoms are to be*

*restricted or suspended and the obligations to be imposed on citizens in a state of war or in the event of emergence of a situation necessitating war, shall be regulated by law."*

Though it is prohibited that the fundamental rights and duties can be regulated by decrees having the force of law in times of regular administration, this limitation shall not be valid in times of martial law and states of emergency according to Article 91 of the Constitution. As obvious, restriction of fundamental rights is made subject to a very different regime during the states of emergency such as state of war or martial law compared with regular periods. This limitation regime prescribed for states of emergency may be noted as following articles:

◆ Practice of the restriction regime regulated in Article 15 of the Constitution requires the existence of one of these conditions: state of war, martial law, mobilization or states of emergency.

◆ Obligations under international law shall not be violated in terms of the restrictions to fundamental rights and freedoms in those periods.

◆ Restriction shall be applied proportionally. This factor reveals that the principle of proportionality, which is sought in the restriction of fundamental rights stated above in regular periods, is valid for the administrative methods in states of emergency.

◆ Restrictions made in the periods concerned shall not violate the essence of the security area of fundamental rights established in Article 15/2 of the Constitution.

\* The material is presented by the Turkish Constitutional Court.

\* Материал предоставлен Конституционным Судом Турции.

## РЕЗЮМЕ

По Конституции Турции в связи с ограничением основных прав и свобод применяются два основных способа: ограничения основных прав предусматриваются либо Конституцией, либо на основании закона - в пределах принципов, предусмотренных Конституцией.

В тех случаях, когда Конституция напрямую предусматривает положения об ограничениях основных прав, законодательный орган не компетентен принимать иные положения. Второй метод, который применяется при ограничении основных прав, дает широкую компетенцию законодательному органу в связи с теми ограничениями, которые должны выполняться в пределах определенных принципов. Исходя из вышеизложенного, можно рассматривать конституционные положения, применяемые в мирное время и в чрезвычайных ситуациях, с точки зрения методов и принципов ограничений.

Положения об ограничении основных прав - первые значимые поправки Турецкой Конституции, осуществленные в октябре 2001г., по которым статья 13, касающаяся ограничений основных прав, была изменена, получив следующее закрепление:

“Основные права и обязанности могут быть ограничены только законом и на основаниях, отмеченных в соответствующей статье Конституции, без нарушения их истинной сути. Эти ограничения не должны противоречить духу и букве Конституции и демократическому устройству общества, принципам светской республики и соразмерности””.

## **СВОБОДА ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ В КОНТЕКСТЕ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА**

**АРМЕН АРУТЮНЯН**

*Ректор Академии управления РА,  
советник Конституционного Суда РА*

Статья 10 “Свобода выражения мнения” выбрана не случайно. В общем количестве вынесенных Судом за последние годы решений эта статья занимает одно из первых мест.

Не менее существенно и то, что институт свободы слова и права распространять и получать информацию в том плане, как он закреплен ст. 24 Конституции Армении, занимает сегодня одно из центральных мест в жизни армянского общества.

Право на свободу выражения своего мнения является не только одним из главных столбов западной демократии, но и необходимым условием для осуществления многих других прав и свобод, провозглашенных в Европейской конвенции о правах человека. Так, например, право на свободу выражения своего мнения согласно статье 10 представляет собой логическое развитие прав на свободу мысли, совести и религии и их исповедание, защищаемых статьей 9. Статья 10 имеет также четкие связи с правами на свободу мирных собраний и свободу ассоциации в соответствии со статьей 11 и правом на уважение корреспонденции в соответствии со статьей 81.

Составители статьи 10 обеспечили широкие возможности для защиты, предусмотрев открытый перечень основных прав и указав, что право на свободу выражения своего мнения включает свободу придерживаться своего мнения, получать и распространять информацию и идеи.

Однако как ни широка свобода слова в демократическом обществе, она не безгранична, предполагает ряд ограничений в интересах общества, государства, защиты прав других лиц, налагает обязанности и ответственность, ею нельзя злоупотреблять, как и другими правами. Эти ограничения предусмотрены действующими национальными правовыми системами государств-участников, а в некоторых из них основные ограничения предусмотрены даже на конституционном уровне.

На этом основаны действия публичных властей, когда они по своей инициативе или по обращениям заинтересованных лиц и организаций осуществляют то, что в терминологии Конвенции называется “вмешательством””, т.е. предпринимают меры, призванные предотвратить или осудить использование свободы слова, которое, по их

мнению, подпадает под такие ограничения.

Свою общую исходную позицию не только правового, но и общесоциального звучания, с которой Суд подходит к рассмотрению дел по ст. 10, он выразил в формуле, которая повторена в решении почти по каждому из дел по ст. 10 и развита применительно к их конкретным обстоятельствам: "Свобода выражения мнения, закрепленная в п. 1 ст. 10, составляет одну из фундаментальных опор демократического общества и одно из главных условий его прогресса. При условии соблюдения требований п. 2 ст. 10 она применима не только к "информации" или "идеям", которые встречаются благосклонно или рассматриваются как безобидные либо безразличные, но и в отношении тех, которые задевают, шокируют или беспокоят государство или какую-либо часть населения. Таковы требования плюрализма, толерантности и либерализма, без которых нет "демократического общества"<sup>2</sup>.

В страсбургской судебной практике дела по ст. 10 весьма разнообразны. Их объектами были публикации в прессе, телевизионные передачи, письма и заявления, не прошедшие через средства массовой информации, социологические исследования, реклама, отказы в выдаче лицензии на теле- и радиовещание и др.

Мы рассмотрим некоторые наиболее характерные дела, классифицировав их применительно к тем сферам жизни общества, к которым они имели наиболее прямое отношение.

**Свобода слова в общественно-политическом аспекте.** В этом ракурсе типично дело "Лингенс против Австрии" (1986 г.)<sup>3</sup>. В 1975 г. Социалистическая партия Австрии, которую возглавлял Канцлер Бруно Крайский, чтобы остаться у власти, нуждалась в поддержке либеральной партии, которую возглавлял Ф. Петер. В это время известный исследователь - разоблачитель преступлений нацистского режима С. Визенталь опубликовал серию статей, в которых раскрывалось нацистское прошлое Петера, служившего во время второй мировой войны в СС. Канцлер Крайский выступил в защиту Петера, обвинив его критика в "мафиозных методах".

На этом этапе заявитель опубликовал в венском журнале "Профиль" две статьи. Первая из них была опубликована 14 октября 1975 г. под заголовком "Дело Петера". Она касалась указанных выше событий и, в частности, действий первой пехотной бригады СС; в ней также обращалось внимание на роль г-на Петера в разбирательстве дела, возбужденного в Граце против лиц, воевавших в этой бригаде (и впоследствии прекращенного). В статье делался вывод, что, хотя следует признать действие в отношении г-на Петера презумпции невиновности, его прошлое делает его неприемлемым в качестве австрийского политика. Далее заявитель подверг критике позицию г-на Крайского, которого обвинил в защите г-на Петера и других бывших служащих СС по политическим мотивам. О критике г-на Крайского в адрес г-на Визенталья он писал, что, если бы с этой критикой выступил кто-то другой, ее, вероятно, назвали бы самым низким оппортунизмом», но что в данных обстоятельствах положение сложнее, так как г-н Крайский думал так, как говорил.

Вторая статья, опубликованная 21 октября 1975 г., была озаглавлена: "Примириться с нацистами, но как?"».

В отношении занимавшего в тот момент пост канцлера он добавил: "По правде говоря, поведение г-на Крайского можно характеризовать не с рациональных, а лишь

с иррациональных позиций: оно аморально, недостойно". Более того, оно, по его мнению, было ненужным, поскольку австрийцы могут примириться с прошлым, не заискивая перед бывшими нацистами, не пренебрегая проблемой концлагерей и не очерняя г-на Визенталя, разыгрывая антисемитскую карту<sup>4</sup>.

Фактически Лингенс в этих статьях привлек внимание общественности к проблеме национал-социалистического наследия, назвал позицию Крайского "аморальной"<sup>5</sup> и оценил ее как "низкопробный оппортунизм"<sup>6</sup>.

И, наконец, г-н Лингенс критиковал бестактное отношение г-на Крайского к жертвам нацистов.

За это он был привлечен к ответственности (диффамация, ст. 111 УК Австрии) и после серии судебных разбирательств наказан штрафом в 14 тыс. шиллингов, а номера журнала с его статьями были конфискованы.

Журналист обратился в юрисдикционные органы Совета Европы, утверждая, что решения суда нарушили его право на свободу слова до такой степени, которая несовместима с принципами демократического общества. Правительство же утверждало, что оспариваемое журналистом наказание было необходимо для защиты репутации Б. Крайского.

Как и во всех других делах, рассмотренных Судом по ст. 10, решение по делу Лингенса построено по четырехзвенной схеме, а именно (напомним ее): были ли действия властей основаны на законе, правомерны ли они в свете ограничений, предусмотренных в п. 2 ст. 10, были ли подобные действия в данных конкретных обстоятельствах необходимы в демократическом обществе и, наконец, были ли принятые меры по их тяжести соразмерны действиям заявителя.

Суд достаточно решительно встал на сторону Лингенса.

Суд отмечал, что свобода печати наделяет общество инструментом, позволяющим узнать и составить представление об идеях и позициях политических лидеров. Свобода политической дискуссии составляет стержень концепции демократического общества, которая проходит через всю Конвенцию.

Соответственно, пределы допустимой критики в отношении политиков как таковых шире, чем в отношении частного лица. В отличие от последнего, первые должны проявлять и большую степень терпимости к пристальному вниманию журналистов и всего общества к каждому их слову и действию. Нет сомнения, что п. 2 ст. 10 позволяет защищать репутацию каждого, т. е. распространяется и на политиков, даже когда они выступают не в личном качестве, но в таких случаях противовесом подобной защиты выступает интерес общества к открытой дискуссии по политическим вопросам<sup>7</sup>.

Суд единогласно постановил, что имело место нарушение статьи 105.

Отчетливый политический аспект имело дело "Кастеллс против Испании"<sup>8</sup> (1992г.)<sup>6</sup>. Заявитель-сенатор, избранный в верхнюю палату Парламента от политической организации, выступавшей в поддержку движения басков за независимость, опубликовал статью, в которой обвинил Правительство в поощрении политических группировок, пытавшихся воздействовать на сторонников независимости страны басков методами террора и запугивания. Кастеллс был лишен депутатского иммунитета, а затем по обвинению в оскорблении Правительства (ст. 161 УК Испании) осужден к одному году тюремного заключения. Жалоба заявителя в Конституционный Суд Испании была последним отклонена. Ситуация заявителя

усложнялась тем, что по испанскому закону в случае оскорбления Правительства как такового (а не конкретных должностных лиц) не имеет значения, достоверны или нет факты, послужившие основанием для этого, они не подлежат доказыванию (*exceptio veritatis*), достаточно самого факта оскорбления.

Суд констатировал, что вмешательство властей основано на законе и преследует правомерную цель "защиты репутации других лиц", а равно "предотвращения беспорядков" в сложной политической ситуации.

Однако, перейдя к вопросу, было ли тем не менее вмешательство необходимо в демократическом обществе, каким уже была Испания, Суд в частности указал: "Свобода слова важна для всех, но это особенно справедливо, когда речь идет о выборных представителях народа. Они представляют свой электорат, привлекают внимание к его заботам и отстаивают его интересы. Соответственно, вмешательство в осуществление свободы слова членом Парламента от оппозиции, каковым является заявитель, требует самого пристального внимания со стороны Суда.

Пределы допустимой критики в отношении Правительства шире, чем в отношении рядового гражданина или даже политического деятеля. В демократической системе действия или упущения Правительства должны стать предметом пристального внимания не только законодательных и судебных властей, но также прессы и общественного мнения. Более того, доминирующее положение, которое занимает Правительство, делает необходимым, чтобы оно демонстрировало сдержанность при обращении к уголовному преследованию, в особенности когда имеются другие средства ответа на неоправданные нападки и критику его противников или средств массовой информации"<sup>7</sup>.

**"Неуважение к Суду"**. Статья 10 Конвенции во втором пункте среди оснований, по которым возможно ограничение свободы слова, называет "обеспечение авторитета и беспристрастности правосудия". Это особенность Конвенции по сравнению с другими основополагающими международно-правовыми актами о правах человека. Показательным может служить решение Суда по делу "Шопфер против Швейцарии" (1998 г.).

Если задать вопрос, встречаются ли в армянских средствах массовой информации сюжеты, сходные с фабулой дела Шопфера, то ответ будет более чем утвердительный. В нашей прессе нередко можно прочесть, а на экранах телевизоров увидеть, как адвокат, недовольный ходом рассмотрения дела или в предвидении неудовлетворительного для него исхода, тут же вступает в общение с журналистами и телекамерой, в адрес суда или следствия звучат самые нелестные оценки. Более того, можно увидеть специальные телеинтервью с адвокатом или прочесть его статью в центральной газете, где адвокат, начиная с общих, в принципе недопустимых по содержанию и тональности оценок правосудия, заранее как бы создает представление, что, соответственно, и дела с его участием, находящиеся в производстве, обречены на неправосудный результат.

В деле "Шопфер против Швейцарии" страсбургский Суд рассматривал примерно такую же ситуацию. Заявитель, адвокат в кантоне Люцерн, был защитником некоего М. Е., обвинявшегося в многочисленных кражах и находившегося под стражей. Жена М. Е. сообщила адвокату, что инспекторы, которые вели предварительное следствие, рекомендовали ей сменить защитника мужа. Шопфер созвал пресс-конференцию, на

которой заявил, что префектура, ведущая дело, на протяжении многих лет нарушает законы кантона и права человека и арест М. Е. был грубым нарушением УПК кантона и Европейской конвенции. Это заявление адвоката было широко растиражировано прессой, как и его последующие заявления аналогичного характера. С опровержением заявлений Шопфера выступила прокуратура кантона, а Наблюдательный совет за адвокатской деятельностью напомнил ему об обязательном требовании адвокатской сдержанности, если речь идет о деле, находящемся в производстве. Когда это не остановило Шопфера, против него было возбуждено дисциплинарное преследование, и Совет наложил на него штраф в размере 500 швейцарских франков "за нарушение деонтологии адвокатской профессии". Публично-правовая жалоба адвоката в Федеральный Суд была отклонена. Шопфер обратился в страсбургский Суд.

В своем решении Суд напомнил, что статус адвоката отводит ему особое место в отправлении правосудия и с учетом ключевой роли адвокатов в этой сфере следует ожидать, что они будут способствовать нормальной деятельности правосудия, равно как доверию общества к судебной системе.

Суд далее особо оговорил, что у него нет сомнений в том, что адвокаты наделены правом на свободу слова и вправе публично высказываться о деятельности правосудия, но при этом не должны переходить определенных границ. В этом же деле адвокат предпочел правовому пути решения возникших у него проблем публичную полемику, предметом которой стало дело его клиента, находившееся в производстве, что можно расценить как попытку оказать давление на следствие и как посягательство на независимость судебной власти. Формулировки, использованные адвокатом, по мнению Суда, также выходили за допустимые рамки, тем более что они относились к проходившей в тот момент судебной процедуре. Они были выдержаны в мстительном, агрессивном тоне, лишены сдержанности, порядочности и достоинства, которые должен являть адвокат.

Учитывая все это, а также то, что в отношении заявителя были предприняты лишь меры дисциплинарного характера и наложенный на него штраф незначителен, Суд не усмотрел нарушения ст. 10 Конвенции<sup>8</sup>.

**Свобода слова в морально-этическом аспекте.** Предмет этой категории дел по ст. 10 Конвенции - рассмотрение жалоб на запреты национальных властей распространять или каким-либо иным способом знакомить публику с печатными, художественными, кинематографическими и некоторыми иными произведениями, которые, по мнению этих властей, носят "непристойный", аморальный характер и оскорбляют этические или религиозные взгляды определенных групп населения. Короче говоря, речь идет о конкретных ограничениях свободы выражения мнений, возможность которых предусмотрена в п. 2 ст. 10 — в целях охраны нравственности и прав других лиц.

Впервые с этой проблемой Суд встретился в деле "Хэндисайд против Соединенного Королевства" (1976 г.)<sup>9</sup> Решение по этому делу вошло в число наиболее часто упоминаемых судебных прецедентов. Однако обязано оно этим не фабуле самого дела, а тому, что в этом решении была впервые четко сформулирована исходная позиция Суда, провозгласившая свободу выражения мнения одной из фундаментальных опор демократического общества и одним из главных условий его прогресса. Без обращения к этой формуле не обошлось в дальнейшем ни одно

решение Суда по ст. 10.

Что касается фабулы дела, то речь идет о неприятии английским властями публикации издателем Хэндисайдом в переводе на английский язык "Маленькой красной книги для школьников" двух датских авторов — Хансена и Енсена. В небольшой главе (в 26 страниц) этой книги школьникам разъяснялся ряд понятий, связанных с сексуальными отношениями и давались некоторые советы.

Как признал суд кварталных сессий, в основном книга содержала чисто фактическую информацию, в целом правильную и нередко полезную. Однако в ней имелись также предложения или абзацы, которые молодые люди, находящиеся в критическом периоде своего физического развития, могли воспринять как поощрение деятельности, не соответствующей их возрасту, или даже некоторых уголовных правонарушений. При этих обстоятельствах, несмотря на разнообразие и постоянную эволюцию взглядов на этику и воспитание, имеющие место в Соединенном Королевстве, в то время компетентные английские судьи имели право в рамках своих полномочий решить, что „Учебник» окажет пагубное воздействие на нравственность многих детей и подростков, которые его прочтут.

По утверждению заявителя и меньшинства членов Комиссии, меры, принятые в отношении „Учебника» и его издателя в 1971 г., не были необходимы, поскольку в Соединенном Королевстве проявляется крайняя терпимость к огромному числу изданий, представляющих собой „чистую порнографию» и лишенных интеллектуальных или художественных достоинств. Они открыты для прохожих, особенно молодежи, и, как утверждалось, издаются совершенно безнаказанно: уголовные дела, возбуждаемые против них, чаще всего заканчиваются ничем вследствие проявляемого присяжными большого либерализма. То же, как утверждалось, относится к секс-шопам и к значительной части развлекательных учреждений.

Сравнение разных решений, принятых даже по явно сходным делам, осуществляющими преследование властями и судами, в принципе не является функцией Суда; как и представляющее ответ правительство, Суд должен уважать независимость судов. Более того, неверно, что Суд имеет дело с похожими ситуациями: как указало правительство, материалы дела не доказывают, что издания и развлечения, о которых идет речь, были предназначены и легкодоступны детям и подросткам в той же мере, что и „Учебник» (пункт 52).

Кроме того, заявитель и меньшинство членов Комиссии подчеркивают, что, помимо первого датского издания, переводы "Маленького учебника" вышли и свободно распространялись в большинстве государств-членов Совета Европы.

Свобода усмотрения государств и факультативность „ограничений" и "штрафных санкций", упомянутых в п. 2 статьи 10, также не позволяют Суду принять этот аргумент. Каждое договаривающееся государство формирует свой подход с учетом ситуации на своей территории; они учитывают, в частности, различные взгляды на требования защиты нравственности в демократическом обществе. То, что большинство государств разрешило распространять произведение, не означает, что противоположное решение лондонского суда кварталных сессий нарушает статью 10. Кроме того, в некоторых изданиях, выпущенных за пределами Соединенного Королевства, отсутствуют все или некоторые пассажи, на которые в решении от 29 октября 1971 г. указано как на поразительные примеры тенденции к "растлению и



разращению".

Таким образом, на основе представленных ему данных Суд приходит к выводу, что по обстоятельствам настоящего дела нарушений требований статьи 10 не установлено.

[Суд постановил 13 голосами против одного, что нарушения статьи 10 не было]<sup>10</sup>.

Еще одно заметное решение в рассматриваемой серии было вынесено Судом по делу "Мюллер и другие против Швейцарии" (1988 г.)<sup>11</sup>. В нем впервые было конкретно подтверждено, что живопись должна рассматриваться как одна из форм свободного выражения мнения, по смыслу ст. 10 и соответственно пользуется ее защитой.

В 1981 г. девять лиц, причастных к искусству, организовали в г. Фрибурге выставку современного искусства в рамках празднования 500-летней годовщины вхождения кантона Фрибург в Швейцарскую конфедерацию. Для участия в выставке был приглашен художник Иозеф Мюллер, который прямо на месте в присутствии посетителей выставки сотворил и представил на обозрение три полотна под общим названием "Три ночи, три картины". Изображенное на них было настолько непристойно, что судебным следователем они были сняты с показа и арестованы как подпадающие под действие ст. 204 Уголовного кодекса Швейцарии. В феврале 1982 г. все заявители были приговорены к уплате штрафа в размере 300 швейцарских франков каждый, а конфискованные картины переданы в городской музей. Все жалобы заявителей в вышестоящие судебные инстанции были отклонены.

Соглашаясь с тем, что данный конфликт подпадает под действие ст. 10 Конвенции, на нарушение которой жаловались заявители, Европейский суд в своем решении отметил, что, хотя ст. 10 не говорит о свободе выражения мнения в "художественной форме", она вообще не различает разные формы выражения мнения, и таким образом "художественная форма" включена в общее понятие. Такое толкование подтверждает п. 2 ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, где говорится о праве выражать свое мнение "письменно или посредством печати или художественных форм выражения". Это понятие охватывает не только живопись, как в данном деле, но и все иные используемые в литературе и искусстве формы, включая музыкальные.

Заявители на слушании не отрицали, что спорные картины выражали такую концепцию секса, которая не согласуется с моралью, господствующей в современном обществе, однако в них нужно видеть символический смысл, поскольку речь идет о произведениях искусства. Свобода художественного выражения, по утверждению заявителя, теряет свой смысл, если картины, подобные полотнам Мюллера, не могут быть представлены на выставках современной экспериментальной живописи и недоступны тем, кто ими интересуется.

По мнению Суда, из обстоятельств дела очевидно, что выставка была рассчитана на широкое привлечение публики: вход был свободным. Как ни изменились в последнее время моральные представления о сексе, разбирательство в швейцарских судах подтвердило, что картины были восприняты большинством посетителей как моральное оскорбление. Действия властей Суд квалифицировал как "необходимые в демократическом обществе" и не увидел в них нарушения ст. 10.

Все вышеизложенное показывает, что правоприменительная практика Европейского суда по правам человека есть динамичный процесс, отражающий тот уровень интерпретации Конвенции, к которой должны стремиться государства-члены.

Одновременно участие Республики Армения в Европейской конвенции и деятельности Суда не в последнюю очередь обусловлена тем, что сегодня степень защиты прав и свобод человека в любой стране определяется не только уровнем и эффективностью национальной судебной системы, но также интегрированностью государства в международную систему защиты прав и свобод человека.

1 См. подробнее: Донна Гомьен, Дэвид Харрис, Лео Зваак "Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия". М., 1998, с. 352-353.

2 См.: Туманов В.А. "Европейский Суд по правам человека". М., 2001, с. 182.

3 См.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1, с. 524 и след.

4 См.: Марк Дженикс, Ричард Кей, Энтони Бредли "Европейское право в области прав человека". М., 1997, с.210.

5 См. Lingens, Austria, (08.07.86) Марк Дженикс "Европейское право", с. 209-214.

6 Туманов В.А. "Европейский Суд по правам человека", с. 185.

7 Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1, с. 748-749.

8 См. Туманов В. А., с. 204-205.

9 См. Марк Дженикс..., с. 182-190.

10 Там же, с. 188-189.

11 См. Туманов В.А., с. 211.

1 See: Туманов В.А. "Европейский Суд по правам человека". М., 2001, с. 182.

## SUMMARY

The right of expressing opinion is not only one of the major basis of western democracy, but also a necessary provision to realize many other rights and freedoms declared in the European Convention of Human Rights.

Compilers of Article 10 have guaranteed a wide range of possibilities of defense, providing an open list of basic rights and pointing out that the right to express an opinion comprises "freedom to keep to one's opinion, to receive and deliver information and ideas".....

Nevertheless, wide freedom of speech in a democratic society is not infinite; it supposes a number of limitations in the interest of society, state, in defense of other people's rights, it imposes duties and responsibilities, it can not be abused, just as well as other rights. These limitations are provided by national legal systems in-effect of the member states, and some of these limitations are provided even on constitutional level.

Actions of the public bodies are based on this when, on their own initiative or according to applications of interested individuals or organizations is realized, what in terms of the Convention is called "interference", i.e. they take measures to prevent or convict the use of freedom of speech, which, in their opinion, falls under such limitations.

The Court expresses its general starting position not only of legal, but of social sounding as well, on the basis of which the treatment are the basis of cases according to Article 10, in a formula that is repeated in the decision of almost every case considered according to Article 10, and is developed in conformity with their definite circumstances.

"Freedom of expressing opinion", secured in p.1 Art.10, constitutes one of the fundamental basis of democratic society and one of the main terms of its progress. In case of observing provisions of p.2 Art.10 it may be employed concerning not only the information" or ideas" that are treated favourably or are considered either harmless or indifferent, but also concerning the ones that affect, shock or worry the state or some part of the population. Such are requirements of pluralism, tolerance and liberalism, without which there is no "democratic society"<sup>1</sup>.

In Strasbourg court practice, cases according to Art.10 are quite variable. Press publications, television programs, letters and statements that were denicol by mass media, also sociological surveys, and advertisements, or refusal of a licence for TV and radio broadcasting were the subjects of ligitation.

Law application process in the European Court of Human Rights is a dynamic process reflecting the level of interpretation of the Convention to which member states should seek.

At the same time, participation of the Republic of Armenia in the European Convention and activities of the Court is, to a great extend, conditioned by the fact that the level of protection of human rights and freedoms in any country is defined not only by the level and effectiveness of national judicial system, but also by the rate of integrity of the state into the international system of protection of human rights and freedoms.

## **THE LIMITATIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE HUNGARIAN CONSTITUTIONAL COURT**

**ISTVAN BAGI**

*Judge of the Constitutional Court of Hungary*

### **I. The questions of limitations of the fundamental rights.**

The Constitution of the Republic of Hungary defines first the level of legislation about the fundamental rights, accordingly in the Republic of Hungary regulations pertaining to fundamental rights and duties are determined by law.<sup>1</sup> The Constitutional Court interpreted the relation between the exclusive legislation on statutory level and the possible legislation through a decree, or administrative regulation. The decision in that case declared that the mus of legislation on statutory level is not absolute.<sup>2</sup> "Not every kind of relationship calls for statutory regulation. The determination of the content of a certain fundamental right and the establishment of the essential guarantees thereof may only occur in statutory measures; more over the immediate and significant restriction of a fundamental right calls for statutory measures as well. However, where the relationship with fundamental rights is indirect and remote, administrative regulation is sufficient. If it were otherwise, everything would have to be regulated by statute."<sup>3</sup> The remote, indirect, technical and not limiting rules in an administrative regulation or decree related to the

fundamental rights in itself do not breach the Constitution.<sup>4</sup>

At the same point we have to accept, that regulation outside of the Constitution means logically the limitation of the fundamental rights in some ways.<sup>5</sup> The text of the Constitution in force until summer of 1990 enumerated the grounds of limitations according to international praxis, but it has been changed, that there's a limit for limitation. The limit is that such law may not restrict the basic meaning and contents of fundamental rights.<sup>6</sup>

The Republic of Hungary specified the basic meaning, or the limitation of the basic meaning only exceptionally<sup>7</sup> It is important to speak about the unlimitable fundamental rights, rather about the possibility of their hierarchy on that ground. The jurisprudence of the Constitutional Court classifies the rights in the Constitution in 3 groups: the right to life and human dignity, the group of other fundamental rights and the so-called "constitutional" rights". The right to life and human dignity secured by the sec. 54 (1) of the Constitution has absolute binding power, this two rights applied on each other express the legal status of the human, in this unity they standing on the top of the fundamental rights hierarchy, so they can't be limited conceptually<sup>8</sup> .

## **II. Analysis of the fundamental rights limitations**

Except of the life and human dignity, every fundamental right can be limited, where Constitutional Court applies the following, so called "necessity and proportionality" test. Beyond that there are to governing elements of the dogmatic base: the right to human dignity and the prohibition of discrimination.

The base of the test is given through the state's obligation for institutional protection and projected on this the limit of the limitation, i. e. the inviolability of the fundamental right's basic meaning. We cannot talk about the limitation of the basic meaning, if it's necessary because of the protection or enforcement of another fundamental right, constitutional value and aim, although it has to be balanced with the importance of the aim of the regulation, so it has to be proportional. The legislative power has to choose the softest method to reach this aim. If the applied limitation is unable to reach the goal of the regulation, so can be the violation can be delivered.

The ideas on the necessity and proportionality can be in the taken analysis to be worked out from case to case. In many decisions you can find beside the necessity also the unavoidability of the limitation, moreover the demand for establishing of the guaranties beside the limitation. They are the main rules of the test. Beside them the Constitution contains special criteria to the given fundamental right, they make the general measure concrete and they help to define the basic meaning of the given fundamental right. This measure works as an "absolute limit of limitation and as a special scope.

## **III. Special test by the limitation of property**

In the case of property there is a special character, that the basic meaning and the question of necessity and proportionality, so the sphere and means of constitutional protection of property does not necessarily follow the legal concepts of civil law. The content of the protected constitutional property includes the actual public and private law limitations.

Property is afforded constitutional protection in its capacity as the traditional means of securing an economic basis for the autonomy of individual action; the constitutional

protection must track the changing social role of property so as to fulfill the same task. The constitutional protection of property extends to rights with an economic value which today perform this former role of ownership, including public law entitlements, on the other hand the social burdens of property make constitutionally permissible a far reaching restriction on the autonomy of the property owner.

In protecting the fundamental right of property the demarcation line is no longer between the "restriction" of property and its taking" in the civil law sense, but between cases in which a property owner must accept restrictions by the public authorities without compensation and in which cases he can claim indemnification for the restriction on his property rights. But, just as more and more property restrictions merit protection analogous to that afforded in cases of expropriation, also a growing number of restrictions must be borne without any compensation at all because of the public interest. The idea of public interest changes in that now often serves the benefit of other private person.

Heavy burdening of the property may also qualify for constitutional protection similar to that provided in cases of expropriation. Even in the event of a restriction necessitated by the public interest there may be other constitutionally cognizable consideration -the extent of the burden or the fact that the law only forces one group of property owners to bear the burden - which speak in favor of compensating the owner for his loss or at least mitigating the damage. The central point of the constitutional review has become the adjudication of proportionality between the ends and the means the public interest and the restriction on property.

The constitutional review does not focus upon the formal existence of the public interest; but applies the criterion of necessity -proportionality and it confides its enquiry to the invocation of the public interest is justified and whether the solution adopted for the public interest violates some other constitutional right. In investigating the proportionality of public interest and the restriction on property rights, the Constitutional Court may generally decide upon those criteria, which determine the constitutionality of an intervention. In some cases compensation may be necessary for the proportionality of the restriction on property.

#### **IV. Protection of the so called "constitutional" rights**

In the hierarchy of the rights in the Constitution the constitutional, i. e. the not fundamental rights does not have the strict protection as the original fundamental rights. These rights are connected into the constitutional protection-system through the prohibition of discrimination and the protection of human dignity<sup>9</sup>. The discrimination on these rights is also against the Constitution if it violates the right of human dignity<sup>10</sup>. For that kind of discrimination the Constitutional Court declares the violation of the Constitution, if the discrimination has not got a reasonable ground according objective measuring, so it is arbitrarily<sup>11</sup>.

There is also a measuring method for different constitutional values and state's purposes. The Constitutional Court declares the violation of market economy and the competition, when the intervention is contradicting the constitutional purpose evident and in his conception<sup>12</sup>.

Last but not least for the protection of this kind of rights there is the clause of rule of law state, which main criterion is the legal certainty, which also contains technical measures to, for example the clear and unambiguous form formulation of legal rules<sup>13</sup>. The legal

certainty in itself contains the requirement of the subject matter that arbitrary decisions cannot be brought.

1 First part of the sec. 8 (2) of the Constitution

2 HOLL6. Andras -BALOGH, Zsolt (edit.): Az értelmezett Alkotmány. (The interpreted Constitution) Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest 2000. 156.

3 Decision 64/1991: 17. December 1991, ABH 1991,300.

4 Decision 29/1994.20. May 1994, ABH 1994, 155.

5 SARI, János: Alapjogok. Alkotmánytan II. (Fundamental Rights, Constitutional Law) Osiris Kiadó, Budapest 2001.42.

6 Second part of sec. 8 (2) of the Constitution. Appearance of the idea of the basic meaning does not mean the acceptance of the " Wesensgehalt" idea of the Bundesverfassungsgericht. The Constitutional Court of the Republic of Hungary specified the basic meaning, or the limitation of the basic meaning only exceptionally.

7 Right to life in the decision 23/1990.31. November 1990 ABH 1990,93.; S6L YOM 397-401.

8 S6L YOM 137.; Decision 23/1990. ABH 1990, 93.

9 HOLL6 -BALOGH 144.

10 Decision 61/1992.22. November 1992, ABH 1992,282

11 Decision 35/1994.27. June 1994, ABH 1994,202-203.

12 Decision 21/1994. 16. April 1994, ABH 1994, 119-120.

13 Decision 11/1992. 5. March 1992, ABH 1992, 80.

## РЕЗЮМЕ

В докладе представлены закрепленные Конституцией Венгрии основы и основные критерии ограничения прав. Конституционный Суд Венгрии в своей правовой практике, с точки зрения применения отдельных ограничений, классифицирует гарантированные Конституцией права на 3 группы: 1) право на жизнь и на человеческое достоинство; 2) другие основные права; 3) "более ограничиваемые" конституционные права. Последние не пользуются той жесткой защитой, какой пользуются основные права. За исключением таких прав, как право на жизнь и на человеческое достоинство, все права могут быть ограничены. При оценке любого ограничения, Конституционный Суд применяет принцип "необходимости и пропорциональности".

В ряде постановлений Конституционный Суд при оценке ограничения, кроме критериев необходимости и пропорциональности, применяет также критерий неизбежности ограничения.

В докладе отдельно представлены критерии оценки ограничения права на собственность. Конституционный Суд Венгрии, оценивая ограничение права на собственность, решает, оправдывается ли данное ограничение общественными

интересами и не нарушает ли решение, выбранное для защиты общественных интересов, другие конституционные права.

**ARTICLE 10 OF THE EUROPEAN  
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND  
LIMITATIONS OF FREEDOM OF EXPRESSION**

**LEKH GARLEZKI**

*Judge of the European Court of Human Rights*

I. Article 10 of the European Convention on Human Rights provides:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article (art. 10) shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

II. Within last thirty plus years, the Court has developed a rich case law concerning freedom of expression and its limitations. The general principles of this case law were, in particular, formulated in two cases coming from the U. K.: the Handyside Case (December 7, 1976 - restriction of dissemination of an allegedly obscene textbook for children) and in the Sunday Times v. the U. K. (April 26, 1979 - restriction of publications on thalidomide-deformed children), and later elaborated in numerous other judgements of the Court. Generally speaking, the freedom of expression (together with similar freedoms guaranteed in Articles 8, 9 and 11 of the Convention) enjoys a central part in the system of protection of human rights. As the Court observed in the Handyside judgement (§ 49), and repeated in many subsequent judgements:

" Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it 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 are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"". This means, amongst other things, that every "formality"", "condition"", "restriction"" or "penalty"" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued."

In the *Janowski v. Poland* judgement (January 21, 1999; § 30), the Court repeated three fundamental principles which:

“emerge” from its judgments relating to Article 10:

(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2, it 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. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly (see the following judgments: *Handyside v. the United Kingdom*, 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49; *Lingens v. Austria*, 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 41; and *Jersild v. Denmark*, 23 September 1994, Series A no. 298, p. 23, § 31).

(ii) The adjective “necessary”, within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a “pressing” social need”. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a “restrictio” reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (see the above-mentioned *Lingens* judgment, p. 25, § 39).

(iii) In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must look at the impugned interference in the light of the case as a whole, including the content of the remarks held against the applicant and the context in which he made them. In particular, it must determine whether the interference in issue was “proportionate to” the legitimate aims pursued” and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient” (see the above-mentioned *Lingens* judgment, pp. 25-26, § 40, and the *Barfod v. Denmark* judgment of 22 February 1989, Series A no. 149, p. 12, § 28). In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts (see the above-mentioned *Jersild* judgment, p. 24, § 31).

Therefore, limitations of the freedom of expression, while allowed by Article 10 para. 2, must be subjected to a narrow interpretation and the State's margin of appreciation remains more limited than in respect to certain other rights and freedoms guaranteed under the Convention.

III. In deciding the freedom of expression cases, the Court adopted a “five stages approach” (see, in particular: *Harris-O'Boyle-Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, p. 301), always analyzing successively:

- 1) whether there is a right protected under Article 10;
- 2) whether there has been an interference with such right;
- 3) whether such interference has been “prescribed by law”;
- 4) whether the interference has served one of the “legitimate aims”;
- 5) whether the interference has been “necessary in a democratic society” (i. e. whether the respondent State invokes, and gives evidence for, relevant and sufficient reasons for the interference and those reasons are proportionate to the



limitation of the applicant's enjoyment of his right, in which connection the margin of appreciation is most important).

Ad. 1 - the identification of the "right": unlike the U. S. Supreme Court, the ECHR does not adopt "the categorization approach", i.e. it does not begin its analyze with distinguishing of different categories of speech (expression) and different levels of their protection. The ECHR rather prefers to distinguish different categories of expression within the last stage of its analyze, i. e. when assessing the proportionality of interference. Nevertheless, in exceptional situations, applicant's complaints based on Article 10 may be rejected if his/her exercise of the freedom of expression represented abuse of this right (Article 17 of the Convention).

In the recent decision *Garaudy v. France* (65831/01; June 24, 2003) the Court applied this approach to the so-called "Holocaust denial speech":

"1 i. En ce qui concerne tout d'abord les condamnations du requérant pour contestation de crimes contre l'humanité, la Cour se réfère en effet à l'article 17 de la Convention, lequel, pour autant qu'il vise (...) des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention ; (...) ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés ci-dessus visés ; (...) » (*Lawless c. Irlande*, arrêt du 1er juillet 1961, série A no 3, § 7, p. 45 ).

L'ouvrage qui est à l'origine des condamnations du requérant analyse de façon détaillée plusieurs événements historiques relatifs à la deuxième guerre mondiale, tels que les persécutions des Juifs par le régime nazi, l'Holocauste, le procès de Nuremberg.

S'appuyant sur de nombreuses citations et références, le requérant remet en cause la réalité, l'ampleur, et la gravité de ces faits historiques qui ne font pourtant pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis. Il apparaît, comme l'ont montré les juridictions nationales à l'issue d'une étude méthodique et de constats approfondis, que loin de se limiter à une critique politique ou idéologique du sionisme et des agissements de l'Etat d'Israël, ou même de procéder à un exposé objectif des thèses négationnistes et de réclamer seulement, comme il le prétend, un débat public et scientifique » sur l'événement historique des chambres à gaz, le requérant a fait siennes ces thèses et procède en fait à une remise en cause systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive.

Or, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.

La Cour considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telle que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix. Elle considère que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention.

En conséquence, la Cour estime qu'en vertu des dispositions de l'article 17 de la Convention, le requérant ne peut pas se prévaloir des dispositions de l'article 10 de la Convention en ce qui concerne les éléments relevant de la contestation de crimes contre l'humanité.

Partant, cette partie du grief est incompatible ratione materiae avec les dispositions de la Convention au sens de l'article 35 §3 et doit être rejetée en application de l'article 35 §4". Ad 2) - the identification of the interference. It depends on the entirety of the facts of the case and must be considered upon the individual characteristic of the applicant.

While in the stages 1) and 2) it lies, principally, with the applicant to demonstrate that the State has interfered with one of his/her rights protected under Article 10, the burden of proof shifts for the three subsequent stages. Thus, it is for the respondent government to show that the interference was "prescribed by law", served one of the "legitimate aims" and was "necessary in a democratic society".

Ad 3) - "prescribed" by law". This requirement breaks into three separate components: a) there must be a specific legal rule providing for limitation of freedom of expression and, therefore, justifying the State's interference with this freedom in the applicant's case; b) the legal rule must be "accessible", i. e. the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case." (Sunday Times v. the U. K., 1979, § 49); c) the legal rule must be "precise", i. e. "a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice." (Sunday Times v. the U. K., 1979, § 49).

Ad 4) - "legitimate aim". The interference must be justified as serving to protect one of the aims enumerated in Article 10 para. 2. Since the Convention uses rather general language in defining public interest capable to justify limitations of the freedom of expression, it is usually possible for the respondent government to demonstrate that there was a link between interference and one of the "legitimate aims". Thus, it is quite rarely that the Court finds a violation on this stage of its analyze.

Ad 5) - "necessary in a democratic society". This is, probably, most important criterion in the Strasbourg case law and it is this stage of analyze, where most of the violations have been found. The Court has, in several judgements, emphasized that freedom of expression remains closely linked to the very nature of "a democratic society". Thus, particular

importance (and particular protection) of certain categories of expression, first of all, of the political speech. At the same time, since democratic society is built upon peace and tolerance, the State may enjoy more freedom of action to limit expression which promotes values which are incompatible with the very system of rights and freedoms protected under the Convention, in particular the expression which can be reasonably regarded as advocating or inciting the use of violence.

The necessity of interference must be measured upon the "pressing social need" criterion.

As the Court observed in the *Janowski v. Poland* judgement:

"The adjective" necessary", within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (see the above-mentioned *Lingens* judgment, p. 25, § 39).

The evaluation of the "pressing social need" requires balancing of the importance of the expression interest and the importance of the public interest involved. Thus, the Court applies proportionality approach, distinguishing among different types of expression (political expression, artistic expression, commercial expression), different manners of communication (press, electronic media) and, on the other side, different types of the public interest involved. Two examples from the recent case law may be given here.

In the *Skalka v. Poland* (May 27, 2003) judgement, the applicant, who had been serving a prison sentence, was refused preliminary release. To express his dissatisfaction, he wrote a letter to the President of the Regional Court, in which he described the penitentiary judges as "irresponsible clowns", "outstanding cretins" etc. In consequence, he was convicted of insulting a State authority and sentenced to eight months' imprisonment. The Court found that while the protection of the authority of the system of justice justified the conviction as such, nevertheless:

"the severity of the punishment applied in this case exceeded the seriousness of the offence. It was not an open and overall attack on the authority of the judiciary, but an internal exchange of letters of which nobody of the public took notice. Furthermore, the gravity of the offence was not such as to justify the punishment inflicted on the applicant.

Moreover, it was for the first time that the applicant overstepped the bounds of the permissible criticism. Therefore, while a lesser punishment could well have been justified, the courts went beyond what constituted a "necessary" exception to the freedom of expression." (42).

In the *Alinak v. Turkey* decision (September 2, 2003), the Court found inadmissible the application of a member of parliament who was prevented from finishing a speech before the Assembly by the violent reaction of another Member. While the Court reaffirmed that, in principle, Article 10 applies to MPs speaking from the floor of parliament (and noticed that Mr. Alinak's speech was related to highly sensitive and politically important matters), it also observed that the applicant has himself contributed to the disruption of the meeting by having exceeded his speaking time and failing to follow eight request by the speaker to bring his speech to a close.

## РЕЗЮМЕ

В своем докладе автор, рассматривая 10-ую статью Европейской конвенции по правам человека, отмечает, что в течение тридцати с лишним лет Европейский суд создал богатое прецедентное право относительно свободы выражения и его ограничений. В частности, общие принципы этого прецедентного права были сформулированы в решениях по делам Handyside и Sunday Times против Соединенного Королевства.

Свобода выражения (вместе с подобными правами, гарантированными в статьях 8, 9 и 11 Конвенции), по мнению автора, занимает центральное место в системе защиты прав человека.

Рассматривая дела по свободе выражения, Суд принял за основу пять следующих подходов:

- а) попадает ли это право под защиту статьи 10;
- б) было ли вмешательство в это право;
- в) было ли такое право предписано законом";
- г) послужило ли это вмешательство одной из законных целей";
- д) действительно ли это вмешательство было необходимо для демократического общества.

Анализируя эти подходы, автор выделяет пятый подход, отмечая, что это один из самых важных критериев в страсбургском прецедентном праве и вследствие его изучения обнаруживается наибольшее количество нарушений.

## **CADRE CONSTITUTIONNEL DU CONTROLE JUDICIAIRE SUR LES ACTES ADMINISTRATIFS**

*Intervention de Monsieur*  
**DIMITAR GOTCHEV**  
*Juge à la Cour constitutionnelle  
de la République de Bulgarie*

L'une des grandes acquisitions de la Constitution de 1991 en matière d'édification de l'Etat démocratique de droit consiste dans le rétablissement du contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs en tant que règle générale.

Le rétablissement du contrôle juridictionnel, supprimé en 1948, est lié à deux principes fondamentaux, adoptés par la Constitution en vigueur:

Le premier est le principe de l'Etat de droit ,gouverné conformément à la Constitution et aux lois du pays» (art. 4 de la Constitution). Ce principe affirme la primauté de la loi et le lien entre la gouvernance du pays et les lois et l'ordre de droit. L'objectif en est de garantir la légalité de l'administration, c'est-à-

dire de ses actes et agissements juridiques.

Le second principe constitutionnel, lié à l'institut du contrôle juridictionnel de la légalité de l'administration, porte sur le droit de défense dont jouit chaque citoyen (art. 56 de la Constitution). Le droit de défense consiste avant tout dans les possibilités, offertes au citoyen par la Constitution, pour se défendre, lorsque ses droits ou ses intérêts légitimes sont violés ou menacés».

La mise en pratique de ces deux principes est possible grâce à la règle de l'art. 120, al. 1 concernant le contrôle que les juridictions exercent en matière de légalité des actes et des agissements des organes administratifs, ainsi que grâce à la disposition du deuxième alinéa accordant aux citoyens et aux personnes morales le droit, d'intenter un recours contre tous les actes administratifs qui les concernent sauf ceux expressément visés par la loi.

Comme le cadre constitutionnel du contrôle de la légalité de l'administration a fait à plusieurs reprises l'objet d'interprétations et d'application de la part de la Cour constitutionnelle, celle-ci a défini dans ses décisions respectives les paramètres des divers aspects de ce contrôle.

La Cour constitutionnelle a indiqué le lien entre l'institut du contrôle juridictionnel sur les actes administratifs et les deux principes constitutionnels mentionnés ci-dessus.

Dans sa décision No 13 du 22 juillet 1993 la Cour signale que le contrôle juridictionnel sur les actes administratifs est un élément constitutif de l'Etat de droit et que, le pouvoir qui lui est conféré conformément à l'art. 120, al. 1 découle de la disposition de l'art 4, al. 1 de la Constitution.

Dans sa décision No 3 du 17 mai 1994 la Cour souligne que l'une des formes de la défense des droits et des intérêts légitimes conformément à l'art. 56 de la Constitution est notamment le droit d'intenter un recours contre des actes administratifs devant une juridiction.

La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer aussi sur divers aspects du champ d'application de l'art. 120.

Le droit d'intenter un recours à l'encontre des actes administratifs peut être exercé par les citoyens et les personnes morales lorsque ces actes les concernent.

Dans sa décision No 21 du 26 octobre 1995 la Cour constitutionnelle précise la question de la légitimation active en soulignant que la disposition de l'art. 120, al. 2 régit le droit de défense des citoyens et des personnes morales contre des actes administratifs qui les concernent. La Cour signale que, «être concerné» est un élément obligatoire du droit de défense et une condition requise pour intenter un recours. La Cour, se référant à l'art. 56 de la Constitution, considère que l'élément «être concerné» est présent lorsque, les droits ou les intérêts légitimes sont violés ou menacés. Il s'agit en pratique de la violation d'une norme juridique de rang supérieur de la part d'un acte administratif.

Dans sa décision No 13 du 22 juillet 1993, la Cour indique que ce droit découle directement de la Constitution et pour cette raison les citoyens et les personnes morales ont le droit d'intenter un recours, même si la loi concrète ne le prévoit pas, sous réserve qu'elle ne l'exclut pas expressément aux termes d'une disposition.

Cette conclusion importante de la Cour constitutionnelle est fondée sur le principe de l'effet direct de la Constitution, énoncé dans l'art. 5, al. 2 de celle-ci.

Dans nombre de ses décisions la Cour constitutionnelle a examiné la catégorie d'actes administratifs susceptible d'un recours devant les juridictions.

A titre d'exemple citons la Décision No 21 rendue par la Cour constitutionnelle le 26 octobre 1995. Dans cette décision la Cour considère que la disposition de l'art. 120, al.2 de la Constitution énonce le principe de la clause générale. Peuvent faire l'objet d'un recours, «tous les actes administratifs» indépendamment de leur nature ou qualification théorique sous réserve des exceptions prévues par la loi (art.120, al.2 in fine). La Cour estime que, «la qualification au niveau législatif ou doctrinal d'un acte administratif en tant que normatif ou individuel, général, intérieur ou extérieur ne peut servir de critère constitutionnel et ne

le place pas hors le contrôle juridictionnel.

Dans cette décision la Cour constitutionnelle exprime aussi l'avis que même les actes intérieurs visant à régir les rapports de subordination des organes et des services au sein d'une administration peuvent faire l'objet d'un recours dès que l'élément constitutionnel du recours est présent, c'est-à-dire dès que ces actes violent ou menacent les droits et les intérêts légitimes des citoyens et ne sont pas expressément exclus du champ du recours juridictionnel par la loi.

Dans l'affaire constitutionnelle du No 13 de 2001 par exemple la Cour se prononce sur la question de savoir si les actes émanant de la commission centrale électorale sont susceptibles de recours. Par sa décision No 17 du 2 octobre 2001 la Cour statue que les actes en question n'échappent pas au contrôle juridictionnel.

Par sa décision No 2 du 28 mars 2002 la Cour constitutionnelle statue que les propositions que le Conseil des ministres soumet au Président de la République concernant la nomination et la révocation des dirigeants des représentations diplomatiques et des représentants permanents de la République de Bulgarie à l'étranger (art.98, p.6 de la Constitution) ne sont pas soumises au contrôle juridictionnel et ne peuvent faire l'objet de recours. Telle est la décision de la Cour aussi en ce qui concerne les propositions de nomination et de destitution de leurs fonctions des membres du haut commandement des forces armées de même que les propositions que le Conseil suprême de la magistrature soumet au Président de la République pour la nomination et la destitution de leurs fonctions des présidents de la Cour suprême de cassation, de la Cour suprême administrative et du Procureur général (art. 129, al. 2 de la Constitution).

Dans le cas de ces hypothèses constitutionnelles la Cour prend en considération le fait que le Conseil des ministres et le Conseil suprême de la magistrature rendent ces décisions pour soumettre des propositions au Président de la République. C'est pourquoi les propositions en question sont en effet des actes préparatoires et font partie du processus de faits, alors que l'acte administratif proprement dit n'est autre que le décret émanant du Président de la République.

Les propositions visant à la délivrance d'un acte administratif, bien que faites par un organe administratif, ne produisent pas d'elles-mêmes les effets de droit que produit l'acte de nomination. La manifestation de la volonté unilatérale d'une autorité, même si c'est la volonté d'un organe public et qu'elle ne dépasse pas le cadre de ses compétences, ne constitue pas un acte administratif s'il n'en découle pas d'effets de droit, c'est-à-dire la nomination respective.

Pour cette raison la Cour considère ces propositions comme des actes préparatoires qui font partie de la procédure, mais ne sont pas susceptible de recours juridictionnel.

Un intérêt suscite la précision apportée par la Cour constitutionnelle au sujet des actes administratifs susceptibles d'être exclus du champ du recours juridictionnel par la loi.

Par sa décision No 8 du 1 avril 1999 la Cour admet que le pouvoir du législateur d'exclure à titre d'exception certains actes administratifs du champ du contrôle juridictionnel est exercé seulement par rapport aux actes expressément visés par la loi, c'est-à-dire par rapport à ceux qui sont concrètement désignés. Le législateur ne peut pas exclure de ce contrôle tous les actes administratifs émanant d'un organe, moins encore ceux émanant d'un groupe d'organes administratifs qui sont autorités à établir des actes de nature et d'effets juridiques différents.

La pratique la plus riche de la Cour constitutionnelle en matière d'interprétation et d'application du cadre constitutionnel du contrôle de la légalité des actes administratifs est concentrée sur la disposition de l'art. 120, al.2 in fine.

L'adoption par la Constitution en vigueur du principe de la «clause générale» connaît cependant une exception essentielle – celle d'exclure certains actes administratifs de la catégorie de ceux susceptibles de faire l'objet de recours juridictionnel.

Or, cette situation pourrait bien compromettre le principe si l'exception devenait une règle.

Voilà pourquoi l'exclusion de certains actes administratifs du champ du contrôle juridictionnel fait souvent l'objet des litiges portés devant la Cour constitutionnelle.

Le premier problème auquel la Cour a fait face est celui de savoir dans quelle mesure elle était en état d'apprécier l'exclusion de certains actes administratifs du champ du contrôle juridictionnel du point de vue de la constitutionnalité parce que la Constitution elle-même ne renferme aucun critère en ce sens.

En dépit de l'absence de tels critères, la Cour constitutionnelle, dès qu'elle s'est heurté à ce problème, a admis que le droit du législateur d'exclure certains actes administratifs du champ du contrôle juridictionnel s'exercerait par rapport aux ,actes qui, vu leur contenu et objet particuliers, seront exclus aux termes d'une loi» (Décision No 13 du 22 juillet 1993). Autrement dit, la position de la Cour est que l'exclusion de certains actes administratifs du champ du contrôle juridictionnel sera admissible par rapport à des actes qui sont liés à un intérêt particulier au niveau de l'Etat ou de la société.

Il faut dire cependant, que la Cour n'a pas exprimé son opinion pour ce qui est de savoir dans quelle mesure elle peut apprécier la constitutionnalité de la disposition de la loi qui place un tel acte administratif hors le champ du contrôle juridictionnel.

Plus tard dans sa décision No 3 du 17 mai 1994 la Cour constitutionnelle note que ,dans l'exercice de ses droits et de ses libertés l'individu est soumis seulement aux limitations qui sont établies par la loi exclusivement dans l'objectif de garantir la reconnaissance et le respect des autres et pour satisfaire aux exigences du moral, de l'ordre public et du bien-être de la société».

En exprimant cette position la Cour apporte du concret au contenu des raisons d'admissibilité de la limitation, mais comme dans la décision précédemment citée, elle n'exprime pas sa position pour ce qui est de savoir dans quelle mesure elle peut apprécier la constitutionnalité de la limitation par la loi du recours juridictionnel.

Par sa décision No 7 du 19 juin 1995 la Cour constitutionnelle admet qu'elle peut apprécier la constitutionnalité d'une limitation du droit d'intenter un recours contre un acte administratif et définit même le critère constitutionnel de la limitation admissible.

A la suite de cette décision, la Cour adopte la pratique d'apprécier la constitutionnalité des normes d'une loi qui prévoient des restrictions du droit de recours juridictionnel (Décision No 12 du 20 juillet 1995, Décision No 5 du 18 février 1997, Décision No 11 du 30 avril 1998 et autres). Dans toutes ces décisions la Cour s'appuie sur la conception que le droit conféré au législateur par l'art. 120, al. 2 in fine n'est pas constitutionnellement illimité et qu'elle peut apprécier la constitutionnalité de l'exclusion du champ du contrôle juridictionnel et que pour ce faire, elle peut confronter des valeurs et des droits garantis par la Constitution et susceptibles d'être protégés par l'exercice du droit de défense avec les valeurs que le législateur envisageait de protéger par l'exclusion du champ du contrôle juridictionnel de l'acte administratif respectif.

Or, dans un cas isolé cette conception n'est pas respectée: il s'agit de la Décision No 18 du 14 novembre 1997. La considération exprimée par la Cour est ,qu'en tenant compte de la disposition de l'art.120, al. 2 in fine, rédigée comme elle l'est, la Cour ne peut pas se livrer à une interprétation lui permettant d'établir des exceptions à l'exception. Seul l'organe législatif peut par la loi exclure certains actes administratifs du champ du contrôle juridictionnel».

Dans sa pratique relativement riche en matière de définition des paramètres de la limitation constitutionnellement admissible du droit de recours contre les actes administratifs, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur la question du titulaire de ce pouvoir. Seul l'organe législatif, à savoir l'Assemblée nationale, peut exercer ce pouvoir. Dans sa décision No 12 du 20 juin 1995 la Cour, se référant au principe de la séparation des pouvoirs (art. 8 de la Constitution) et à celui stipulant que le pouvoir législatif n'appartient qu'à l'Assemblée nationale, exprime sa considération que seule l'Assemblée nationale peut établir ,par la loi» l'exception prévue par l'art. 120, al. 2 de la

Constitution. Le Conseil des ministres n'a pas ce pouvoir et une telle restriction ne peut donc être établie aux termes d'aucun acte réglementaire.

En définissant les paramètres constitutionnellement admissibles de la limitation par la loi du droit de recours contre les actes administratifs, la Cour constitutionnelle s'appuyait sur la conception que l'exclusion d'un acte administratif du champ du recours juridictionnel portait atteinte au droit de défense conformément à l'art. 56 de la Constitution.

Il faut savoir que la Cour apprécie la constitutionnalité d'une telle exclusion se basant sur la conception que par la limitation respectueuse elle protège des valeurs qui doivent avoir la priorité par rapport au droit de défense.

Par exemple dans certains cas la Cour admettait que la sécurité nationale était une valeur, qui à un moment précis, était plus haut placée du point de vue de l'intérêt général de l'Etat, de l'intérêt du système démocratique constitutionnel et que pour maintenir la balance elle lui donnait la priorité par rapport au droit de défense; dans d'autres, par contre elle donnait la priorité au droit de défense en tant que droit constitutionnel fondamental.

A ce titre citons la Décision No 5 du 18 avril 2003 concernant une décision des organes chargés de la privatisation et visant à exclure du contrôle juridictionnel des entreprises strictement déterminées, susceptibles de privatisation. En dépit du fait que pour cette exclusion le législateur se réfère expressément aux raisons de protection de la sécurité nationale, la Cour statue que l'exclusion en question est contraire à la Constitution. Dans sa décision la Cour note que ,lorsqu'un droit garanti par la Constitution est limité, afin de protéger un autre droit, garanti lui aussi par la Constitution, la limitation doit correspondre à la défense qu'on souhaite obtenir». Dans ce cas la Cour considère que pour maintenir la balance entre les deux droits protégés, il faut donner la priorité au droit de défense conformément à l'art. 56 de la Constitution. Dans cette décision la Cour émet des doutes quant à l'appréciation de la part du législateur du danger que ces cas concrets comportent pour la sécurité nationale.

Dans ce cas la Cour constitutionnelle n'a pas pour autant répondu à deux questions, à savoir : qui est l'organe compétent susceptible de définir le besoin de protection de la défense nationale et le recours devant une juridiction pourrait-il menacer la sécurité nationale?

Dans une autre décision concernant la constitutionnalité de la limitation du recours contre un acte administratif, imposée pour raisons de protection de la sécurité nationale, les juges ont été partagés et les motifs exprimés dans deux positions opposées. Dans la première les juges invoquaient les raisons de protection de la sécurité nationale qu'ils ne mettaient pas en doute et exprimaient l'avis que la balance était bien maintenue par le législateur en faveur notamment de ces raisons. Dans la deuxième position la thèse fut avancée que l'appréciation de la protection de la sécurité nationale était liée à l'appréciation de l'opportunité législative dans les cas différents. Il est donc indispensable de répondre à la question suivante: dans quelle mesure certaines limitations du droit de défense correspondent-elles au besoin de la protection de la sécurité nationale?

Dans sa décision No 3 du 25 septembre 2002 la Cour statue que l'exclusion du champ du contrôle juridictionnel du refus d'accorder une autorisation d'accès à l'information classifiée, de la suspension ou du retrait d'une telle autorisation conformément à la Loi sur la protection de l'information classifiée est contraire à la Constitution. Dans ce cas la Cour statue que la protection de la sécurité nationale est une valeur constitutionnellement reconnue qui doit avoir la priorité. Elle signale aussi que le ,droit d'accès» à l'information classifiée n'est pas un droit constitutionnellement garanti qui soit protégé par le droit accessoire de défense par voie de recours juridictionnel.

Des exemples cités ci-dessus nous pouvons tirer la conclusion soit qu'il est nécessaire d'apporter plus de clarté à la définition des critères de la limitation du droit de recours pour raisons de protection de la sécurité nationale, soit que la Cour constitutionnelle s'oriente vers la reconnaissance du droit



d'appréciation du législateur dans ce domaine.

Un autre critère que la Cour établit par rapport à la limitation admissible du droit de recours contre les actes administratifs est celui des «droits et des libertés d'autrui». La question, de voir le législateur jouir d'une telle possibilité constitutionnelle, fut soulevée par la Cour pour la première fois dans sa Décision No 3 du 17 mai 1994. Dans cette décision elle interprète l'art. 56 de la Constitution se référant à la disposition de l'art. 57, al. 2 qui exclut l'abus des droits lorsque cet abus porte atteinte aux droits et aux intérêts légitimes des autres. Comme la Cour n'envisage pas de droits concrets, elle ne peut faire une confrontation avec la défense prévue par l'art. 56 de la Constitution.

Dans sa décision No 4 du 1 avril 1999 la Cour constitutionnelle déclare inconstitutionnelle la limitation du recours contre le refus d'accorder des licences pour l'exercice d'activités d'assurances conformément à l'art. 34, al. 1 de la Loi sur l'assurance, parce que cette limitation protège des droits et des intérêts des personnes assurées. Par sa nature l'activité en matière d'assurance offre la possibilité d'accumuler des sommes énormes pouvant faire l'objet d'abus sous forme de faillite frauduleuse. Pour cette raison la Cour statue que l'exclusion du champ du recours des refus de licences de la part du législateur protège les intérêts d'un groupe illimité de personnes.

La Cour expose des considérations analogiques dans sa Décision No 11 du 1 juillet 2003 en déclarant conforme à la Constitution l'exclusion du champ du contrôle juridictionnel du refus d'accorder des licences en matière d'assurance et d'assurance maladie, des licences relatives aux sociétés d'investissement ou autres actes visés expressément dans l'art. 13, al. 3 de la Loi sur la commission de surveillance financière. Le point commun de toutes ces licences est qu'elles se rapportent à des activités permettant d'accumuler des sommes d'argent énormes appartenant en réalité aux personnes assurées. La protection des intérêts d'un nombre illimité de personnes exige que les actes émanant de l'organe compétent respectif ne puissent faire l'objet d'un recours.

Dans nombre de ses décisions la Cour constitutionnelle traite la règle de l'art. 120, al. 2 in fine du point de vue de la définition des limites de la restriction admissible du recours contre les actes administratifs.

Dans toutes ces décisions la Cour procède à une confrontation du droit du législateur d'exclure du champ du recours juridictionnel certains actes administratifs avec les principes constitutionnels fondamentaux ou avec les droits constitutionnels fondamentaux y compris avec le droit de défense conformément à l'art. 56 de la Constitution.

Dans ce sens s'inscrit la Décision No 22 du 24 septembre 1998 par laquelle la Cour constitutionnelle déclare conforme à la Constitution l'art. 13, al. 5 de la Loi sur la protection de la concurrence en vertu duquel les actes de la Commission sur la protection de la concurrence sont placés hors le contrôle juridictionnel. Dans ce cas la Cour considère que l'exception conformément à l'art. 120, al. 2 du principe de la clause générale, lorsqu'elle est admise «par la loi», se situe dans le cadre de l'ordre de droit et n'est pas pour cette raison contraire aux principes constitutionnels.

Dans nombre de décisions la Cour s'est prononcée aussi sur l'inadmissibilité, du point de vue constitutionnel, de la limitation du droit de défense en intentant un recours contre un acte administratif, lorsque notamment cette défense concerne un droit constitutionnel fondamental.

A ce titre on peut citer la Décision No 11 du 30 avril 1998 par laquelle la Cour déclare contraire à la Constitution l'art. 360, al. 2, p. 2 du Code du travail qui exclut la possibilité de porter devant le tribunal des litiges relatifs à la destitution de leurs fonctions de certains fonctionnaires exerçant des fonctions au conseil des ministres, dans des ministères, agences et autres administrations centrales. La Cour souligne que cette exclusion porte atteinte à des droits constitutionnels fondamentaux et pour cette raison est inadmissible. Elle note que le droit de travail est un droit dont jouissent aussi les fonctionnaires et agents de l'Etat et sa protection ne peut être limitée par la loi.

Dans sa décision No 5 du 18 février 1997 la Cour statue que l'exclusion du champ du contrôle de la

légalité des actes infligeant les sanctions ,remarque», ,préavis de licenciement», , retrogradation » en vertu du Décret No 9 relatif au travail du personnel dirigeant et subalterne dans le transport ferroviaire, n'est pas contraire à la Constitution, parce que la limitation du droit de travail et sa protection respective sont fondées sur les raisons du maintien de la discipline.

Tout ce qui précède nous mène à la conclusion que la réglementation constitutionnelle du contrôle de la légalité des actes administratifs conformément à l'art. 120, al. 1 et 2 adopte le principe de la ,clause générale» tout en laissant au législateur la liberté d'admettre des exceptions à la règle générale du contrôle juridictionnel des actes administratifs.

L'absence de critères de la limitation admissible dans le texte constitutionnelle signifie que l'appréciation d'admettre ou non de telles exceptions appartient au législateur. Est-ce que cela signifie cependant que l'Assemblée nationale peut établir sans limites de telles restrictions?

Ceci dit, compte tenu du principe de l'Etat de droit énoncé dans l'art.4 de la Constitution et de la primauté de la loi fondamentale qu'il proclame, il faut déduire que le législateur ne peut pas apprécier la restriction conformément à l'art. 120, al. 2 in fine arbitrairement sans tenir compte des autres normes constitutionnelles.

Telle est la conception sur laquelle repose la pratique de la Cour constitutionnelle laquelle a essayé de définir les limites constitutionnelles de la restriction admissible du contrôle de la légalité des actes administratifs.

Le présent exposé sur la pratique de la Cour constitutionnelle montre que cette pratique n'est pas univoque. Cela s'explique par le fait que dans certains cas la Cour acceptait l'appréciation du législateur relative à la balance équitable des valeurs constitutionnelles, alors que dans d'autres, elle procédait à la correction de cette balance.

## РЕЗЮМЕ

Одним из достижений Конституции 1991 года в области построения демократического государства явилось восстановление юридического контроля за законностью административных актов.

В своем решении № 13 от 22 июля 1993 года Конституционный Суд отмечает, что юридический контроль за законностью административных актов является составляющим элементом правового государства и что вмененные ему полномочия согласно пункту 1 статьи 120 вытекают из положения пункта 1 статьи 4 Конституции. Конституционный Суд неоднократно высказывался по случаю различных аспектов сферы применения статьи 120. В первую очередь, речь идет о праве граждан и физических лиц на защиту от административных актов, в том случае, когда они их касаются.

Далее автор останавливается на административных актах, могущих быть исключенными из поля юридического контроля за законностью административных актов и часто являющимися предметом споров, вынесенных на рассмотрение Конституционного Суда и необходимости выработки критериев конституционности их исключения. Конституционный Суд, определяя конституционно допустимые параметры ограничения законом права на обращение против административных актов, опирался на концепцию, что исключение административных актов из сферы

юридического контроля ущемляет право на защиту в соответствии со статьей 56 Конституции. Суд, оценивая конституционность такого исключения исходит из положения, что соответствующим ограничением он защищает ценности, которые должны иметь приоритет по сравнению с правом защиты. Во всех случаях необходимо сохранять точное равновесие между правом защиты и вышеуказанными приоритетными ценностями.

Национальная Ассамблея является единственным органом, который может принятием закона исключить некоторые административные акты из сферы юридического контроля. Совет Министров не имеет таких полномочий.

Все вышеизложенное приводит к заключению, что конституционная регламентация юридического контроля за законностью административных актов в соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 120 принимает принцип "общего положения", в тоже время оставляя законодателю свободу допустить исключения из общего правила юридического контроля за законностью административных актов. Вместе с тем, с учетом принципов правового государства, закрепленных в статье 4 Конституции, и верховенства Основного Закона, можно сделать вывод, что в соответствии с пунктом 2 статьи 120 *in fine* законодатель не может произвольно оценить ограничение без учета других конституционных норм.

## **HUMAN RIGHTS IN THE JUDICIAL PRACTICE OF THE GREEK SUPREME ADMINISTRATIVE COURT (SYMVOULION EPIKRA TIAS). PROTECTION AND LIMITS.**

**NICOLAS DOUVAS**

*Councillor of the State of Greece*

### **PART I**

#### **The review of the constitutinality.**

For the purpose to a better understanding, I feel the need to tell you something about the review, or in other term, the control of the constitutionality of the formal law in the Greek legal order, such as: how this review is being made, i.e. the substance of the control, which the competent courts are to pronounce the defect of the content of a statute and finally, which is the specific role of the Greek Supreme Administrative Court.

A law is valid right from the time of its promulgation and publication in the official state newspaper. Enacting laws, the Parliament and the Head or the State ( President of Democracy) have already exerted their inner and external review on the law. Courts do not intervene at that time for no kind of any control, but only after the aforementioned promulgation of the law should this control be exerted by the competent courts, and this is going to concern only the matter whether the above is compatible with the Constitution. The courts cannot review the drafts of law, nor pronounce the annulation of a provision of a law, because these all belong to the area of other functions of the State.

Constitution as the basic law of a State, prevails against common laws. Pursuant to the article 93 para. 4 of the Greek Constitution (two revisions in the years 1986 and 2001), the judiciary is directly empowered not to apply any laws, the content of which is contrary to the Constitution. This provision guarantees the independence of the justice and at the same time ensures that all courts, of all levels and of all branches, are competent to proceed to the attestation of the constitutionality of the laws ("diffuse control"), because in Greece, as already known, does not exist a Constitutional Court and, in consequence, the above mentioned control does not fall in the competence of a specific court of justice, as it does in other countries. The said attestation that may be carried out by any court, of any instance, does not exclude the possibility of it being brought for a second time before the court of a higher instance, even if there are precedents of a supreme court, pertaining to the same matter. Other characteristics of the review: the control concerns the concrete provision, which is necessary for the solution of the concrete case. This provision cannot be canceled, it remains valid, simply is not applicated in the concrete case. The judge proceeds to that control "ex officio" or on the request of the litigant. At any way, the control is incident in the frame of the whole trial and does not consist a part of the decision. Exception to the above and considerable protection against the unconstitutional laws is provided by the Constitution (art. 100, para 4) with regard to the Special Highest Court. Within the jurisdiction of this court, falls the resolution of contestations about the constitutionality of a law whenever there exist opposing opinions between the existing three supreme courts. However, this Special Highest Court has the power to invalid a provision of law when declared unconstitutional, a power that other courts do not possess. The Council of the State (Greek name: Symvoulion Epikratias) is the supreme administrative court, on the top of the inferior courts of administrative jurisdiction of both instances, first and second. The other two high courts are: the Supreme Court, for civil and penal cases and the Supreme Court for accounts and pensionary problems of public sector employees. According to the art. 95 of the Constitution, the Supreme Administrative Court is competent to judge disputes concerning public law, that is, disputes pertaining to the function of public services etc., with relation to citizens. Said disputes arise basically from the exercise of public power by the state, which is expressed by administrative acts. Such cases are, among others, and these which arise from the exerting or from the violation of human rights. The Supreme Administrative Court pertains the case upon petition by the citizen or even by the State. Because of the special place that this supreme court possesses on the Greek constitutional order, having the possibility to invalid an act if this act is illegal, contrary to an unconstitutional law or to the Constitution itself, an abundant jurisprudence is formed, related to the human rights, about their protection and their limitations as well.

## **PART II**

### **The Greek Constitution**

The Greek Constitution of 1975, being in force after the second revision of 2001, includes provisions pertaining to human and social rights, especially in articles 4-25, as well as in other various provisions.

Said provisions refer to:

**(a) Particularly Personal Rights**, i.e. the protection of freedom against the State and as a protected good, various sectors of private life. Such rights are -among others -the free development of the personality (article 5), the personal security (article 6), the domicile asylum (article 7), the freedom of syndicalism (article 23 ), the freedom of religion (article 13), the confidentiality of correspondence (article 19), the right of real estate property (article 17), etc. The aforementioned rights are defined as the prohibition of interference, the declaration of freedom, or as the protection of goods by the State.

**(b) Social Rights**, i.e. civic claims for various services to be rendered by the State, i.e.: The right of education (article 6), of work (article 22), of social welfare ( article 21 ). Similar social rights are the obligation of the State to ensure the protection of the family (article 21), to ensure the social insurance of the workers (article 22), or to protect the natural and cultural environment (article 24). Furthermore, the right of equality may also be considered as such a right (article 4). The right of judicial protection and of precedent hearing (article 20), the right of petition (article 10 and 69), the right to apply for the annulment of acts of the public administration (article 95), as well as of the legitimate judge (article 8), may also be considered as relative rights.

**(c) Political Rights**, i.e. the right to elect (article 51 ), or being elected ( article 55), to be appointed as public employee ( article 4), etc.

The Constitution includes various obligations of the citizens as well, i.e.: the respect towards the State and its laws (article 120, para. 2), the right and at the same time the obligation to resist against anyone attempting to abolish the Constitution (article 120, par. 4), the obligation of taxation (article 4, para 5), of social and national solidarity (article 25, para 4), of military service (article 4, para 6), or of rendering personal services ( article 22, para 3).

Limitations of human rights may either be enforced by the Constitution itself, or by virtue of the Law, established under the authorization of the Constitution. Usually, limitations are established in the articles which assure each right. Thus, said limitations refer to good morals, public order, public security , general interest, the national interest, etc.

When the Constitution establishes a human right, it usually includes the term that a law will be issued, defining the span of the right. The courts control whether the law remains within the limits of the constitutional provisions and more specifically, whether it prejudices the core of each right. When the Constitution establishes a civil right, reserving all rights in favour of the law, it means the essential law as well, i.e. the normative acts of the public administration, the presidential decree, ministerial decision, police order etc., under the condition of the existence of a special legislative authorization. The public administration limits the human rights in concreto, by taking individual measures, pursuant to law, or the normative act.

The Constitution prohibits (article 25, para 3) the improper exercise of the civil and social rights. It does not define its contents, but it occurs when the idea of the Constitution is violated. The penalty for such an abuse, is that the specific behavior does not allow the individual to invoke the protection of the human right.

The human rights are under the guarantee of the State and all public servants are obliged to ensure their normal and effective exercise. Any kind of limitations, should either be imposed by the Constitution, or by its authorization by law and should respect the principle of proportionality (article 25, para I, revised). Thus, the human rights bind the legislator, the public administration and the justice. The public administration and the

courts are committed even if no law imposed by the Constitution has been established. To that effect, the constitutional provisions pertaining to human rights are to be applied immediately.

The normative act of the public administration which is contrary to the human rights, is considered unconstitutional, is not applied and is declared null and void by the Council of State (Symvoulion Epikratias ). The individual administrative act which offends a human right, is considered voidable for the violation of law, including also the violation of the Constitution. Furthermore, any judicial decision being contrary to a human right, may be cancelled by legal remedy to a higher court of justice.

### **PART III** **The Jurisprudence of the Symvoulion Epikratias** **(Council of State)**

**Decisions concerning the rights of individual freedom** ( freedom of work, financial freedom, freedom of movement, etc.):

All human rights may be lawfully restricted for the sake of common interest, thus creating the obligation for each and every citizen to comply with the related restrictions laid down by law (138/30 -merchants' obligations). The law intervenes legally in order to protect the common against the abuse and excess of a right ( 617/33-owner of a business who threatened to cease his works). By means of administrative law (58/34 displacement of individual), several restricting measures of freedom may be enacted to protect public safety, health or order. The imposition by law of the prohibition for debtors of the state to leave the country, aiming at the collection of public revenue (2313/76, 4674/98), is permissible. The obligation imposed on various enterprises to employ veteran warriors, or members of their families compulsorily, does not constitute a restraint of the freedom of work (614,762/63).

The requisition of services of employees in the public means of transportation, for the protection of higher values, or more general public interests (1575/66), or even to face emergent needs of the society, is permitted (2960/83). The obligation of an athlete to remain in his team for the sake of the sports regularity, constituting the goal of public interest, is also permitted (2944/80).

Concerning real estate agents, the prohibition to maintain numerous professional premises within the same district in order to serve important public interest, is not justifiable (1422/93). The granting of the exclusive exploitation of air transportations to a company or to an individual, aiming at the protection or promotion of general common wealth, is lawful (690/57). The legislative intervention in the financial freedom for regulatory purposes, can not lead to its indirect abolition (2193/82).

**Decisions pertaining to corporal freedom, labor agreements and to the right to go on strike:** In order to reconstitute the legal order of the administration of a corporation, the law may declare said administration of the corporation as forfeited and nominate a new one for the holding of elections (576/64). An exclusive wage regulation concerning employees of the private sector may be imposed by law and not by means of a collective labor agreement, if so dictated by reasons of general social welfare in conjunction with the

operation of the national economy (2426/63). Public servants may legally go on strike, but are not however entitled to pay during the period of strike (1491/77, 2135/8). The accident which occurred to a striker during a strike (being struck), constitutes a work accident (3280/92).

**Decisions pertaining to the so-called intellectual freedoms (freedom of religion, public servants' freedom of expression, of education, of broadcasting through press, radio and television):** The public administration lawfully proceeds to the affixation of seal on the imported prints and books of religious sects, as the proselytism is prohibited by the Constitution (1661/47). General measures regarding the property of individuals of other religions are legally taken into consideration by law, if deemed necessary by the public interest (906/48). The public administration lawfully denies to grant permission for an establishment for praise, in case the number of adherents is considerably small (2036/88). The law may duly modify regulations of sacred canons (removal of a metropolitan bishop), if said regulations pertain to public administration matters (3178/76).

From the right of religious freedom, no positive right of an individual arises to claim the optional inscription of his religion on his identity card, as the optional inscription itself, is contrary to the Constitution (2284/01}. Restrictions imposed on public servants pertaining to the right of expressing their political, religious, etc. beliefs, may be amended by law, provided, such restrictions do not abolish the aforementioned right (2209/77 -reading of newspapers off duty, associating with individuals of certain ideological and political beliefs}. The verbalization of expressions by public servants in a fierce tone, with a contentious intent, in explicit irony, or with the use of insulting characterizations, is censurable (57/80,31/86,1375/87}.

The public servant is obliged to exercise a modest criticism of the administrative authority during his syndicate activities (1376/57). The government intervenes legally in the matter of total surface of the newspapers, so as to ensure equal terms and conditions, regarding the publication of any newspaper (189/64). No legislative intervention may exist in the definition of the selling price of a newspaper by its publisher (902/81 ). With reference to private education, the law may place some rules pertaining to the right of citizens to found schools, except for universities (1916/80), provided this is effected for the wider social welfare (715/85). As far as universities are concerned, the law may repeal or establish new seats, or even repeal the extra, unsalaried professors, without prejudicing the self administration of the University, as this is a matter of organization. (1288/54).

The determination of the number of students entering the University each year, as well as the grading system applied for the entering exams, lies within the initiative of the government and does not in any case prejudice the administration of the University (341/63). The allocation of a student into another section, or the object alteration of his scientific occupation are prohibited, unless otherwise imposed by reasons of public interest (906/95). With reference to the radio and television, the government may retain its monopoly, but may however grant the aforementioned right to private citizens ( 5040/87). The broadcasting time of a political programme of a party may change pursuant to specific reasons of each case (2434/84). Furthermore, the broadcasting of gallop polls for a short period of time before the elections, may also be forbidden (4335/96).

**Decisions pertaining to the right of real estate property:**

Pursuant to special authorization, the law or the public administration may impose restrictions on property to the benefit of the wider national interest, provided they are imperative and do not annihilate the right of property itself (3521/92}. Restrictions relating to the use of property, imposed to overcome a temporary situation, the recovery from which is to the benefit of public interest, are considered legitimate (21/34 }. Restrictions aiming at the protection of the natural environment are also regarded as legal ( 695/86}. The imposition of forced expropriation is considered legitimate, provided the purpose of the public work is defined (1847/61), or provided the specific property is the most suitable (1023/49) and full compensation is paid by the civil courts (1746/62). Requisition of a property for military purposes may take place, prior to its forced expropriation, in order to overcome an immediate need, an emergency or temporary state of need ( 1677/80, 1329/82). The requisition of means of transportation, imposed in order to face an imperative social need which threatens to disturb the financial and social life of the country seriously, may also be considered legal (958/78). The requisition of a property is also justified, in order to house a public office which lost its shelter during an earthquake (1063/98).

#### **PART IV**

#### **Conclusions**

The jurisprudence of the Council of State (Symvoulion Epikratias ) justifies the imposition of restrictions on human rights, enforced by law or the public administration, by invoking various reasons, such as the public interest, the public security , the wider social interest and welfare, the interest of the national economy, etc. Furthermore, said limitations are justified by interpreting the provision of the essential law, in relation to the range of protection of the right. Thus, it completes and defines the limitations, as well as the restrictions imposed by the Constitution itself and the law.

It is imperative to refer to the European Convention of Human Rights, which was created by the Council of Europe. It was ratified by Greece under legislative decree 53/74, along with the relevant protocols. The jurisdiction of the European Court of Justice has been recognized as compulsory, along with the competence of the European Committee.

The protection of human rights by the Greek Constitution is usually wider than the one provided by the aforementioned European Convention of Human Rights. Notwithstanding the above, it is always of great importance whether a human right, or one of its aspects is assured by the Constitution, or by the above international agreement.

During the last years, the appeal of litigants before the Council of State (Symvoulion Epikratias ), as well as the other courts, is very frequent.

#### **РЕЗЮМЕ**

Доклад посвящен судебной практике Верховного Административного Суда Греции относительно вопросов защиты и ограничения прав человека. Представлены



основные особенности судебной системы Греческой Республики и роль Государственного Совета (Верховного Административного Суда) в ней.

В ракурсе изменений, внесенных в 2001 г. в Конституцию Греческой Республики 1975 г., рассмотрены ее основные положения, регламентирующие права и свободы человека, подчеркнуты конституционные положения об ограничениях прав человека в соответствии с принципом соразмерности (статья 25, часть 1 Конституции Греческой Республики). Проведен анализ судебных решений по вопросам ограничения прав личности (право на труд, свобода передвижения и т. д.), корпоративной свободы, трудовых договоров и права на забастовку, так называемых интеллектуальных свобод, а также права собственности на недвижимое имущество.

В заключение отмечено, что объем прав, защищаемых Конституцией Греческой Республики, намного шире объема прав, закрепленных в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

## **ВОПРОСЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА УКРАИНЫ**

**ВЛАДИМИР ИВАЩЕНКО**

*судья Конституционного Суда Украины*

Перед тем как перейти к непосредственному рассмотрению практики Конституционного Суда Украины по вопросам конституционного ограничения прав и свобод человека и гражданина, разрешите сделать краткий анализ положений Конституции Украины, имеющих непосредственное отношение к предмету рассмотрения этой статьи.

Основной Закон, провозгласив Украину суверенным, независимым, социальным, правовым государством, уже в первых его нормах определил основополагающий принцип своей политики в области обеспечения прав человека и гражданина, а именно: "Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство, неприкосновенность и безопасность признаются в Украине наивысшей социальной ценностью. Права и свободы человека и их гарантии определяют содержание и направленность деятельности государства. Государство отвечает перед человеком за свою деятельность. Утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства" (статья 3), "Все люди свободны и равны в своем достоинстве и правах. Права и свободы человека неотчуждаемы и нерушимы" (статья 21).

Перечень прав и свобод человека и гражданина представлен, в основном, в Разделе II Конституции Украины, при этом следует отметить, что эти положения Основного Закона подкреплены соответствующими конституционными нормами, которыми определяются не только гарантии их соблюдения, но и пределы (критерии) их ограничений.

Согласно положениям Конституции Украины конституционные права и свободы человека и гражданина "гарантируются и не могут быть упразднены" (часть вторая

статьи 22), "не могут быть ограничены, кроме случаев, предусмотренных Конституцией Украины"(часть первая статьи 64), а также не допускается сужение содержания и объема существующих прав и свобод "при принятии новых законов или внесении изменений в действующие законы" (часть третья статьи 22).

Переходя к непосредственному рассмотрению обсуждаемой сегодня темы, следует, прежде всего, отметить, что права и свободы человека и гражданина, которые провозглашены и гарантируются Конституцией Украины, в зависимости от характера и способов их конституционных ограничений можно условно разделить на три категории.

К первой категории следует отнести те права и свободы, условия и пределы ограничений которых непосредственно и однозначно определены в самой Конституции Украины.

Так, частью второй статьи 29 Конституции Украины устанавливается возможность ограничения одного из важнейших прав человека и гражданина -- права на свободу и личную неприкосновенность - в виде ареста или содержания под стражей. Причем в этой же норме определяются и обязательные правила применения такого ограничения, а именно, не иначе "как по мотивированному решению суда и только на основаниях и в порядке, установленных законом". А частью третьей статьи 29 Конституции Украины предусмотрено единственное исключение из этого правила: "В случае настоятельной необходимости предотвратить преступление или его пресечь уполномоченные на то законом органы могут применить содержание лица под стражей в качестве временной меры пресечения, обоснованность которой в течение семидесяти двух часов должна быть проверена судом. Задержанное лицо немедленно освобождается, если в течение семидесяти двух часов с момента задержания ему не вручено мотивированное решение суда о содержании под стражей".

К этой же категории можно отнести конституционные ограничения избирательного права: как активного-"право голоса на выборах и референдумах имеют граждане Украины, достигшие на день их проведения восемнадцати лет, не имеют права голоса граждане, признанные судом недееспособными" (статья 70), так и пассивного-например, "народным депутатом Украины может быть гражданин Украины, который в день выборов достиг двадцати одного года, имеет право голоса и проживает в Украине на протяжении последних пяти лет, не может быть избранным в Верховную Раду Украины гражданин, который имеет судимость за совершение умышленного преступления, если судимость не погашена и не снята в установленном законом порядке" (статья 76).

Ко второй, наиболее многочисленной категории относятся права и свободы, в отношении которых Конституцией Украины допускается возможность их ограничения в судебном порядке и (или) в соответствии с законом, однако при этом критерии (основания) для таких ограничений определяются в самих положениях Основного Закона.

Например, в соответствии со статьей 36 Конституции Украины граждане Украины имеют право на свободу объединения в политические партии и общественные организации, в том числе и профессиональные союзы. Условия и пределы ограничения этого права приведены в статье 37 Конституции Украины, а именно: "создание и деятельность политических партий и общественных организаций, программные цели или действия которых направлены на ликвидацию независимости

Украины, изменение конституционного строя насильственным путем, нарушение суверенитета и территориальной целостности государства, подрыв его безопасности, незаконный захват государственной власти, пропаганда войны, насилия, разжигание межэтнической, расовой, религиозной вражды, посягательства на права и свободы человека, здоровье населения, запрещаются. Запрещение деятельности объединений граждан осуществляется только в судебном порядке".

Правовая позиция Конституционного Суда Украины в этом вопросе заключается, прежде всего, в том, что условия и пределы ограничения этого права установлены Конституцией Украины в исчерпывающей форме и не могут быть расширены ни законодательно, ни на практике. Основываясь на этом, Конституционный Суд Украины признал неконституционными отдельные положения Закона Украины "О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности"". В частности те, которыми предусматривалось, что перед легализацией профсоюза Министерство юстиции Украины осуществляет проверку его устава и, в зависимости от результатов проверки, либо регистрирует профсоюз, либо отказывает ему в регистрации. Конституционный Суд Украины пришел к выводу, что таким образом регистрация фактически сводится к получению предварительного разрешения на деятельность профсоюза, что является ограничением предусмотренного статьей 36 права граждан Украины на создание профсоюзов без предварительного разрешения на основе свободного выбора их членов<sup>1</sup>.

Следует отметить, что в соответствии с Конституцией Украины принцип добровольности должен соблюдаться при создании не только профессиональных союзов, но и любых других общественных организаций и политических партий.

Это условие предусмотрено частью пятой статьи 36 Конституции Украины и заключается в запрете принуждения к вступлению в какие-либо политические объединения или общественные объединения, а также ограничения в правах за принадлежность или непринадлежность к ним. Именно этим руководствовался Конституционный Суд Украины, признав неконституционными нормы Закона Украины "О молодежных и детских общественных организациях", в соответствии с которыми предусматривалось предоставление государственной финансовой поддержки определенному в законе союзу молодежных и детских общественных организаций. Конституционный Суд Украины решил, что тем самым опосредованно нарушается право граждан на свободу объединения, поскольку те объединения граждан, которые не входят в состав союза, ограничиваются в праве на получение финансовой поддержки, что является косвенным принуждением ко вступлению в указанный союз<sup>2</sup>.

Еще один характерный пример. Министерство внутренних дел обратилось в Конституционный Суд Украины с просьбой дать официальное толкование положения статьи 39 Конституции Украины, согласно которому, "граждане имеют право собираться мирно, без оружия и проводить собрания, митинги, шествия и демонстрации, о проведении которых заблаговременно уведомляются органы исполнительной власти или органы местного самоуправления. Ограничения относительно реализации этого права могут устанавливаться судом в соответствии с законом и только в интересах национальной безопасности и общественного порядка - с целью предупреждения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья населения или защиты прав и свобод других людей" (статья 39). Субъект права на

конституционное обращение просил разъяснить, в какие именно сроки должны уведомляться органы исполнительной власти и органы местного самоуправления о проведении массовых мероприятий и полномочны ли указанные органы устанавливать эти сроки самостоятельно.

Рассмотрев этот вопрос, Конституционный Суд Украины принял решение, что поскольку в Конституции Украины не определены конкретные сроки уведомления указанных органов о проведении массовых мероприятий, то его установление является предметом законодательного урегулирования. В тоже время Конституционный Суд Украины отметил, что "эти сроки не должны ограничивать предусмотренное статьей 39 Конституции Украины право граждан, а должны служить его гарантией и вместе с тем предоставлять возможность органам исполнительной власти или органам местного самоуправления принять меры для беспрепятственного проведения собраний, митингов, шествий и демонстраций, обеспечения общественного порядка, прав и свобод других людей"<sup>3</sup>.

И последний пример, который, по моему мнению, достаточно полно отображает правовую позицию Конституционного Суда Украины о недопустимости ограничения прав и свобод человека и гражданина в случаях, не предусмотренных Конституцией Украины при принятии новых законов, а также при внесении изменений в действующие законы.

Рассмотрев обращение народных депутатов Украины, Конституционный Суд Украины признал неконституционными отдельные положения Законов Украины "О Государственном бюджете Украины на 2001 год" и "О некоторых мерах по экономии бюджетных средств", которыми приостанавливалось действие ряда законодательных актов в части предоставления различным категориям граждан льгот, компенсаций и гарантий. Мотивируя свое решение, Конституционный Суд Украины отметил, что "поскольку для значительного количества граждан Украины льготы, компенсации и гарантии, право на которые предусмотрено действующим законодательством, являются дополнением к основным источникам существования, необходимой составляющей частью конституционного права на обеспечение жизненного уровня (статья 48 Конституции Украины), который, по крайней мере, не может быть ниже прожиточного минимума, установленного законом (часть третья статьи 46 Конституции Украины), то сужение содержания и объема этого права посредством принятия новых законов или внесения изменений в действующие законы согласно статье 22 Конституции Украины не допускается. Приостановление его действия возможно при условии введения согласно пункту 31 части первой статьи 85 и пункту 19 статьи 92 Конституции Украины чрезвычайного положения (статья 64 Конституции Украины)"<sup>4</sup>.

И, наконец, к третьей категории следует отнести те права и свободы, в отношении которых Основной Закон Украины не содержит критериев их ограничения. В соответствии с Конституцией Украины основания и пределы ограничений таких прав определяются непосредственно законом. Однако и в этих случаях, по мнению Конституционного Суда Украины, положения нормативно-правовых актов не должны нарушать основные принципы политики государства в отношении соблюдения прав и свобод человека и гражданина, провозглашенные Конституцией Украины.

Так, согласно статье 33 Конституции Украины допускается возможность введения в законодательном порядке отдельных ограничений на свободу передвижения и выбора

места жительства.

Однако Конституционный Суд Украины, рассматривая представление народных депутатов по этому вопросу, пришел к выводу, что положения таких нормативно-правовых актов не должны устанавливать разрешительный порядок выбора лицом места жительства. Исходя из этого, Конституционный Суд Украины признал не соответствующими Конституции Украины нормы подпункта 1 пункта 4 Положения о паспортной службе органов внутренних дел, утвержденного постановлением Кабинета Министров Украины.

Мотивируя свое решение, Конституционный Суд Украины, в частности, отметил, что порядок прописки, согласно которому выбор лицом места жительства зависит, как правило, от решения паспортной службы органов внутренних дел, ограничивает право лица на свободный выбор места жительства, предусмотренное статьями 33, 64 Конституции Украины<sup>5</sup>.

Считаю целесообразным отдельно остановиться на еще одном аспекте деятельности Конституционного Суда Украины, а именно, исследовании законопроектов о внесении изменений в Конституцию Украины. В соответствии с Основным Законом Украины, Конституция Украины не может быть изменена, если изменения, в частности, предусматривают упразднение либо ограничение прав человека и гражданина (статья 157), а законопроект о внесении изменений в Конституцию Украины рассматривается Верховной Радой Украины при наличии соответствующего вывода Конституционного Суда Украины (статья 159).

На протяжении 1999-2002 годов Конституционным Судом Украины рассмотрено 9 законопроектов, которыми предусматривалось внесение изменений почти в сорок статей Конституции Украины. Хотя в основном, по мнению Конституционного Суда Украины, эти изменения не предусматривали упразднение или ограничение прав и свобод человека и гражданина, в практике конституционной юрисдикции имели место случаи признания положений законопроектов не соответствующими требованиям Конституции Украины.

В частности, Конституционный Суд Украины пришел к выводу, что противоречит требованиям Конституции Украины предложение, предусматривающее, что народные депутаты Украины не могут привлекаться к уголовной ответственности, подвергаться аресту или задержанию без согласия Верховного Суда Украины.

Конституционный Суд Украины при это исходил из того, что неприкосновенность народных депутатов Украины (как и неприкосновенность Президента Украины, судей Конституционного Суда Украины и судей судов общей юрисдикции) связана не с их статусом человека и гражданина, а с характером полномочий, возложенных на них в связи с выполнением государственных функций. Депутатская неприкосновенность обусловлена необходимостью конституционного обеспечения беспрепятственной деятельности депутатов и парламента в целом.

Предоставление же Верховному Суду Украины полномочий давать согласие на привлечение народных депутатов Украины к уголовной ответственности, их задержание и арест может привести к предвзятости в ходе последующего расследования дела в отношении такого субъекта судом первой инстанции или апелляционным и кассационным судами. Это противоречит положениям статьи 124 Конституции Украины, поскольку стирает грани между обвинением и правосудием, и статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, согласно

которой "каждый при разрешении споров о гражданских правах и обязанностях либо при установлении обоснованности какого-либо уголовного обвинения, выдвинутого против него, имеет право на справедливое и открытое разбирательство независимым и беспристрастным судом" <sup>6</sup>.

Исследуя еще один законопроект, Конституционный Суд Украины признал не отвечающим требованиям Конституции Украины предложение наделить Счетную палату функцией осуществления "высшего парламентского контроля". Конституционный Суд Украины считает, что Верховная Рада Украины по своему юридическому статусу является единственным органом законодательной власти и реализует свои полномочия, в том числе и в финансово-экономической сфере, именно как орган общей компетенции.

Осуществление парламентского контроля является исключительным полномочием Верховной Рады Украины как парламента (пункт 33 части первой статьи 85 Конституции Украины). Из этого следует, что наделение непредставительского органа - Счетной палаты - полномочием осуществлять "высший парламентский контроль", то есть высший, чем его осуществляет сама Верховная Рада Украины, означает ограничение содержания и пределов закрепленного в статье 38 Конституции Украины права граждан участвовать в управлении государственным делами посредством активного избирательного права"<sup>7</sup>.

По такой же причине, а также исходя из того, что парламентские комитеты Верховной Рады Украины не являются самостоятельными субъектами парламентского контроля, Конституционный Суд Украины признал не отвечающими Конституции Украины и предложения другого законопроекта о наделении такой функцией эти комитеты<sup>8</sup>.

Еще одним законопроектом предлагалось установить возрастной ценз для получения социальных выплат в случаях полной или частичной потери трудоспособности, потери кормильца, безработицы по независимым от них обстоятельствам, а именно: женщинам не старше 55 лет, мужчинам – не старше 60. Конституционный Суд Украины признал такие изменения не соответствующими Конституции Украины, поскольку, по сути, предлагалось лишить определенную категорию граждан Украины (женщин старше 55 лет и мужчин старше 60 лет) действующего права на социальную защиту (статья 46 Конституции Украины)<sup>9</sup>.

В заключение хотел бы отметить, что рассмотренные выше конституционные ограничения прав и свобод человека и гражданина, предусмотренные Основным Законом Украины, в той или иной степени содержатся в положениях Всеобщей декларации по правам человека 1948 года, Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 года и Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года, а также других международно-правовых актах в сфере защиты прав человека и гражданина.

Что же касается оснований и пределов ограничения прав и свобод человека и гражданина, то они определены Конституцией Украины, прежде всего, исходя из принципа толерантности ("пропорциональности"<sup>10</sup>) отношений гражданина с государством, а также граждан этого государства между собой, согласно которому, с одной стороны, "государство отвечает перед человеком за свою деятельность. Утверждение и обеспечение прав и свобод государства является главной

обязанностью государства" (статья 3), с другой, - граждане обязаны "неукоснительно соблюдать Конституцию Украины и законы Украины, не посягать на права и свободы, честь и достоинство других людей" (статья 68).

1 Решение Конституционного Суда Украины от 18 октября 2000 года № 11-рп/2000. КСУ:Ршшення.Висновки: 1997-2001; - К., Юршнком Унтер. 2001, т.2, с. 193.

2 Решение Конституционного Суда Украины от 13 декабря 2001 года № 18-рп/2001 (Вшник КСУ. 2001, № 6, с.22).

3 Решение Конституционного Суда Украины от 19 апреля 2001 года № 4-рп/2001 (Вшник КСУ. 2001, № 2, с. 25).

4 Решение Конституционного Суда Украины от 20 марта 2002 года № 5-рп/2002 (Офшційний вшник України. № 13, 2002, с.217).

5 Решение Конституционного Суда Украины от 14 ноября 2001 года № 15-рп/2001 (Вшник КСУ. 2001, № 6, с 30).

6 Заключение Конституционного Суда Украины от 11 июля 2000 года № 2-в/2000 (КСУ:Ршшення.Висновки: 1997-2001. - К., Юршнком Унтер, 2001, т.2, с.145).

7 Заключение Конституционного Суда Украины от 25 марта 1999 года № 1-в/99 (КСУ:Ршшення.Висновки: 1997-2001. - К., Юршнком Унтер, 2001, т.1, с. 358).

8 Заключение Конституционного Суда Украины от 14 марта 2001 года № 1-в/2001 (КСУ:Ршшення.Висновки: 1997-2001. - К., Юршнком Унтер, 2001, т.2, с.342).

9 Заключение Конституционного Суда Украины от 2 июня 1999 года № 2-в/99 (КСУ:Ршшення.Висновки: 1997-2001. - К., Юршнком Унтер, 2001, т.1, с.391).

10 С.Шевчук. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення конституційності законодавчих обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод.: [www.clc.org.ua/ukr/publikazzi/pryntsypproportsiynosti.htm](http://www.clc.org.ua/ukr/publikazzi/pryntsypproportsiynosti.htm).

## SUMMARY

The author analyses the provisions of the Constitution of Ukraine which provides a possibility to limit human and citizens' rights and freedoms.

Basing on the results of the analysis, the author concludes that the conditions and the scope of limits of human and citizens' rights and freedoms are outlined by the Constitution of Ukraine, proceeding from the principle of tolerance (proportionality), relations between a citizen and the state as well as from between the citizens.

The conclusions are supported by the examples taken from the jurisprudence of the Constitutional Court of Ukraine.

## LES CONDITIONS POUR LA LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LE DROIT ET LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE PORTUGAISE

**JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA**

*Président émérite du Tribunal Constitutionnel du Portugal,  
membre de la Commission de Venise*

1. Les droits fondamentaux occupent dans la Constitution portugaise (la Constitution de la République Portugaise de 1976, avec les révisions ultérieures) une place centrale: en constituant le statut juridico-subjectif primaire et irréductible de chaque homme, en raison de sa même nature et dignité, et de chaque citoyen, et en donnant expression à ce statut, ils se profilent comme un des axes structurels de la Constitution. Dans ce point (comme en d'autres), accueillant les «droits de l'homme» en tant que «droits fondamentaux», la Constitution portugaise ne suit d'ailleurs que la voie du constitutionnalisme européen classique; mais il est indéniable qu'elle y met un accent spécial.

Cela se manifeste dès les premiers préceptes de la Constitution, où on caractérise, de façon emblématique, l'État et la République, en énonçant les grandes valeurs sur lesquels elle repose et les grands objectifs vers lesquels elle doit se diriger. En effet, on y peut lire que «le Portugal est une République souveraine basée sur la dignité de la personne humaine et sur la volonté populaire et engagée dans la construction d'une société libre, juste et solidaire» (article 1); et, en suite, que cette République est «un État de droit démocratique, basé sur la souveraineté du peuple, le pluralisme de l'expression et l'organisation politique démocratique et sur le respect et la garantie de la mise en oeuvre des droits et libertés fondamentaux, qui a pour objectif la réalisation de la démocratie économique, sociale et culturelle et l'approfondissement de la démocratie de participation» (article 2).

Ce soin et cette préoccupation pour «le respect et la mise en oeuvre» des droits fondamentaux trouvent une visible expression dans le texte de la Partie I de la Constitution, consacré à ces mêmes droits:

– d'une part, elle fournit, dans l'ensemble de ses préceptes, un catalogue des droits fondamentaux extrêmement vaste, exhaustif et détaillé, allant des droits et libertés et des droits de participation politique classiques jusqu'à un éventail très élargi de droits économiques, sociaux et culturels – mais, en plus, un catalogue qui ne se veut pas achevé et figé en lui-même et, au contraire, reste toujours ouvert à d'autres droits, apportés même par la loi ou des règles de droit international, voire exigés par l'évolution sociale historique;

– d'autre part, le législateur constitutionnel ne se borne pas à l'énumération détaillée des droits, mais commence par énoncer et donner expression formelle à un certain nombre de «principes généraux» concernant la nature, le domaine d'application et l'efficacité des droits fondamentaux et des normes qui les consacrent, qui sont essentiels pour leur pleine affirmation dans la communauté juridique et pour leur sauvegarde.

Or, parmi ces principes, on rencontre justement ceux qui se rapportent aux conditions de la possibilité de limitation des droits (notamment par le législateur) – conditions dont nous devons nous occuper maintenant.

2. Pour saisir la portée et la signification précises de telles conditions, il faut toutefois rappeler, préalablement, que la Constitution – bien que reconnaissant à tous la dignité de «droits fondamentaux» – ne met pas exactement sur le même plan tous les droits recueillis dans son catalogue: on doit distinguer, en effet, entre, d'un côté, les droits de liberté et de participation politique et, d'autre côté, les droits «sociaux».



Une telle distinction se manifeste dès lors dans la façon dont le texte constitutionnel regroupe ces droits, en les répartissant sous deux titres différents de sa Partie I, subordonnés justement aux épigraphes «Droits, libertés et garanties» (Titre II) et «Droits et devoirs économiques, sociaux et culturels» (Titre III). Ce qui est plus important que la circonstance «extérieure» (mais non fortuite) du classement systématique, c'est cependant le fait que la Constitution ne reconnaît pas la même force ou efficacité juridique aux uns et aux autres de ces droits: ça découle de l'article 18, numéro 1, de la loi fondamentale, d'après lequel seuls les préceptes constitutionnels relatifs aux «droits, libertés et garanties» (et aux droits fondamentaux de nature analogue) sont directement applicables.

Ceci signifie, au fond (et abstraction faite de quelques différenciations ou nuances sur lesquelles on ne peut pas s'attarder à ce moment), que lesdits droits (les «droits, libertés et garanties») voient leur teneur et leur portée déterminées au niveau constitutionnel même, de telle sorte qu'il incombe aux opérateurs juridiques (soit l'Administration, soit le juge) de les appliquer, bien quand il n'y ait pas, éventuellement, de loi qui les concrétise; par contre, les droits «sociaux» continuent à dépendre, dans leur configuration exacte et leur dimension, d'une intervention législative ultérieure, qui les concrétise et leur donne forme, alors seulement acquérant leur pleine efficacité et leur possibilité d'exécution.

N'étant pas possible d'expliquer et de justifier ici, d'une façon développée, cette diversité du régime des droits, il suffira de dire qu'elle se rapporte, d'une part, à leur différence de structure et de contenu (p.ex., droits auxquels correspond essentiellement, du côté passif, une «abstention» des pouvoirs publique versus droits dont la réalisation effective implique une prestation matérielle de l'État) et, d'autre part, aux exigences du principe de la séparation des pouvoirs (dans la mesure où la définition de l'étendue de chaque droit social, impliquant l'affectation à sa réalisation d'une certaine partie de ressources qui sont toujours limités, se traduit dans un choix politique incombant, tout d'abord, au législateur).

Ce qui importe à ce moment c'est plutôt de constater que, en raison d'une telle diversité de leur régime juridique au niveau constitutionnel, la question de la «limitation» des droits se pose d'une façon complètement différente pour les uns (les «droits, libertés et garanties») et pour les autres (les «droits sociaux»), n'étant que dans le premier domaine (ainsi qu'on peut bien le comprendre) qu'elle se profile, dans toute sa difficulté, comme la question de savoir si, quand et dans quelle mesure sera possible et légitime, notamment au législateur, mettre des limites, voire introduire un vrai raccourcissement à l'étendue et à la portée constitutionnelles (c'est-à-dire, établies a priori par la Constitution) d'un certain droit.

Par contre, on voit bien également que, dans le domaine des droits «sociaux», tout se jouant, finalement, au niveau législatif, on ne peut parler d'une éventuelle «limitation» d'un droit que dans un autre sens (qu'on pourra peut-être qualifier comme essentiellement politique), à savoir, celui des limites que le législateur, lui-même, entend ne pas dépasser dans la consécration d'un tel droit. Si des problèmes constitutionnels pourront encore y se soulever – par exemple, concernant le principe de l'égalité ou, éventuellement (ainsi que une certaine doctrine le soutient), l'obligation d'assurer un contenu minimal, quand même, au droit en question – ils seront certainement des problèmes marginaux et, en tout cas, structurellement différents de celui de l'introduction d'une limite à un contenu constitutionnel préalablement défini.

C'est donc compréhensible que le législateur constitutionnel n'ait porté son attention qu'au problème de la limitation des «droits, libertés et garanties» – ça veut dire, des droits fondamentaux «directement applicables» –, de sorte que les «principes généraux» intéressant ce problème qu'on trouve dans le texte de la Constitution ne se rapportent qu'à ces droits. Comme on vient de le voir sommairement, c'est dans ce domaine, en effet, que la matière soulève une question difficile, voire cruciale, de sauvegarde du contenu constitutionnel.

Ainsi, c'est sur les conditions, établies par la Constitution portugaise, de la «limitation» des droits

fondamentaux ayant le rang de droits directement applicables qu'on portera ensuite l'attention.

3. Ces conditions on les retrouve encore, d'une façon ou d'une autre, au précepte-clé de l'article 18 de la Constitution, où – après avoir énoncé la clause de l' ,applicabilité directe» des ,droits, libertés et garanties» – le législateur constitutionnel s'occupe (aux numéros 2 et 3 de ce même article) des exigences qui doivent remplir les lois restrictives de tels droits. La teneur de ces dispositions est la suivante:

La loi peut uniquement restreindre les droits, libertés et garanties dans des cas expressément prévus dans la Constitution, ces restrictions devant se limiter au nécessaire pour préserver d'autres droits ou intérêts constitutionnellement protégés (n<sup>o</sup> 2) ;

Les lois restrictives de droits, libertés et garanties doivent revêtir un caractère général et abstrait et ne peuvent avoir d'effet rétroactif ni diminuer l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels (n<sup>o</sup> 3).

Ainsi qu'on peut le voir, l'émission de lois ,restrictives» des ,droits, libertés et garanties» est donc soumise, par la Constitution portugaise à d'étroites conditions – ce qui n'est d'ailleurs que le corollaire naturel de la place et de la signification qui est celle de ces droits dans le cadre constitutionnel et, plus immédiatement, de l'efficacité qui leur est reconnue moyennant la clause de ,l'applicabilité directe». Examinons plus de près, si bien que de manière succincte, ces conditions.

Tout d'abord on relèvera – en ce qui concerne la possibilité même d'une restriction des droits – que le législateur n'est pas laissé ,libre» pour en décider. La Constitution est, d'ailleurs, particulièrement soigneuse sur ce point: d'une part, exigeant une autorisation préalable, accordée expressément par elle-même (ce qui souligne la nature ,exceptionnelle», pour ainsi dire, de toute restriction); d'autre part, exigeant que la restriction soit justifié par un intérêt reconnu par elle-même aussi et tombant sous sa protection (par exemple, la protection d'un autre droit fondamental ou d'une autre valeur constitutionnelle, à caractère différent). Le législateur ne peut donc fonder une restriction seulement sur le besoin de protéger un intérêt ou de poursuivre un objectif qu'il lui seul considère important à un moment donné.

En suite – et passant au mode et à l'étendue des restrictions – on voit qu'elles sont également assujetties à des exigences assez strictes: en plus de l'exclusion de restrictions législatives ,individuelles», c'est-à-dire, envisageant un sujet défini ou une situation particulière concrète (ce qui découlerait déjà du caractère ,universel» des droits et du principe de l'égalité) et de restrictions portant une attente insupportable à la sécurité juridique et au principe de la confiance (prohibition de restrictions à effet rétroactif), il n'est pas admis qu'elles dépassent le nécessaire pour résoudre le ,conflit» de valeurs ou intérêts constitutionnels qui est à leur origine (ça veut dire, les restrictions doivent respecter un principe de proportionnalité) ni qu'elles mettent en cause le contenu nucléaire et caractéristique (ce qu'on appelle le noyau essentiel) de chaque droit, lequel doit être, en tout cas, sauvegardé.

Voilà – dans la clause constitutionnelle qu'on vient de passer en revue très brièvement et où on peut trouver l'écho et l'influence assez visible de déterminations parallèles de la Grundgesetz allemande – les conditions qui doivent être remplies pour qu'une restriction d'un droit fondamental, recte, d'un ,droit, liberté ou garantie», puisse être légitimée. Il appartient en dernier ressort au Tribunal Constitutionnel – exerçant sa compétence de contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques – de les appliquer et de assurer leur observance, ce que le Tribunal n'a pas failli de faire en maintes d'occasions.

Il n'est évidemment pas possible d'examiner ici de façon exhaustive ni même d'une façon développée une telle jurisprudence. On se bornera donc à mettre en exergue – et, de nouveau, de manière nécessairement synthétique – certains de ses aspects et orientations, concernant les points qui, à notre avis, sont les plus spécifiques de la législation sur les ,droits, libertés et garanties» et de son contrôle, à savoir: l'exigence d'une autorisation constitutionnelle, ,expressément» accordée, pour qu'une restriction

de ces droits soit admise, l'observance du principe de la proportionnalité et le respect du noyau essentiel de chaque droit.

4. L'exigence d'une prévision expresse, au niveau constitutionnel, de la possibilité de restriction soulève surtout une difficulté : celle de savoir comment dépasser la situation, assez fréquente, où, en dépit du silence (au moins apparent) de la Constitution, la question se pose du besoin d'une réglementation législative du droit, voire de sa ,limitation» pour l'harmoniser avec un autre droit (ou le droit d'autrui) ou une autre valeur constitutionnelle. On pourra même dire que, en raison d'une telle difficulté, cette condition de la restriction des droits s'avère peut-être comme la plus problématique de toutes.

La difficulté n'a pas naturellement échappé à la doctrine constitutionnaliste, qui s'est efforcée de trouver différentes voies pour sa résolution. C'est ainsi qu' on souligne, tout d'abord, que les interventions du législateur dans le domaine des droits fondamentaux ne sont pas forcément toutes à caractère ,restrictif» (ça veut dire, comportant un raccourcissement du contenu constitutionnel des droits): à côté de celles-ci y peut avoir, notamment, des interventions simplement ,réglementatrices» (nécessaires pour introduire le droit dans la vie juridique) ou ,conditionatrices» (de l'exercice, mais pas du contenu du droit), auxquelles l'exigence du n<sup>o</sup> 2 de l'article 18 de la Constitution n'a plus raison d'être appliquée; ensuite, au moins pour une certaine orientation doctrinale, il faut reconnaître les ,limites immanentes» des droits (c'est-à-dire, les limites que la Constitution elle-même établit a priori au contenu d'un droit, soit de façon ,explicite», soit même de façon ,implicite»), avec la conséquence que les normes de la loi dont le but est seulement de ,concrétiser» ces limites (ou, en d'autres termes, de ,révéler» ou ,clarifier» l'étendue de la protection du droit tout comme elle découle déjà de la Constitution) doivent aussi échapper à l'exigence susdite; en plus, et dans une autre perspective, il est admis aussi que l'autorisation pour la restriction d'un droit résulte ,expressément», mais a peine ,indirectement» de la Constitution (par le biais, par exemple, de la prévision d'une autre restriction ou d'un devoir constitutionnel); plus récemment, enfin, on peut trouver dans la doctrine une orientation selon laquelle il faut distinguer l'hypothèse d'une vraie ,restriction» d'un droit (autorisée explicitement dès le début par la Constitution et accordant au législateur un marge de conformation plus ou moins élargi) et celle du simple besoin d',harmoniser» a posteriori des droits (ou un droit et d'autres valeurs constitutionnels) qui se trouvent en ,conflit», laquelle ne sera pas également contemplée par la clause constitutionnelle dont il est question ici.

Or, on pourra dire que le Tribunal Constitutionnel portugais a parcouru dans sa jurisprudence toutes ces voies, selon les circonstances – en introduisant donc (ainsi qu'il était inévitable, d'ailleurs) une certaine souplesse dans l'interprétation de la même clause. Mais il faut ajouter qu'il l'a fait toujours soigneusement, en s'efforçant surtout de se garder de préjugés conceptuels ou d'inversions méthodologiques, et n'ayant sa pratique conduit pas, ainsi, à la subversion de l'exigence constitutionnelle: tout au contraire.

5. À cette même conclusion peut et doit-on arriver, en considérant, maintenant, la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel portugais en matière du principe de la proportionnalité.

Ce principe – dans sa triple dimension: adéquation, nécessité et proportionnalité au sens strict – est certainement, parmi les critères sur lesquels le Tribunal doit se fonder pour juger de la légitimité des restrictions aux droits, celui qui acquiert le plus d'importance – une fois dépassée la barrière de l'admissibilité en soi-même de la restriction, dans chaque cas. Moyennant ce principe, on doit parvenir à l'établissement d'une ,concordance pratique», entre le droit objet de restriction et l'autre ou les autres droits ou intérêts constitutionnels dont la sauvegarde impose une telle restriction (car, ainsi que le souligne la doctrine, c'est précisément à travers la recherche de cette ,concordance», plutôt que dans une ,hiérarchisation» a priori des valeurs constitutionnelles qu'il faudra résoudre le conflit).

Étant donné qu'il s'agit d'un principe structurellement ,ouvert», qui exige inévitablement un jugement de valeur de la part de l'opérateur concerné, l'application du principe de la proportionnalité (à l'instar de ce

qui se passe avec le principe de l'égalité, par exemple) se présente, dans le domaine du contrôle judiciaire des options législatives, comme une tâche particulièrement délicate, en raison des «limites fonctionnelles» que ce contrôle doit respecter. Or, quoi qu'il en soit, le Tribunal Constitutionnel portugais n'a pas manqué d'appliquer ce principe avec une certaine fréquence – surtout et justement en vue d'apprécier (suivant le commandement constitutionnel) des interventions législatives ayant trait, d'une façon ou d'autre, à des «droits, libertés et garanties» – et de tirer de sa violation, si tel est le cas, la conséquence de l'inconstitutionnalité de la solution légale en question.

Il doit être souligné que ce recours au principe de la proportionnalité reste, peut-être, la manifestation plus visible du caractère «intrinsèque», portant sur toute l'étendue de leur contenu, du contrôle exercé par le Tribunal Constitutionnel sur les normes contenant une réglementation, voire une limitation, des «droits, libertés et garanties»: il est indiscutable que la Constitution l'autorise et l'«invite» même (face à la teneur de l'article 18) à entamer et poursuivre, dans ce domaine, un contrôle d'un tel type et d'une telle portée, lequel va notamment de pair avec l'«applicabilité directe» de ces droits. Toutefois, il doit être reconnu aussi que, dans les cas où il est arrivé à un jugement d'inconstitutionnalité, le Tribunal, en règle, ne s'est pas borné à l'invocation pure et simple du principe, mais s'est appuyé aussi sur le caractère «manifeste» (qu'il n'a pas laissé d'affirmer) de sa violation (en d'autres termes, sur le caractère «manifeste» de l'«excès» législatif).

6. Un mot, finalement, sur l'utilisation, par le Tribunal Constitutionnel portugais, du concept de «noyau essentiel» du droit, auquel fait appel, comme on l'a vu, le n° 3 de l'article 18 de la Constitution.

Une telle utilisation – au moins *eo nomine* – est loin d'être aussi fréquente que celle du principe de la proportionnalité, et plutôt rare. On ne doit pas rester surpris de ce fait, puisque les difficultés sont connues, de cerner avec une suffisante précision, en général et pour chaque droit en particulier, le contenu et les contours du concept en question: la preuve, s'il en est besoin, on la rencontre dans le large débat doctrinal (ouvert premièrement et surtout dans la littérature juridique allemande) sur le sujet, et où il ne fait pas même défaut la thèse (il s'agit juste d'une des deux grandes orientations de fond qu'on peut trouver dans ce débat) selon laquelle le respect du «noyau essentiel» d'un droit se reconduit, finalement, à l'observance du principe de la proportionnalité.

Toutefois – et voilà ce qu'on estimerait souligner, en dernier – le Tribunal portugais n'a pas laissé de recourir, dans un cas ou autre, à la notion de «noyau essentiel» d'un droit, pour en exclure la violation, en se tenant dans ces cas à une distinction, parfois assez nette, entre une telle notion et le principe de la proportionnalité: un exemple suggestif on le rencontre dans l'arrêt n° 517/98.

## РЕЗЮМЕ

Основные права занимают в Португальской Конституции 1976 года центральное место. Законодатели не ограничились только лишь детальным перечислением общих прав, но и отметили ряд «общих принципов», касающихся их природы, сферы применения и эффективности основных прав и норм, которые существенны для их полного утверждения в юридическом сообществе и для их защиты. Среди этих принципов есть именно те, которые относятся к ограничениям прав (в частности, законодателем).

Конституция в то же время разграничивает основные права. По сути, различаются, с одной стороны, - право на свободу и политическое участие, с другой стороны, - «социальные» права. Конституция придает этим правам различную юридическую

характеристику и силу. Так, только лишь права, относящиеся к политическим свободам и гарантиям и аналогичные им, имеют характер прямого применения. В соответствии с этой дифференциацией различаются и ограничения этих прав.

Автор останавливается только на проблеме ограничения основных прав прямого применения.

В пунктах 2 и 3 статьи 18 Конституции отражены требования к законам, ограничивающим политические права. Они могут быть ограничены лишь в случаях, непосредственно предусмотренных Конституцией. Ограничения сводятся к необходимости, чтобы сохранить конституционно защищенные другие права и интересы. Законы, ограничивающие права, свободы и гарантии, должны иметь общий характер, не иметь обратной силы, не уменьшать объем, значение и суть конституционных положений. То есть, законодатель не может обосновать ограничение только лишь необходимостью защиты интереса или достижения какой-либо цели, которую он находит важной в данный момент. Только Конституционному Суду, являющемуся последней инстанцией, осуществляющей свою компетенцию контроля конституционности юридических норм, надлежит применить эти нормы и обеспечить их наблюдение. Он неоднократно осуществлял эту функцию.

Далее автор останавливается на некоторых наиболее специфических особенностях законодательства по "правам, свободам и гарантиям" и его контроле, а именно: на требовании "прямо" выданного конституционного разрешения, чтобы ограничение этих прав было допущено, соблюдении принципа пропорциональности и сохранении основного ядра каждого права.

## **LIBERTES ET ORDRE PUBLIC**

**PIERRE MAZEAUD**

*Membre du Conseil constitutionnel français*

La France détient sans aucun doute le record des constitutions. Pas moins de quinze constitutions en deux siècles ! Je ne vous en citerai que deux: celle de 1848 et celle de 1958.

Pourquoi parler aujourd'hui de la Constitution de 1848 ? Parce qu'elle nous montre que la conciliation entre l'ordre et la liberté n'est pas un problème récent, qui daterait du 11 septembre 2001. Lors de la rédaction de constitution, un débat très intéressant eut lieu devant l'assemblée constituante sur l'utilité d'inscrire une déclaration des droits et des devoirs en préambule, de la constitution. Notre poète, mais aussi homme politique, Alphonse de Lamartine était favorable à cette inscription. En revanche, le député républicain Fresneau, y était opposé. Voici ce qu'il déclarait à cette occasion: "Si l'on a présenté... ces droits de l'Etat et ces droits de l'individu, a-t-on fait quelque chose de bien remarquable, de bien utile au peuple... ? On a tout simplement posé un problème, l'éternel problème de la conciliation du droit de l'individu avec le droit de la société, de la conciliation de l'ordre avec la liberté".<sup>1</sup>

Quant à la Constitution de 1958, c'est elle qui a créé le Conseil constitutionnel et lui a permis de contrôler la conciliation faite par le législateur entre les libertés et l'ordre public.

Ma brève intervention d'aujourd'hui a pour but de vous présenter comment le Conseil constitutionnel

procède à ce contrôle. Auparavant, il me paraît important de préciser brièvement les notions de libertés et d'ordre public en droit français.

## **I - Les notions de libertés et d'ordre public**

### **A - La notion de libertés**

Dans "L'esprit des lois" (chapitre II du livre XI), édité à Genève en 1748, le philosophe Montesquieu écrit: "Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations, et qui ait frappé les esprits de tant de manières, que celui de liberté".

C'est la raison pour laquelle je ne parle pas de liberté au singulier mais de libertés au pluriel.

Parmi ces libertés et sans trop entrer dans les détails, nous trouvons:

- 1) Celles qui relèvent du respect de l'autonomie de la personne: la sûreté ou la liberté individuelle<sup>2</sup> au sens de l'habeas corpus, le respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile ou des correspondances, le respect de la personne humaine<sup>3</sup>;
- 2) Les libertés d'agir: liberté d'aller et venir, liberté d'entreprendre<sup>4</sup>; liberté contractuelle..
- 3) Les libertés de la pensée: liberté de conscience et d'opinion, libre communication des pensées (presse écrite et audiovisuel...), liberté de l'enseignement, liberté d'association<sup>5</sup>, liberté de manifestation<sup>6</sup>, libertés politiques<sup>7</sup>.
- 4) Les libertés à contenu économique et social : propriété, liberté syndicale<sup>8</sup>, droit de grève...

Comme toute typologie, celle que je viens d'esquisser est contestable. Tel ou tel d'entre vous pourrait estimer que les distinctions proposées ne sont pas les plus pertinentes ou que le catalogue est incomplet ou daté. Cette liste n'en constitue pas moins une sorte de "fonds commun" des pays démocratiques.

En revanche, l'originalité française vient de ce que ces libertés ont des sources historiques diverses, dont certaines sont anciennes et que leur énoncé est généralement plus vague que dans les démocraties dont les constitutions, plus récentes, comprennent un catalogue précis de droits fondamentaux.

Ces sources sont les suivantes<sup>9</sup> Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Préambule de la Constitution de 1946, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Constitution de 1958. Je n'y insisterai pas davantage...

### **B - La notion d'ordre public**

\* Le Conseil constitutionnel n'a jamais défini ce qu'il entendait par ordre public... mais, à la lecture de ces décisions, il est facile de comprendre ce à quoi il fait référence. Il s'agit en fait d'une notion que tout le monde comprend sans qu'il soit besoin de lui donner une définition précise!

Il est cependant possible de dire que la définition donnée de l'ordre public par le Conseil constitutionnel est très proche de celle utilisée en droit administratif français depuis plus de deux siècles.

Elle recouvre "le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique". En revanche, elle n'englobe pas, comme en matière administrative, "la dignité de la personne humaine", pour la raison que ce principe dispose d'un fondement spécifique dans le Préambule de la Constitution de 1946.

De même, si la notion d'ordre public présente un lien de parenté assez fort avec celle d'intérêt général, le Conseil constitutionnel distingue nettement l'une et l'autre dans ses décisions. Garantie de la sécurité des personnes et des biens, l'ordre public est regardé par la jurisprudence du Conseil comme le "bouclier" de certaines des plus fondamentales de nos libertés: "La prévention des atteintes à l'ordre public est nécessaire à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle".

\* L'ordre public n'est explicitement mentionné qu'une fois dans nos textes constitutionnels. C'est

l'article 11 de la Déclaration de 1789: "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

L'ordre public résulte donc d'une construction jurisprudentielle tendant à assurer la garantie effective de droits et principes constitutionnels. Il s'agit de la notion stricte d'ordre public (et non d'un ordre public plus large, tel que l'ordre public social, sanitaire, écologique). Le "cœur" de cet ordre public ( au sens strict du terme) me semble être le principe de la "sûreté" garantie par la Déclaration de 1789 : il n'est pas de liberté possible dans une société où les individus craignent pour la sécurité de leur personne.

\* Le Conseil a donné un statut juridique à cette notion traditionnelle d'ordre public en faisant de sa sauvegarde un objectif de valeur constitutionnelle.

Un objectif de valeur constitutionnelle, qu'est-ce à dire ?

Les objectifs de valeur constitutionnelle sont des impératifs liés à la vie en société qui doivent guider l'action normative.

Ils permettent en outre de prendre en compte des considérations d'intérêt général en vue d'atténuer la portée de certaines règles constitutionnelles, y compris des droits ou libertés.

L'ordre public a été l'un des premiers objectifs dégagés par le Conseil constitutionnel. Il a ainsi jugé, en 1981, que la liberté individuelle et celle d'aller et venir doivent être conciliées avec "ce qui est nécessaire pour la sauvegarde des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle" comme le maintien de l'ordre public (décision des 19 et 20 janvier, 1981 sur la loi sécurité et liberté).

Cette philosophie se retrouve dans la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, certaines libertés qui y sont proclamées peuvent faire l'objet de restrictions lorsque ces dernières - je cite - "constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire." C'est le cas, par exemple, de la liberté d'expression proclamée par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## **II - La conciliation entre les libertés et l'ordre public**

### **A - L'ordre public est nécessaire à l'exercice des libertés**

Pour le Conseil constitutionnel, l'ordre public se présente, je l'ai dit, comme une nécessité démocratique.

J'en donnerai deux exemples.

Le premier est de 1981. Il s'agit d'une décision relative à la loi dite "sécurité et liberté", dans laquelle le Conseil juge que "la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en oeuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle".

La seconde, qui date de 1985, a été rendue à l'occasion d'une loi mettant en place l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie (dans le Pacifique sud) à la suite de graves événements:

"Il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré". Le Conseil constitutionnel en déduit que, si la Constitution, dans son article 36, ne vise que l'état de siège, "elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public".

## **B - La limitation des libertés peut être légitimée par la sauvegarde de l'ordre public**

Le maintien de l'ordre public étant une nécessité pour l'exercice des libertés, il en découle que, dans certaines circonstances les libertés peuvent être limitées pour sauvegarder l'ordre public.

Ce pouvoir de limitation appartient au législateur dès lors que l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Ainsi, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans une décision récente sur la sécurité intérieure (mars 2003), il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent le respect de la vie privée (protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), la liberté d'aller et venir (protégée par l'article 4 de la Déclaration), ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution (en vertu duquel "Nul ne peut être arbitrairement détenu") place sous la surveillance de l'autorité judiciaire<sup>10</sup>.

De même, les mesures de police administrative susceptibles d'affecter l'exercice des libertés constitutionnellement garanties doivent être justifiées par une menace réelle pour l'ordre public, cette menace devant reposer sur des circonstances particulières caractérisant le risque de trouble à l'ordre public dans chaque espèce<sup>11</sup>.

## **III - Le contrôle de la conciliation par le Conseil constitutionnel**

Ce contrôle recourt à deux procédés: la vérification de la "proportionnalité" (A) et les "réserves d'interprétation" (B)

### **A - Le contrôle de proportionnalité**

En mars 2003, lors de l'examen de la "loi pour la sécurité intérieure", le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de faire le point sur la nécessaire conciliation entre liberté personnelle et ordre public (décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003). En particulier, il a exercé un contrôle de proportionnalité sur les dispositions critiquées par les parlementaires qui autorisaient, dans certaines circonstances, trois types différents de fouilles des véhicules. Ce faisant, il a rappelé, comme il le répète souvent, qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur.

Le premier type de fouilles permettait au parquet de mettre plus largement en œuvre les possibilités de visite de véhicules<sup>12</sup>. Il était prévu que les réquisitions visaient, au-delà de la recherche des terroristes, des auteurs d'infractions à la législation sur les armes et des trafiquants de stupéfiants, la recherche des auteurs de vols et de recel.

S'agissant de ces visites de véhicules réalisées sur réquisitions du procureur de la République, le Conseil constitutionnel a jugé que la conciliation assurée par ces dispositions entre les principes constitutionnels rappelés ci-dessus n'était entachée d'aucune erreur manifeste. Il a été tenu compte en particulier du fait que le parquet faisait partie de l'autorité judiciaire.

Le deuxième type de fouilles concernait les constats de flagrance.

Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions relatives aux visites de véhicules réalisées en vue de constater des infractions flagrantes étaient conformes aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées en raison de la condition à laquelle elles subordonnaient ces visites ("raisons plausibles de soupçonner..."). Il est à noter que cette dernière expression est celle utilisée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 5, §1, c).



Un troisième type de fouilles était autorisé dans le but de prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens.

S'agissant des visites de véhicules réalisées dans le cadre de la police administrative, le Conseil constitutionnel a estimé que ces dispositions satisfaisaient aux mêmes exigences constitutionnelles en raison de la condition à laquelle elles subordonnaient ces visites (menace pour l'ordre public, dont la réalité pourra être ultérieurement contrôlée par le juge compétent).

Le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur la constitutionnalité des fichiers de police. Je n'en parlerai pas ici par manque de temps. Je dirai seulement qu'en la matière, comme en matière de visites de véhicules, le Conseil constitutionnel a eu une approche concrète de la protection des droits fondamentaux.

Il a estimé que le risque, pour les libertés, de conserver dans un fichier de police la trace d'une agression commise (peut-être) par M X était moins grave que celui de ne pas retrouver cette information si M X était en effet l'auteur de faits délictueux et récidivait.

De la même manière, il lui est apparu que le risque, pour les libertés, de fouiller le coffre de la voiture de M Y (qui est peut-être vide) était moins grand que celui de laisser M Y emporter une bombe vers une foule.

Il s'agit là de l'application du "principe de précaution". Le Conseil (suivant sa jurisprudence antérieure et conformément à la Convention européenne des droits de l'homme) soumet cependant à une condition l'application pure et simple du principe de précaution en matière d'ordre public: il faut des "indices graves et concordants de commission de l'infraction" (inscription dans un fichier de police ou de gendarmerie), ou des "motifs raisonnables de croire qu'une personne va commettre une infraction" (visites de véhicules au titre de la police administrative).

## **B - L'utilisation de la technique des «réserves d'interprétation» dans la conciliation entre libertés et ordre public**

C'est dans le domaine de la conciliation entre ordre public et libertés que le Conseil a le plus appliqué la technique de "conformité sous réserve". J'en donnerai trois illustrations (b), après avoir rappelé en quoi consiste cette technique (a).

a- La technique de la conformité sous réserve

En vertu de l'article 62 de la Constitution: "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".

Cette autorité s'attache au dispositif des décisions, ainsi qu'aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire.

S'agissant des dispositions effectivement examinées par le Conseil, la décision du Conseil a une double autorité:

- l'autorité morale qui s'attache à sa jurisprudence, d'abord;
- l'autorité juridique qui s'attache, en vertu de l'article 62 de la Constitution, au dispositif de ses décisions ainsi qu'aux motifs qui en sont le soutien nécessaire.

Sur ce dernier point, la question des "réserves d'interprétations" mérite une attention particulière.

Les réserves d'interprétation traduisent ce fait que "les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées..."<sup>13</sup>.

Bien souvent en effet, la conformité d'une disposition législative aux principes constitutionnels n'est ni acquise, ni exclue par avance. Tout dépendra de la manière dont ce "droit en instance" dont seul est saisi le Conseil s'inscrira dans la réalité (décrets d'application, pratiques administratives, jurisprudence...).

Le recours aux réserves procède des contraintes du contrôle abstrait et préalable. Il est un corollaire

inévitable du contrôle de constitutionnalité à la française II permet au juge de s'évader de l'alternative conforme/non conforme en déclarant une disposition conforme à condition qu'elle soit interprétée (ou appliquée) de la façon indiquée par lui.

Dans chaque décision où le Conseil formule des réserves, le dispositif rappelle que les dispositions de la loi déclarées conformes à la Constitution ne le sont que "sous les réserves énoncées aux considérants" dont les numéros sont cités dans un but d'efficacité et de sécurité juridique.

Cette mention souligne que les réserves bénéficient d'une autorité absolue et erga omnes. Elles constituent en effet le soutien nécessaire d'une décision rendue dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité "abstrait", c'est-à-dire indépendant de tout litige concret né, entre particuliers, de l'application de la loi en cause.

Le juge chargé de l'application de la loi doit avoir présent à l'esprit que, si le Conseil n'avait pas émis telle réserve sur une disposition législative, il n'aurait pas permis sa promulgation.

La réserve s'incorpore donc à la loi. Une disposition législative ayant fait l'objet d'une réserve d'interprétation du Conseil n'existe dans l'ordre juridique que pour autant que la réserve est suivie d'effets.

b - Illustrations de l'utilisation des réserves d'interprétation en matière de conciliation entre libertés et ordre public

Je donnerai trois exemples de cette utilisation des réserves d'interprétation en matière de conciliation des libertés et de l'ordre public.

Décision n° 94-352 PC du 22 avril 1997: la loi interdisait la délivrance d'une carte de séjour temporaire aux étrangers vivant dans un état de polygamie. Le Conseil constitutionnel a précisé que cela ne concernait que les étrangers qui vivaient en France dans cet état. Un étranger à qui on aura refusé un titre de séjour pour ce motif pourra invoquer cette réserve et établir qu'il n'a qu'une épouse vivant avec lui en France.

Les deux autres exemples sont pris dans la décision récente du 13 mars 2003 sur la sécurité intérieure dont j'ai déjà parlé et qui comporte non moins de 13 réserves d'interprétation.

La première réserve concerne les fichiers de police. Le Conseil constitutionnel a exigé que la durée de conservation des faits impliquant des mineurs concilie, d'une part, la nécessité de rechercher les auteurs d'infractions et, d'autre part, celle d'assurer le relèvement éducatif et moral des mineurs délinquants.

La seconde concerne l'institution d'un délit d'outrage au drapeau national ou à l'hymne national lors de manifestations publiques organisées ou réglementées par les autorités publiques.

Les auteurs des deux saisines estimaient que l'institution de ce délit portait, une atteinte grave à la liberté d'expression, de conscience et d'opinion ».

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur les dispositions constitutionnelles suivantes:

Le deuxième alinéa de l'article 2 de la Constitution: "L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge"; à ceux de son troisième alinéa: "L'hymne national est, la Marseillaise".

L'article 10 de la Déclaration de 1789: "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi".

Enfin, l'article 11 de la Déclaration: "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi".

Le Conseil constitutionnel a opéré la conciliation qu'il lui appartenait d'assurer entre les exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus. On notera à cet égard que le champ de l'infraction était strictement délimité. N'étaient notamment pas visés les "outrages" proférés dans les oeuvres de l'esprit, dans des cercles privés ou lors de manifestations non organisées ou non réglementées par les autorités publiques.

Le Conseil a jugé que la peine que le législateur avait déterminée ne revêtait pas de caractère

disproportionné par rapport à l'infraction.

Enfin, il a émis une réserve d'interprétation en précisant que l'expression "manifestations réglementées par les autorités publiques", éclairée par les travaux parlementaires, devait être entendue comme se référant à des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent.

\*\*\*

La décision récente du Conseil constitutionnel sur la sécurité intérieure montre que la sauvegarde à la fois des libertés et de l'ordre public conduit le législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, à opérer de délicats arbitrages.

Les personnes intéressées trouveront en annexe une analyse plus technique de cette décision.

Le contrôle du Conseil consiste à vérifier qu'aucune des valeurs constitutionnelles en conflit potentiel n'est dénaturée ou sacrifiée à l'autre. Il comporte une part inévitable de subjectivité, sachant, je le répète, que le Conseil constitutionnel ne peut substituer son appréciation à celle du législateur. En effet, son pouvoir est de nature différente de celui du Parlement.

1 Propos rapportés par le Pr. François LUCHAIRE Naissance d'une constitution : 1848, p. 55 - Fayard, 1998

2 Art. 4 de la DDH (sûreté) et 66 de la Constitution

3 Décision IVG n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, p. 19 + 94

4 Décisions n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 (nationalisations), p. 18 ; n° 2001-455 DC (loi de modernisation sociale), p. 49, cdt 45

5 Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, p. 29

6 Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, p. 170

7 Art. 4 de la Constitution

8 Décision n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983

9 Ainsi les libertés touchant au respect de l'autonomie de la personne se rattachent à l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; celles relatives à la liberté d'agir à son article 4 ; les droits économiques et sociaux sont surtout fondés sur le Préambule de la Constitution de 1946 ; la liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; la liberté individuelle (au sens d'habeas corpus) a son siège dans l'article 66 de la Constitution de 1958...

10 En ce sens, à propos de la sécurité routière : n° 99-411 DC du 16 juin 1999, cons. 2, Rec. p. 75

11 n° 93-323 DC du 5 août 1993, cons. 9, Rec. p. 213

12 fixées, sous la législature précédente, par la loi du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne »

13 Gustavo Zagrebelsky, "La doctrine du droit vivant", AIJC n 2, 1986, p. 55.

## РЕЗЮМЕ

Общественный порядок — гарантия безопасности личности и имущества рассматривается юриспруденцией французского Конституционного Совета как щит" некоторых наиболее основных свобод: предупреждение посягательств на общественный порядок, повторяет он, часто необходимо для защиты прав, имеющих конституционную ценность".

Совет придал ему юридический статус и его защита является целью, имеющей конституционную ценность. По мнению Конституционного Совета, только законодателю надлежит совершить необходимое примирение между защитой свобод и сохранением общественного порядка, без которого осуществление свобод не может быть обеспечено". Следовательно, при некоторых обстоятельствах свободы могут быть ограничены для сохранения общественного порядка.

Это право на ограничение принадлежит законодателю в силу положения статьи 34 Конституции, гласящей, что закон устанавливает правила, касающиеся основных гарантий осуществления гражданами общественных свобод.

Однако Конституционный Совет осуществляет контроль этого примирения.

К примеру, меры полиции, могущие ущемить гарантированные конституционные свободы должны быть продиктованы реальной угрозой общественному порядку, эта угроза должна быть основана на исключительных обстоятельствах, характеризующих риск нарушения общественного порядка.

В этих целях он использует два вида техники: контроль пропорциональности и соответствие с оговоркой толкования, имеющей директивный или же нейтрализующий характер.

Применение оговорок исходит из трудностей и противоречий предварительного и абстрактного контроля. Это неизбежное последствие контроля конституционности по французской модели. Он позволяет судье уйти от альтернативы соответствие/несоответствие, провозглашая положение соответствующим при условии, что оно будет истолковано (или применено) указанным ему способом.

### LES LIMITES AUX ATTEINTES A LA LIBERTÉ D'EXPRESSION A TRAVERS QUELQUES ARRÊTS DE LA COUR D'ARBITRAGE DE BELGIQUE

JEAN-PAUL MOERMAN

*Juge à la Cour d'arbitrage de Belgique*

Dans le cadre du séminaire organisé par la Commission de Venise en coopération avec la Cour constitutionnelle d'Arménie sur le thème général "Les critères de base des restrictions aux droits de l'homme dans la pratique de la Justice constitutionnelle", je vous propose d'examiner "les limites aux atteintes à la liberté d'expression", à la lumière de quelques arrêts de la Cour d'arbitrage de Belgique.

Ensuite, sous forme d'annexe, figure une brève présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique: le contexte de sa création; ses compétences; son mode de saisine.

## **Les limites aux atteintes à la liberté d'expression**

### **I. L'arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996**

#### *a. Objet de l'arrêt*

Deux personnes privées demandent à la Cour d'arbitrage l'annulation de la loi du 23 mars 1995<sup>1</sup> tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale. Le premier requérant est connu comme révisionniste et il dénonce la limitation du droit à la liberté d'expression. La Cour accueille son recours. Elle admet son intérêt à attaquer une loi pénale qui limite la liberté d'expression dans un domaine où il exerce des activités d'édition. Son intérêt est suffisant.

Elle rejette en revanche le recours introduit par un autre requérant qui estime que la loi ne va pas assez loin: il ne démontre pas en quoi il pourrait être personnellement, directement et défavorablement affecté par la limitation de la répression. La Cour précise encore que le fait que le requérant désapprouve une loi sur la base d'une appréciation personnelle subjective ou de sentiments que cette loi suscite en lui n'est pas suffisant pour justifier son intérêt. Elle rejette ainsi ce qui apparaît n'être qu'une action populaire.

#### *b. Quant à la compétence de la Cour*

Le requérant reproche à la loi attaquée de porter atteinte à son droit à la libre expression d'une opinion. Avant 2003 la Cour n'était pas compétente pour contrôler la conformité d'une loi à toutes les libertés fondamentales. Elle va cependant accepter la recevabilité du moyen invoqué parce que le requérant combine la disposition constitutionnelle<sup>2</sup> ainsi que les dispositions internationales<sup>3</sup> avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination, la Cour considère en effet que: "les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine: les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant de conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct".

Cet arrêt est donc une illustration de l'extension des compétences à laquelle la Cour a procédé à partir des articles 10 et 11 de la Constitution.

#### *c. Quant au contrôle de la Cour*

Le problème posé à la Cour dans cette affaire revient à savoir si le législateur n'a pas méconnu les règles d'égalité et de non-discrimination en portant une atteinte discriminatoire à la liberté d'expression garantie par la Constitution et par des dispositions internationales. La loi rend en effet punissable le fait de nier, minimiser grossièrement, chercher à justifier ou approuver, de manière publique, le génocide commis par le régime national socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale.<sup>4</sup>

La Cour a d'emblée précisé que: "La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Elle vaut non seulement pour les " informations " ou " idées " accueillies avec

faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui choquent, inquiètent ou heurtent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lequel il n'est pas de société démocratique (Cour européenne des droits de l'homme, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, §49; 20 septembre 1994, Otto-Preminger-Institut c/ Autriche, § 49)". L'on relèvera au passage que la Cour se fonde expressément sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (combiné avec les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination) et se réfère pour l'interprétation de cette disposition à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour ajoute toutefois immédiatement que la liberté d'expression n'est pas absolue "Indépendamment de ce que chacun est tenu de respecter la liberté d'opinion d'autrui constitutionnellement protégée, il résulte de l'article 19 de la Constitution combiné avec l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 19.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que la liberté d'expression peut être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent, dans une société démocratique, des mesures nécessaires à la protection des objectifs explicitement mentionnés dans les dispositions conventionnelles précitées".

Lorsque la Cour contrôle une disposition au regard des règles d'égalité et de non-discrimination, un instrument de mesure important est la volonté du législateur telle qu'elle apparaît des travaux préparatoires de la loi. Elle constate ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires que ce législateur "était pleinement conscient de l'importance fondamentale du droit à la liberté d'expression puisqu'il a volontairement cherché à définir l'objet de la répression de manière restrictive et sans équivoque". La Cour ajoute que de façon générale d'ailleurs cette loi appelle une interprétation restrictive, "en ce qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression et en ce qu'elle est une loi pénale". Elle dégage ensuite les éléments constitutifs du délit en recherchant la signification de chacun des termes utilisés par le législateur ("nier", "approuver", "chercher à justifier", "minimiser grossièrement"). Elle conclut de cette analyse que tous ces comportements présentent le trait commun "qu'il n'est guère concevable de les adopter sans vouloir, ne fût-ce qu'indirectement réhabiliter une idéologie criminelle et hostile à la démocratie et sans vouloir, par la même occasion, offenser gravement une ou plusieurs catégories d'êtres humains". Cet élément moral est important, même si le législateur ne l'a pas retenu en raison des difficultés de preuves et le juge conserve un pouvoir d'appréciation à cet égard.

La Cour conclut de son analyse des travaux préparatoires que le législateur a été mû par un double souci: le combat contre une menace pour une société démocratique et le besoin social impérieux d'agir contre des manifestations d'opinion infamante et offensante pour la mémoire des victimes de génocides pour leurs survivants et en particulier pour le peuple juif lui-même. La cour considère que la loi répond ainsi à un besoin social impérieux.

Elle vérifie ensuite si la mesure peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique, au sens des dispositions internationales citées plus haut c'est-à-dire comme proportionnée dans une telle société à l'objectif poursuivi par le législateur. Elle admet à cet égard que le législateur intervienne de manière répressive lorsqu'un droit fondamental est exercé de manière telle que les principes de base de la société démocratique s'en trouvent menacés et qu'il en résulte un dommage inacceptable pour autrui. Elle relève ensuite que la loi rejoint des initiatives semblables de plusieurs pays européens: "le législateur belge peut légitimement redouter que, en l'absence d'une législation similaire, la Belgique ne devienne le refuge du négationnisme".

La Cour prend enfin en compte l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>6</sup> "Cette disposition vise ainsi à exclure de la sphère de protection de la Convention européenne des droits de l'homme les abus de droits fondamentaux commis par des régimes antidémocratiques, des groupements ou des individus".

La Cour précise encore que la définition que la loi donne des faits punissables implique qu'un pouvoir d'appréciation soit exercé par le juge pénal qui devra déterminer, dans chaque cas où cesse le caractère scientifique de la recherche et des soucis d'objectivité dans l'information. "Un tel pouvoir est nécessaire en raison de la multiplicité et de la subtilité des formes que peut emprunter l'expression des thèses négationnistes".

## **II. L'arrêt n° 69/2003 du 14 mai 2003**

### *a. Objet de l'arrêt*

Dans cette affaire, la Cour est aussi saisie d'un recours en annulation contre des dispositions d'une loi-programme du 30 décembre 2001 qui interdisent, sous peine de sanctions pénales, le fait de donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger, via l'infrastructure des télécommunications.

Le recours est introduit par une association sans but lucratif (la Ligue des droits de l'homme), qui a pour objet de combattre l'injustice et toute atteinte arbitraire aux droits d'un individu ou d'une collectivité, qui défend les principes d'égalité, de liberté et d'humanisme sur lesquels se fondent les sociétés démocratiques et qui ont été proclamées notamment par la Constitution belge et la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour d'arbitrage accepte le recours introduit par une personne morale lorsqu'il existe un lien suffisant entre son objet social et la loi en cause. Dans cet arrêt, elle admet l'intérêt à agir de la Ligue des droits de l'homme parce que les dispositions attaquées limitent, au moyen de mesures pénales, la possibilité de communiquer et, en ce sens de s'exprimer, de toute personne.

### *b. Quant au contrôle de la Cour*

Comme dans l'arrêt précédent, les critiques contre la loi portent sur une différence de traitement entre personnes: la requérante dénonce le fait que seules les personnes qui émettent ou tentent d'émettre des communications en utilisant l'infrastructure des télécommunications sont privées de libertés fondamentales.

La Cour relève d'abord que les différences de traitement critiquées sont fondées sur un critère objectif, à savoir celui de l'utilisation de l'infrastructure des télécommunications pour donner ou tenter de donner des communications visées.

La Cour recherche ensuite l'objectif poursuivi par le législateur, tel qu'il apparaît des travaux parlementaires. Elle conclut que les dispositions attaquées s'inscrivent dans un ensemble de mesures par lesquelles le législateur entend réagir contre les comportements abusifs constatés dans un secteur ayant connu récemment un développement important.

Elle vérifie ensuite si les mesures prévues permettent d'atteindre cet objectif et elle estime que ces mesures sont effectivement pertinentes. Elle relève d'ailleurs qu'elles constituent le pendant des dispositions prévues en matière de radiocommunication.

Lorsque des droits et libertés sont en jeu, la Cour d'arbitrage est souvent plus sévère dans son contrôle de la proportionnalité de la mesure. Il lui apparaît dans certains cas que si la mesure est effectivement pertinente et permet d'atteindre le but poursuivi par le législateur, elle n'était peut-être pas pour autant nécessaire : plus exactement une autre mesure (moins lourde, moins restrictive pour les droits et libertés),

aurait pu atteindre ce but avec la même efficacité.

Dans l'arrêt analysé, le principe en cause est le principe de la légalité des incriminations et des peines. La Cour déduit des articles 12, alinéa 2<sup>7</sup>, et 14<sup>8</sup> de la Constitution, l'existence pour tout citoyen de la garantie qu'aucun comportement ne sera punissable et qu'aucune peine ne sera infligée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

La Cour admet tout d'abord que le législateur crée un délit spécifique pour les communications qui sont transmises via l'infrastructure des télécommunications. Ce mode de communication permet en effet d'atteindre rapidement un grand nombre de personnes qui peuvent se trouver très loin de l'auteur des communications. Par contre la Cour n'admet pas que le législateur utilise des termes aussi vagues que "communication portant atteinte au respect des lois". "Le principe de l'égalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir au moment où il adopte un comportement si celui-ci est ou non punissable. Or, quelle qu'ait pu être l'intention du législateur, même une conduite aussi légitime en démocratie, que celle qui consiste à critiquer en termes sévères une loi déterminée, ne pourrait être menée avec la certitude de n'être pas exposée à une répression pénale fondée sur un texte ainsi libellé". L'expression "atteinte à la sécurité de l'Etat" n'est pas non plus conforme parce qu'elle n'a pas un contenu normatif suffisamment précis pour définir une infraction pénale. Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs ainsi que la notion de faute ne sont pas non plus suffisantes pour constituer à elles seules la définition d'une infraction pénale, sans créer une insécurité inadmissible<sup>9</sup>.

La Cour se montre également sévère en ce qui concerne l'offense à l'égard d'un Etat étranger qui ne peut, sans plus de précision, être érigée en infraction "sans attenter à la liberté de manifester des opinions".

La Cour a donc décidé en cette affaire d'annuler les dispositions en cause.

### **III. L'arrêt n° 62/93 du 15 juillet 1993**

#### *a. Objet de l'arrêt*

Il s'agit de recours en annulation partielle des articles 4 et 5 de la loi du 24 juillet 1992, modifiant certaines dispositions relatives aux statuts du personnel du cadre actif de la gendarmerie introduits par certaines organisations syndicales professionnelles.

Les dispositions dont l'annulation est demandée prévoient notamment que les membres du personnel s'abstiennent en toutes circonstances, de manifester publiquement leurs opinions politiques et de se livrer à des activités politiques et qu'il leur est interdit de s'affilier ou de prêter leur concours à des partis politiques, de même qu'à des mouvements, groupements, organisations ou associations poursuivant des fins politiques.

#### *b. Recevabilité*

Aux termes de l'article 2, 2°, de la loi du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, la partie requérante doit être une personne physique ou morale justifiant d'un intérêt.

Les organisations syndicales qui sont des associations de fait n'ont pas en principe la capacité requise pour introduire un recours auprès de la Cour.

La Cour décide qu'il en va toutefois autrement lorsqu'elles agissent dans les matières pour lesquelles elles sont légalement reconnues comme formant des entités juridiques distinctes et que, alors qu'elles sont légalement associées en tant que telles au fonctionnement des services publics, les conditions même de



leur association à ce fonctionnement sont en cause.

La Cour considère donc “qu’en ce qu’elles agissent contre des dispositions qui ont pour effet de restreindre leurs prérogatives, les parties requérantes doivent être assimilées à une personne pour l’application de l’article 2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d’arbitrage... et qu’elles justifient de l’intérêt requis pour demander l’annulation.”

c. Contrôle de la Cour

La liberté d’expression peut être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent dans une société démocratique, des mesures nécessaires entre autres au maintien de l’ordre.

Afin de garantir le fonctionnement des institutions vitales pour un Etat démocratique de droit ainsi que les droits des citoyens, il peut être nécessaire d’imposer certaines limitations à la liberté d’expression, plus particulièrement en vue d’assurer le respect du droit et le maintien de l’ordre.

La disposition qui prévoit que les membres du personnel du cadre actif du corps opérationnel de la gendarmerie “s’abstiennent en toutes circonstances, de manifester publiquement leurs opinions politiques et de se livrer à des activités politiques”, disposition qui vise les prises de position et activités politiques qui ont un caractère nettement public, n’est pas, manifestement disproportionnée à l’objectif visé, qui est de garantir un service de police efficace dont l’impartialité soit incontestable, au bénéfice des autorités et des citoyens, en vue de protéger le bon fonctionnement de la démocratie.

**IV. L’arrêt n° 65/93 du 15 juillet 1993**

L’article 20<sup>10</sup> de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques emporte inévitablement, en prescrivant la nécessité d’un équilibre entre ces tendances lors des recrutements et des promotions des agents des établissements et organismes culturels, que ces agents puissent se voir défavorisés, en dépit de leurs mérites, en raison de leurs convictions idéologiques ou philosophiques. Il comporte en outre le risque de défavoriser ceux qui usent du droit qu’a tout citoyen de ne pas prendre publiquement parti. Il défavorise encore ceux qui sont en accord avec une tendance sur certaines questions, avec une autre sur d’autres points. L’inégalité de traitement qui en résulte étant fonction des convictions de chacun, elle met en cause des principes relatifs à la vie privée ainsi qu’à la liberté d’exprimer ou ne pas exprimer les opinions personnelles.

Le législateur peut légitimement veiller à des équilibres mais il manque au principe de proportionnalité en recourant, pour atteindre cet objectif, à un système qui impose à l’autorité chargée de nommer et de promouvoir les agents en tenant compte de la nécessité de garantir un équilibre entre les tendances idéologiques et philosophiques, de déroger au principe d’égalité en considération des convictions personnelles. Il en est ainsi d’autant plus que le système impose, sur le plan des principes, un sacrifice certain pour un avantage qui reste conjectural. Ce n’est pas encourager chaque agent à exercer ses fonctions avec impartialité que de rendre officielle la tendance qu’il est incité à déclarer et d’attacher à celle-ci des conséquences sur le plan de la carrière. Enfin, la loi n’indique même pas de limite à la mesure dans laquelle il peut être dérogé à l’égalité en faveur des normes de répartition qu’elle lui oppose.

\*\*\*

## Annexe

(Brève présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique)

La Cour d'arbitrage est uniquement habilitée à contrôler les normes ayant force de loi. Par normes ayant force de loi, sont visées les dispositions aussi bien matérielles que formelles adoptées par le Parlement fédéral (lois) et par les Parlements des Communautés et des Régions (décrets et ordonnances).

Toutes les autres normes (par exemple: arrêtés royaux, arrêtés des gouvernements des Communautés et des Régions, arrêtés ministériels, règlements et arrêtés des provinces et des communes, ou décisions judiciaires), ne sont pas de la compétence de la Cour.

La Cour d'arbitrage doit son nom à sa fonction initiale d'arbitre fédéral. Elle s'est vue attribuer, par l'article 142<sup>11</sup> de la Constitution, le pouvoir exclusif de contrôler les lois au regard des règles qui déterminent les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions. Ces règles de compétences figurent tant dans la Constitution que dans les lois (généralement adoptées à une majorité spéciale) prises en exécution de la Constitution.

Dès la révision de la Constitution de 1988, la Cour d'arbitrage a le pouvoir, de se prononcer sur la violation, par une loi, de trois droits et libertés fondamentaux garantis par la Constitution, à savoir: le principe d'égalité (article 10<sup>12</sup>), la non-discrimination (article 11<sup>13</sup>) et les droits et libertés en matière d'enseignement ainsi que la liberté de celui-ci (article 24<sup>14</sup>).

Dans sa jurisprudence, la Cour d'arbitrage a étendu elle-même sa compétence, de manière indirecte, à d'autres droits et libertés fondamentaux. Selon cette jurisprudence, les articles 10 et 11 de la Constitution ont en effet une portée générale et interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine, de sorte que les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés attribuées aux Belges, soit par la Constitution, soit par des dispositions de conventions internationales ayant effet direct.

L'article 142 de la Constitution permet d'étendre le contrôle de la Cour à d'autres dispositions constitutionnelles, pour autant qu'une loi spéciale intervienne. Une telle loi intervient le 9 mars 2003 : elle étend les compétences de la Cour d'arbitrage à l'ensemble du Titre II de la Constitution qui consacre les droits et libertés fondamentaux ainsi qu'aux articles 170<sup>15</sup> et 172<sup>16</sup> (fiscalité) et l'article 191<sup>17</sup> de la Constitution (droits des étrangers). Auparavant la Cour contrôlait ces dispositions à travers le prisme de l'égalité et de la non-discrimination. Désormais elle peut directement contrôler une loi au regard de ces droits fondamentaux.

La Cour d'arbitrage peut être saisie de deux manières. Soit par un recours en annulation introduit par une autorité désignée par la loi et par toute personne justifiant d'un intérêt. Soit à titre préjudiciel par toute juridiction (question préjudicielle).

Les autorités et personnes pouvant introduire un recours en annulation auprès de la Cour sont le Conseil des ministres et les gouvernements des Communautés et Régions, les Présidents de toutes les assemblées législatives à la demande des deux tiers de leurs membres, les personnes morales et physiques belges ou étrangères, en ce compris des groupements tant de droit privé que de droit public, à condition qu'ils justifient d'un intérêt. Concernant les questions préjudicielles, précisons que si une juridiction est confrontée à une question de constitutionnalité, elle doit en principe poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. La procédure devant cette juridiction est alors suspendue jusqu'à ce que la Cour ait rendu un arrêt. Si la Cour d'arbitrage déclare que la norme considérée est contraire à la Constitution, le juge qui a posé la question préjudicielle ne pourra plus en faire application dans le traitement ultérieur de la cause. Cette norme continue cependant à exister dans l'ordre juridique.

La Cour est composée de douze juges, nommés à vie par le Roi sur une liste double, présentée alternativement par la Chambre des représentants et le Sénat. Cette liste est adoptée à la majorité des deux

tiers au moins des suffrages des membres présents.

Six juges appartiennent au groupe linguistique français et six juges au groupe linguistique néerlandais. L'un d'entre eux doit avoir une connaissance suffisante de l'allemand. Dans chaque groupe linguistique, trois juges ont une expérience de cinq ans au moins comme membre d'une assemblée parlementaire et trois juges ont exercé dans le domaine du droit (professeur de droit dans une Université belge, magistrat à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, référendaire à la Cour d'arbitrage).

Chaque groupe linguistique élit en son sein un président qui assume à tour de rôle, pour une période d'un an, débutant le premier septembre de chaque année, la présidence "en exercice" de la Cour, le président du groupe linguistique néerlandais les années paires, le président du groupe linguistique français les années impaires.

La Cour d'arbitrage a été créée en 1980.

Avant 1970, depuis la création de l'Etat belge en 1830, soit un siècle et demi, la Constitution belge est restée à peu de chose près inchangée. Elle connaissait des structures unitaires. Cette situation se modifie profondément le 24 décembre 1970. Les Communautés française et flamande sont créées, et sont pourvues de compétences législatives autonomes. L'on peut dire que l'on se trouve alors en présence d'un Etat "presque fédéral".

Afin de tenir compte de cette situation nouvelle, qui induit la multiplicité des autorités législatives, une disposition constitutionnelle importante, l'article 59bis, prend soin de préciser, dans son paragraphe 8, que "la loi organise la procédure tendant à prévenir et à régler les conflits entre la loi et le décret, ainsi qu'entre les décrets".

La prévention des conflits est prise en charge par la section de législation du Conseil d'Etat. Le règlement des conflits, lui, est attribué – par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat – à une section des conflits de compétences qui est censée devoir être organisée au sein de cette institution. Les membres de cette section ne seront, cependant, jamais désignés. L'institution sera supprimée, en 1983, avant d'avoir été mise en place. La Constitution belge est révisée une nouvelle fois le 29 juillet 1980. L'article 59bis, § 8, subsiste. Mais une disposition nouvelle est inscrite dans un chapitre IIIbis, intitulé: "Prévention et règlement de conflits". C'est l'article 107ter. Il prolonge et élargit – notamment aux Régions – la portée de l'article 59bis. Il établit une institution nouvelle. Désormais, "il y a pour toute la Belgique une Cour d'arbitrage...".

Une disposition transitoire est également conçue à ce moment: "L'article 107ter entre en vigueur dans les six mois qui suivront sa promulgation. La loi organise, à titre transitoire, une procédure tendant à prévenir et à régler les conflits entre la loi et le décret, ainsi qu'entre les décrets".

Il faudra près de trois ans pour concevoir cette loi, à savoir la loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage. Il faudra attendre encore plus d'un an pour voir désigner les premiers membres de la Cour et installer la nouvelle juridiction.

L'article 142 de la Constitution laisse la porte ouverte à de nouvelles évolutions. Il permet, en effet, à une loi spéciale – celle relative à la Cour d'arbitrage ou une autre – d'étendre les attributions de la Cour. Il la charge de déterminer des articles de la Constitution, autres que les articles 10, 11 et 24, que les lois, décrets et ordonnances ne seraient violés sans encourir une annulation par la Cour d'arbitrage. Ce fut le cas très récemment d'ailleurs, en 2003. A titre plus anecdotique, notons que certains s'interrogent sur les changements d'appellation que la Cour d'arbitrage pourrait connaître. Le terme de "Cour constitutionnelle" généralement proposé, à l'instar de ce qui se fait dans d'autres états européens – comme l'Allemagne et l'Italie -. L'appellation de "Cour constitutionnelle fédérale" pourrait également fort judicieusement s'imposer.

La partie qui introduit un recours en annulation peut aussi demander la suspension de la loi.

Selon l'article 19 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, "à la demande de la partie requérante, la Cour peut,

par une décision motivée, suspendre en tout ou en partie la loi, le décret ou la règle visée à l'article [134] de la Constitution [soit l'ordonnance], qui fait l'objet d'un recours en annulation". Plusieurs conditions sont requises pour la mise en œuvre d'un pareil recours.

La Cour ne suspend une loi que si des moyens sérieux sont invoqués et que l'exécution immédiate de la loi risque de causer un préjudice grave difficilement réparable. Les arrêts de suspension sont rares (11 sur un total de plus de 1.500 arrêts).

1 ,Article 1er. Est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six à cinq mille francs quiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale.

Pour l'application de l'alinéa précédent, le terme génocide s'entend au sens de l'article 2 de la Convention internationale du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Le condamné peut, en outre, être condamné à l'interdiction conformément à l'article 33 du Code pénal.

Art. 2. En cas de condamnation du chef d'infraction à la présente loi, il peut être ordonné l'insertion, du jugement intégralement ou par extrait, dans un ou plusieurs journaux, et son affichage, aux frais du condamné.

Art. 3. Sont applicables à la présente loi le Chapitre VII du livre premier du Code pénal et l'article 85 du même Code.

Art. 4. Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, ainsi que toute association jouissant de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans à la date des faits, et qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la résistance ou des déportés, peuvent ester en justice dans tous les litiges auxquels l'application de la présente loi pourrait donner lieu.»

2 L'article 19 de la Constitution énonce :

, La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. »

3 L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

, 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

L'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose :

,1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3 L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques. »

4 La loi précise encore que le terme génocide s'entend dans le sens de l'article 2 de la Convention internationale du

9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

5 Ce terme est celui qui pose sans doute le plus de problèmes mais la Cour estime que l'adjonction du mot , grossièrement » est d'une grande importance. , Il apparaît très clairement, dans les travaux préparatoires, que le législateur ne vise pas le fait de minimiser sans plus, mais uniquement le fait de minimiser à l'extrême et, par là même, de manière grave, outrancière ou offensante ».

6 Qui dispose : qu' , aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention».

7 ,Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit. »

8 ,Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi. »

9 La cour admet en revanche le recours aux notions d'ordre public et de bonnes mœurs en droit civil, même si elles se prêtent à des définitions extensives.

10 L'article 20 de la loi du 16 juillet 1973 énonce : , En ce qui concerne les membres du personnel exerçant des fonctions culturelles dans les établissements et organismes culturels, le recrutement, la désignation, la nomination et la promotion tant du personnel statutaire et temporaire que du personnel recruté sous contrat doit se faire selon le principe de l'égalité des droits sans discrimination idéologique ou philosophique et selon les règles de leur statut respectif, en tenant compte de la nécessité d'une répartition équilibrée des fonctions, attributions et affectations entre les différentes tendances représentatives, d'une présence minimale pour chacune des tendances et en évitant tout monopole ou toute prédominance injustifiée de l'une de ces tendances».

11 L'article 142 de la Constitution énonce : ,Il y a, pour toute la Belgique, une Cour d'arbitrage, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi.

Cette Cour statue par voie d'arrêt sur:

1° les conflits visés à l'article 141;

2° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles 10, 11 et 24;

3° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles de la Constitution que la loi détermine.

La Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction.

Les lois visées à l'alinéa 1er, à l'alinéa 2, 3°, et à l'alinéa 3, sont adoptées à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa».

12 L'article 10 de la Constitution énonce: ,Il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres.

Les Belges sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.

L'égalité des femmes et des hommes est garantie».

13 L'article 11 de la Constitution énonce: ,La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination. A cette fin, la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques».

14 L'article 24 de la Constitution énonce : , § 1er. L'enseignement est libre; toute mesure préventive est interdite; la répression des délits n'est régie que par la loi ou le décret.

La communauté assure le libre choix des parents.

La communauté organise un enseignement qui est neutre. La neutralité implique notamment le respect des

conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves.

Les écoles organisées par les pouvoirs publics offrent, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

§ 2. Si une communauté, en tant que pouvoir organisateur, veut déléguer des compétences à un ou plusieurs organes autonomes, elle ne le pourra que par décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés.

§ 3. Chacun a droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux. L'accès à l'enseignement est gratuit jusqu'à la fin de l'obligation scolaire.

Tous les élèves soumis à l'obligation scolaire ont droit, à charge de la communauté, à une éducation morale ou religieuse.

§ 4. Tous les élèves ou étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement sont égaux devant la loi ou le décret. La loi et le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié.

§ 5. L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret».

15 L'article 170 de la Constitution énonce : , § 1er. Aucun impôt au profit de l'État ne peut être établi que par une loi.

§ 2. Aucun impôt au profit de la communauté ou de la région ne peut être établi que par un décret ou une règle visée à l'article 134.

La loi détermine, relativement aux impositions visées à l'alinéa 1er, les exceptions dont la nécessité est démontrée.

§ 3. Aucune charge, aucune imposition ne peut être établie par la province que par une décision de son conseil.

La loi détermine, relativement aux impositions visées à l'alinéa 1er, les exceptions dont la nécessité est démontrée.

La loi peut supprimer en tout ou en partie les impositions visées à l'alinéa 1er.

§ 4. Aucune charge, aucune imposition ne peut être établie par l'agglomération, par la fédération de communes et par la commune que par une décision de leur conseil.

La loi détermine, relativement aux impositions visées à l'alinéa 1er, les exceptions dont la nécessité est démontrée. »

16 L'article 172 de la Constitution énonce : , Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts.

Nulle exemption ou modération d'impôt ne peut être établie que par une loi. »

17 L'article 191 de la Constitution énonce : , Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi».

## PE3IOME

Êîrêðàòíúé è äàðàëüíúé áíàèèç ðàøáíéé Àðàèððàæííâî Ñóàà Ááëüàèè ïñâýùáí íâíé íàèàñðè íððàíè-áíéé íðàà ÷-áëíââèà - íððàíè-áíèð ñâíáíâü âúðàæáíèý ííáíèý. Á íððâíî ñëó-ââ (ääëí N° 45/ 96 íð 12.07.1996) èñðâö, ðâáíðàðùèè â ñòâðâ èçààðàëüñðàà, ððâáíâèè íðíáíú çàèíâ íð 23 ìððà 1995 âíââ í íàèàçáíèè çà íððèèðàíèâ, ìèíèèèçàðèè èèè ñðâââáíèâ äâííèèè, ñíââðøáííâî íáíáèèè íàèèíâè-ñíòèàèèèèèèèè-âñèè ðâæèíí âí âðâíý âòíðíé ìèðíáíè áíéíú, ñíñèààøèñü íà íððàíè-áíèè íðààâ íà ñâíáíâó âúðàæáíèý ííáíèý.

Աի 2003 աիաա Նոա աւե եթաի եմիադաիօեե եիւծիեծիաաօս նմոաաոնօաեա շաեիա աիա նմիաիւն նաիաիաա, ի ռաե եաե ենօաօ եմիաեթիաաե նաիե եմնօեծօթիւնա լծաա ն իիեաթաիյե ռօաօիւ 10 ԱԷԻ×, Օի Նոա իա նմիաաիե ռօաօաե 10 և 11 Էմնօեծօթե ծաթօեթե նաիե իեմի-եյ և լծիյե աաե լ ծառնիւծաթ.

Նոա լօլաօե, -Օի նաիաա աւծաթաիյ իաիյ յաեյաօնյ իաիե և ռօաաոաաիւօ նմա աաիեծաօ-աիեիա իաաոաա. Իա եաաաօնյ իա ռիեիե լօլօիաօե, ն-եօաթաեիյ աաթիաեիե եե աաճաճե-իե, ի և լօլօիաօե, ելօլօա թիեծօաօ, աաիեիեօ աիոաաոնօաի եե -աոնյ իաիաթաիյ. Աա իթթաեթիա, ռաթիեմնօ և լօեծիւօնօ իաօ աաիեծաօ-աիեիա իաաոաա. Աաոնօ ն ռա Նոա իեաաաօ, -Օի և ռօաօիւ 19 Էմնօեծօթե, նեմիաեթիաաիե ն ռօաօիւաե 10.2 ԱԷԻ× և ռօաօիւաե 19.3 Իաթօլիաթիաիա Իաօա ի ածաթաաիեթօ և իեօեծ-աիեթօ լծաաօ աւօաեաօ, -Օի նաիաա աւծաթաիյ իաօօ աւօս ն-եիա իաելօլօիւն ռիաեիւմնօյ, ռեիաեյ, իաթաի-աիեյ եե նաիեթօյ, լծաոնիւծաիւն շաիմ, լօլօիւա ա աաիեծաօ-աիեիա իաաոաա յաեյթօնյ իալօլիաեիւն իաթաի աեյ շալօօս ռաեաե, և շաիաիւն ա ծաիա ռաթաիւն աիաիաթիւն իիեաթաիյօ. Նոա, իաիաօ, ն ռօ-աօն ռօաօիւ 17 ԱԷԻ× ռաթաե, -Օի “յօլ իիեաթաիա եթթ-աա և ռօաօս շալօօս ԱԷԻ× շալօլօլիաթաիյ նմիաիւն լծա, նաաթթաիւն ալօեաաիեծաօ-աիեիե ծաթաիա, ածօրաիե եթ եե լիաեաթօլաի”.

Նոա ռօլ-իե, -Օի իծաաթաիա, ի լօլօիւն շաի լծաոնիաօթաաօ իաթաիա շա աաիյ, իաթաթօլաաաօ, -Օի ռաիաիաիւ ռօաիւ աթաի լիաօս լծաի իա լօլիօ և ի աթաի իծաաթօօս ա եաթաի ռօ-աա, աա ել-աաօնյ իաօ-իւն ռաթաօաթ եթթաաիաիյ և շալօ իա իալաեթաիմնօ ա լօլօիաօե. “Օաեյ եմիադաիօյ իալօլիաեի ա ռեթ իիաթաիա և աեթաօլիմնօ ռի, լօլօիւն իաօ իաթաի աւծաթաիա իաաթօլիեթօ ռաի”.

Ա ածաի ռօ-աա ծա-իւ եաօ իա իաթաիաե իաիեիւեթօ լօլօիթիւն լծաիթաօե ի -աի-իմն ալօթօթիաիե ռօաօաե 4 և 5 շաիա լօ 24.07.1992 աիա, և լիաթաիա իալօլօիւն իիեաթաիյ Օնօաա իաթաիաա շալօլիաթօ, նաթաի լօլօիւն և շալօլիաօնյ լօաե-ի լիաթաիյ իեօեծ-աիեիա իաիա և ռ-աիաիաաօս ա իեօեծ-աիեթօ լաթիլօլօյ, իաթաիաօս իմնիւն իեօեծ-աիեի լաթօլի.

Նոա լօթաթա և եթա, լծթաա նաաաթաիմնօ և լիմնօթաիաիւն լաթ, լծաոնիւծաիւն շալօլի ա եա-աիաա աաթաիեթ աալօթաիմնօ լիմնօթօլի, շաթաիա աթաիւն աեյ աաիեծաօ-աիեիա և լծաիաիա աիոաաոնօա և աեյ լծա ածաթաի. Ն ռաթա իաաի-աիյ շալօլիմնօ և իաաթաիյ իաաոաաիա իծաաե իաօ աիթիեթօս իալօլիաիմնօ աիաիաիյ իալօլօիւն իաթաի-աիե նաիաիւն աւծաթաիյ.

## БИБЛЕЙСКАЯ МОТИВАЦИЯ ОГРАНИЧЕНИЙ

РАФАЕЛ ПАПАЯН

член Конституционного Суда  
Республики Армения, к.ф.н.

Вполне осознаем, что в современном секуляризованном мире, как правило, вовсе не ощущается необходимость трансцендентных обоснований тех или иных достижений человеческой мысли, в том числе в области права. Тем не менее необходимость эта есть, хотя она и не осознана. Цель настоящей работы-наметить хотя бы приблизительный абрис библейских аналогов и обоснований следующих исходных тезисов, стоящих в ряду основных постулатов современного права: 1) дозволено все, что не запрещено; 2) права человека могут быть ограничены лишь для обеспечения прав других (та же цель подразумевается под прочими традиционными обоснованиями-безопасность государства, общественный порядок и т.п.).

Относительно первого тезиса следует отметить, что в установке дозволенности всего незапрещенного заключена правовая основа свободы. А если это так, то, значит,

запреты и ограничения прав являются условием бытия свободы. Отсюда и возникает необходимость второго тезиса, настолько аксиоматичного, что положение, изложенное в нем, почти слово в слово повторяется во многих основополагающих международных документах по правам человека, равно как и в конституциях и национальных законодательствах многих государств. Помимо обозначения цели возможных ограничений и запретов, в национальных конституциях и законодательствах отмечается также, какие именно права не могут быть ограничены ни коим образом и ни в каких ситуациях. Однако ни описание целей запретов или ограничений, ни фиксация конкретных прав, подлежащих в определенных случаях ограничению, не отвечают на более глобальный вопрос: в какой своей части может или даже должна быть усечена свобода? Вопрос этот становится все более актуальным хотя бы потому, что сегодня мы видим, насколько зыбки и неопределенны границы прав человека, как бесконтрольно расширяется их круг, зачастую переступая естественные границы наших представлений о свободе и ее соотношении с моралью или традициями. Мы-свидетели того, как свобода слова и информации перерастает в пропаганду насилия, порнографии и безвкусицы, свобода совести — в разгул бесовщины, как появляются новые и новые сбивающие с толку термины, вроде "свободная любовь", "сексуальная революция" и "меньшинства по признаку сексуальной ориентации", как демагогия феминистических движений, фактически рассматривая права женщин как нечто отличное от прав человека, пытается превратить женщину в бесполое существо, как духовные ценности переводятся в контекст рыночных, как эфтаназия превратила в предмет дискуссий вопрос, до сих пор кажущийся бесспорным: — имеет ли врач право убивать и пр. Для определения того, в какой своей части права и свободы могут и должны быть ограничены, нам придется, как это ни странно, вспомнить первые главы Библии и переместиться в Едем, где, как увидим далее, впервые сработал принцип дозволенности всего незапрещенного. Даже если пойти навстречу тем, кто скептически относится к библейским откровениям, и отказаться от едемской версии возникновения этого принципа, то придется просто подчеркнуть, что принцип этот, будучи изложен величайшим законодателем древности Моисеем, вопреки устоявшемуся мнению, не является достижением правовой мысли нового времени, а восходит, если не к Едему, то, по крайней мере, к середине II тысячелетия до Р. Х. Сотворив человека, Господь ограничил его свободу единственным запретом-не есть с древа. Лаконичная фраза "не ешь" вместе с предшествующим подчеркиванием свободы и с последующим предостережением составляет всѣ едемское "законодательство": "От всякого дерева в саду ты будешь есть; а от дерева познания добра и зла, не ешь от него; ибо в день, в который ты вкусишь от него, смертью умрешь"» (Быт. 2:16-17). Этот ключевой момент Священного Писания привлекал внимание не только богословов, но уже и юристов. Отмечалось, что это краткое предложение покрывает обширнейшее правовое поле: "Первозакон представляет собой норму и закон одновременно. Норму потому, что он сконструирован по типу современной классической нормы-гипотеза, диспозиция, санкция. Закон же он потому, что исходит от Высшей власти, может быть принудительно исполнен, распространяется на конкретных субъектов, облечен в форму заповеди, определяет механизм исполнения наказания и вытекающие из него последствия"<sup>1</sup>.



В плане интересующей нас проблемы важно заметить, что стержнем всего процитированного библейского законодательного пассажа, регулирующего жизнь в едемском раю, является вовсе не та его часть, где зафиксировано право пользоваться плодами сада, а та, в которой отмечен запрет. Будучи стержнем, он и становится фактором, определяющим судьбы человечества. Усердием отцов Церкви давно выяснен богословский смысл этого запрета. Для нас же важно определить, что же скрывалось за запретом в плане юридическом. Возможно, это подскажет, какие из «новинок» международно признанных норм являются истинной ценностью, не подлежащей ограничениям, а какие из них представляют собою антиценность. Раскрытие правового смысла выражения «не ешь» попытаемся начать с небольшого лингвистического отступления.

В русском языке слова «миръ» и «миръ» означают, соответственно, всѣ творение и умиротворенность<sup>2</sup>. То обстоятельство, что они являются омофонами, а современной орфографией превращены в полные омонимы, на самом деле исполнено глубокого духовного смысла. Его постижению могли бы помочь слова апостола Павла: «Бог не есть Бог неустройства, но мира» (1Кор. 14:33). Бог творил мир, устраивая его, внедряя в хаос порядок и законы. Каждый акт творения, если внимательно приглядеться к нему, представляет собою дефиницию явления, отграничение от иного явления, определение его места и функции: «И отделил Бог свет от тьмы. И назвал Бог свет днем, а тьму ночью. [...] И создал Бог твердь; и отделил воду, которая под твердью, от воды, которая над твердью. И стало так. И назвал Бог твердь небом. [...] И сказал Бог: да соберется вода, которая под небом, в одно место, и да явится суша. И стало так. И назвал Бог сушу землею, а собрание вод назвал морями» (Быт. 1: 4-10). Не будь этого божественного упорядочения, первоначальный хаос оставался бы «тьмою над бездною» (Быт. 1:2), той бесформенной жижей, названной в самом начале Священного Писания «водою», над которою носился Дух Божий (Быт. 1:2). Эта неупорядоченная масса материи, названная Соломоном «необразным веществом», из которого был создан мир (Прем. 11:18; в ряде переводов «безобразным веществом»), в подобном состоянии исключала всякую возможность возникновения жизни. В четко продуманном синтаксисе первых предложений Священного Писания в описании физического мира («земля же была безвидна и пуста») сама последовательность эпитетов указывает на причины-следственную связь двух характеристик первоначальной материи: пустота (отсутствие жизни) стоит на втором месте, ибо она вторична и обусловлена тем, что земля «безвидна» — не в смысле видимости («земля» здесь означает как раз материальный, видимый мир), а в смысле бесформенности («без вида», по Соломону-«без образа»).

Степень устойчивости чего бы то ни было, будь то масса неживого вещества или масса людей (общество, государство и пр.), находится в прямой зависимости от степени упорядоченности и в обратной зависимости от степени хаотичности. Отмеченное выше упорядочение касалось макромира, но то же самое можно утверждать относительно микромира: броуново движение лишает вещество формы, превращая его в газ или жидкость, и лишь внедрение ограничений в абсолютную свободу движения молекул придает веществу форму, превращая его в твердое тело. Посему ряд объяснений обозначения неба словом «твердь» (в описании второго дня творения) следовало бы дополнить соображением о том, что образование той части

вселенной, где должна была возникнуть жизнь и куда Господь намерен был поселить человека, начинается с ограничения свободы броуновского движения, т. е. с образования тверди и ее отделения от воды, с умиротворения хаотически бурлящей бесформенной материи. Следовательно, независимо от того, насколько мы веруем в Творца, важно зафиксировать, что созидание мира было не чем иным, как умиротворением хаоса как на макро, так и на микроуровне и приведением его в устойчивое состояние путем внедрения ограничений. Мир как умиротворение есть составляющая мира как творения. В самом деле, ведь слово „умиротворить“ является всего лишь совершенной формой глагола „миротворить“ (творить мир), следовательно, умиротворение есть завершение творения мира (миротворения), приведение мира в устойчивое состояние, с которым связана и возможность жизни.

После создания неживого мира, флоры и фауны, был сотворен человек; он был сотворен по образу и подобию Божию для того, чтобы стать соавтором Бога в устройении мира разумных существ. Насколько верно, что физический мир, предназначенный для вселения в него человека, пришел в состояние умиротворения путем внедрения в хаос физических законов, настолько верно то, что с момента сотворения человека мир разумных существ устраивался Господом совершенно аналогично-умиротворением, а следовательно, путем ограничения абсолютной свободы хаоса человеческих устремлений. Аналогично неживой материи, которая была „пуста“ вследствие того, что была безвидна, абсолютная свобода человека лишена перспективы, потому что „свобода, осознанная исключительно формально, без цели и содержания, есть ничто, пустота, небытие“<sup>3</sup>. Едемским лаконичным „законодательством“ фактически была предпринята первая попытка ограничения абсолютной свободы человека. Как бы ни была „размыта“ конкретика таинственного запрета, бесспорно одно: он был призван сообщить смысл и содержание свободе человека.

Так что же на самом деле запретил Господь, сказав Адаму: „Не ешь“»? Ответ на этот вопрос становится ясным из того, что случилось, когда человек преступил божественный запрет: „Проклята земля за тебя; со скорбью будешь питаться от нее во все дни жизни твоей. Терния и волчцы произрастят она тебе; и будешь питаться полевой травой. В поте лица твоего будешь есть хлеб, доколе не возвратишься в землю, из которой ты взят; ибо прах ты, и в прах возвратишься“ (Быт. 3:17-19). Таков результат нарушения запрета, следовательно, события в райском саду показывают, что на самом деле человеку было запрещено посягательство на действие, нарушающее основы мира в обоих смыслах этого слова: мира как творения и мира как умиротворенности. Последствия адова греха наглядно демонстрируют, что вкушение запретного плода означало действие, ведущее к деформации Божьего замысла, к искажению творения. Это и запретил Господь, указав на древо. Запрет этот синонимичен трудовому наказу, данному Богом Адаму при его поселении в райском саду: „поручение „возделывать его и хранить его“ (Быт. 2:15) означало запрет деятельности во вред творению. Божественное райское законодательство предоставило человеку необъятную свободу, запретив лишь действие, могущее привести к губительной для мира энтропии.

Смысл возможных или необходимых запретов и ограничений свободы кроется в этом. Свобода может и должна быть ограничена лишь в той части, в которой противоречит Божьему замыслу, в той части, которая вредит творению и может

оказаться губительной для него, следовательно, в той части, в которой она находится в противодействии Богу, ибо действие против творения есть действие против Творца. Понятие "вкусить с запретного древа" включало все действия, подпадающие под это определение, и райский запрет указывал на недопустимость всего спектра подобных действий. Таким образом, запрет был законодательным обеспечением свободы, для которого и было предназначено седьмое создание Господа. Посему вполне закономерно, что нарушение едемского запрета привело к утрате свободы.

\*\*\*

Разумеется, центральной фигурой творения является человек, ибо только он был сотворен по подобию Божию, только в него был вложен образ Божий, только это создание Божие стало самим собой благодаря акту передачи ему Духа Божьего: "Господь Бог [...] вдунул в лице его дыхание жизни; и стал человек душою живою" (Быт. 2:7). Это и дает основание считать, что „до того, как Бог вдунул в Адама душу, он был подобен животному“<sup>4</sup>. Свобода была самой важной, сущностной составляющей человеческой природы, настолько важнее всего остального, что ради нее Господь допустил даже возможность ошибки, неверного выбора, приведшего человека к грехопадению. Конечно, Бог мог сотворить робота, запрограммированного исключительно на добро, праведность и безошибочность, но ценность подобного существа была бы близка к нулю, так как ценно не навязанное добро, а свободный его выбор. Собственно, свобода выбора и явилась настолько важной из всех человекообразующих факторов, что недостаточно было бы лишь зафиксировать ее сопоставимость с образом Божиим в человеке. Мы склонны разделять мнение, звучавшее в богословской литературе и отмечавшее, что "свобода в человеке и есть образ Божий"<sup>5</sup>. Это положение прямо соотносится с принятым сегодня за аксиому положением о том, что права и свободы человека возникают из его достоинства (Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Преамбула; Международный пакт о гражданских и политических правах, Преамбула). Дело в том, что достоинство человека-это пребывание в нем образа и подобия Божия, означающего ведь не внешнее сходство, какового быть не может, а обладание свойствами Бога, выраженными в многочисленных синонимах слова "Бог": человек-носитель свойства Творца творить, свойства Логоса мыслить, Слова - выражать мысль, Отца - давать жизнь себе подобному, Господа - владеть и т. п. Пока еще весьма неопределенная и аморфная формулировка происхождения прав из достоинства, таким образом, означает, что достоинством человека, т. е. совокупностью присутствующих в человеке божественных свойств, обусловлены и порождены права на их реализацию, составляющие весь спектр естественного права и называемые правами человека. Поэтому действия, направленные на их уничтожение или на ущемление любого из компонентов естественного права есть действия против образа Божия, а значит, против Бога. Эти-то действия и подлежат запрету.

Запрет вкушения с древа включал все нормы естественного права, которые, в принципе, невозможно в точности описать. "Согласно естественно-правовому подходу, право по своей природе, смыслу, сущности и понятию-это естественное

право. [...] Как традиционное, так и "возрожденное" естественное право лишено надлежащей содержательной и понятийной определенности"<sup>6</sup>. Адаму, говорившему с Богом на Его языке, не надо было членить единое, синкретное содержание фразы "не ешь". Эта необходимость явилась позже, и Господь написал на скрижалях расшифровку едемского запрета. 10 заповедей явились актом позитивации естественного права.

Не раз отмечалось, что заповеди (Исх. 20: 2-17)-это перечисление основных прав человека, но все отмечавшие это обстоятельство, как правило, имеют в виду лишь вторую половину Десятослова. Между тем в заповедях, которые с некоторой долей условности мы смеем называть библейской "конституцией" (ибо они-основа всех прочих законодательных положений), мы ничего не постигнем вне сопоставления их первой части, регулирующей отношения вертикали "человек-—Бог", со второй, регулирующей горизонтальные отношения "человек-—человек"<sup>7</sup>. Каждую из этих частей "открывает" ключевая заповедь (первая и пятая), обязывающая почитать источник жизни — небесный ("Я Господь, Бог твой") и земной ("почитай отца твоего и мать"). Далее приводится формула свободы ("не делай себе кумира, [...] не поклоняйся и не служи им"), истины ("не произноси имени Господа, Бога твоего, напрасно"), труда и отдыха ("шесть дней работай; а день седьмой-суббота Господу, Богу твоему; не делай в оный никакого дела ни ты, ни сын твой, ни дочь твоя, ни раб твой, ни рабыня твоя"). В этой заповеди, которая обычно трактуется как фиксация права на труд и отдых, на самом деле стыкуются небесное и земное, ибо в первой ее части говорится о посвящении себя земным заботам, во второй-небесным, и с этого стыка заповеди переходят на землю, эксплицируя всѣ вышесказанное в сферу человеческих отношений. Как уже было отмечено, в пятой заповеди они заново возвращаются к источнику жизни, на сей раз земному, и следующие пять заповедей устанавливают границы земной свободы, тем самым формируя механизмы обеспечения неприкосновенности прав на жизнь ("не убивай"), на семью ("не прелюбодействуй"), на собственность ("не кради"), на истину ("не произноси ложного свидетельства"), — и в завершение вновь апеллируют к духовному началу в человеке, обязывающему его к внутренним запретам на те же действия ("не желай жены ближнего твоего; не желай дома ближнего твоего, (ни поля его,) ни раба его, ни рабыни его, ни вола его, ни осла его, (ни всякого скота его,) ничего, что у ближнего твоего"). Четкая симметрия и сопоставимость двух частей Десятослова, содержательный параллелизм его "божественной"» и "человеческой"» частей подсказывают, что Господь отождествляет отношение к Себе и к ближнему. Наиболее явно это проступает в Новом Завете, когда Христос объясняет, что служение ближнему Он приравнивает служению Господу: „Так как вы сделали это одному из сих братьев Моих меньших, то сделали Мне"» (Матф. 25:40).

Как и едемская норма, все заповеди, кроме ключевых в вертикали (о почитании Бога) и горизонтали (о почитании родителей), представляют собой не утвердительное перечисление прав, а запреты. На самом деле они подчеркивают право не своего субъекта, а третьего лица, и это является мотивацией того, что относительно самого субъекта они подчеркивают не право вообще, а запрет. Все эти запреты следует толковать аналогично едемскому запрету: недопустимы лишь действия, направленные против Бога (в первой половине Десятослова) и против образа Его (во второй

половине).

Наконец, следует подчеркнуть, что запреты эти сформулированы не абстрактно, как принято в "человеческой" законодательной практике ("запрещено то-то"), а имеют конкретный адресат. Как в Едеме, где запрет вкушения с древа был адресован верху иерархии Адаму, и на Синае заповедные запреты были сообщены лично первому лицу, предводителю народа, находящегося на пути к образованию собственного государства, и это обстоятельство подчеркнуто особо: "И изрек Господь к Моисею" (Исх. 20:1). Именно ему были сообщены императивы как вертикали "человек-Бог" ("не делай себе кумира, не произноси имени Господа, Бога твоего, напрасно"), так и горизонтальных, межчеловеческих отношений: "не убивай", "не кради", "не прелюбодействуй", "не произноси ложного свидетельства" и пр. Так что заповеди, как было сказано выше, являются библейским аналогом "конституции" еще и потому, что в них представлены нормы поведения власти и границы, за которые не может переходить властное лицо или властный орган. Лишь в таком случае норма может стать обязательной и для остальных граждан. Посему в ветхозаветном государстве была предусмотрена особая судебная инстанция, отличная от суда, расследующего гражданские дела: эпизод „специализации» судей описан как их прикрепление "к суду Господню и к тяжбам" (2Пар. 19:8). В свою очередь, "суд Господень" рассматривал дела как мирской, так и духовной ветвей власти: одна из "палат" этого суда была призвана разбираться "во всяком деле Господнем, вторая - во всяком деле царя" (2Пар. 19:11)<sup>7</sup>. Не лишено оснований предположение, что судом Господним квалифицировалась инстанция, призванная защищать богоустановленные основы мира, рассматривая соответствие действий властных структур их полномочиям, не выходящим за рамки заповедных запретов и, соответственно, не позволяющим преступления как против Господа, так и против Его образа в человеке-против прав и свобод, составляющих этот образ.

1 Иванов В. Первозакон. // Право и жизнь, 1994, No. 5, с. 94.

2 В. Даль так толкует слово „міръ": "Вселенная, вещество в пространстве и сила во времени". См.: В. Даль. Толковый словарь живого великорусского языка, в 4 тт. Т. 2. М., 1979, с. 330.

3 Бердяев Н. Смысл творчества. Опыт оправдания человека. // Его же. Собр. Соч. в 3 тт. Т. 3. Париж, 1991, с. 180.

4 Саровский Серафим. О цели христианской жизни. М., 1914, с. 11.

5 Мейендорф Иоанн. Православие и современный мир (Лекции и статьи). Минск, 1995, с. 49.

6 Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М., 1998, с. 14.

7 Подробнее об этом см.: Папаян Р. А. Конституционный контроль. Библейские истоки. // Конституционное правосудие в новом тысячелетии. Альманах. Ереван, 2002, с.149 – 168.

## SUMMARY

The principles of everything, that are not forbidden and restriction of the rights for ensuring their generality were set forth by Moses in the middle of II century BC. "Law" of Eden" had established a unique interdiction: do not eat from the forbidden tree. Legally it meant the restriction of absolute freedom of chaos of human aspirations. Freedom of human being was restricted only partially, conducting to the deformation of creation (the result of infringement of the interdiction), hence, directed against the Creator. The commandments are the positivation of natural-legal syncretism of Eden interdiction. The substantial parallelism of their "divine" and "human" parts is to point out the equation of relation to the God and the neighbour. The commandments, as well as Eden norm, assert not the rights, but the interdictions. They are "constitutional", because of having a concrete addressee - authoritative person (Adam - in Eden, Moses - in Sinai), they define, first of all, the frameworks of behavior of authority. It can be considered that the special judicial instance, being attached in contrast to "lawsuit", i.e. to the "God', court" had to control, the action of imperious structures which did not exceed the frameworks of commandment interdictions.

### LA LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL EN ESPAGNE

MIGUEL ANGEL MONTANES PARDO

*Représentant de la Cour Constitutionnelle d'Espagne*

#### 1. Exposé de la question

Les droits fondamentaux ne sont pas des droits absolus, c'est ainsi que l'a signalé plusieurs fois le Tribunal Constitutionnel dès ses premiers arrêts (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 11/1981). Cependant, analyser les limites des droits fondamentaux exige certaines précisions préalables.

Il convient, tout d'abord, de rappeler que les principaux textes supranationaux contenant des déclarations de droits envisagent aussi la possibilité que les droits qu'ils reconnaissent peuvent se trouver soumis aux limites. Pour illustrer cela, nous pouvons citer l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme, selon laquelle "l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a d'autres limites que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits".

Cet exposé apparaît dans de nombreux arrêts du Tribunal Constitutionnel espagnol, lequel a affirmé que "les droits fondamentaux reconnus dans la Constitution ne sont pas des droits illimités, ils trouvent leurs limites dans le droit des autres (art. 10 de la CE) et, en général, dans les autres biens et droits protégés constitutionnellement" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 91/1983).

Par ailleurs, il est évident que la norme constitutionnelle elle-même, consacrant les droits fondamentaux, peut établir les limites auxquelles ceux-ci se trouvent soumis, ou bien à caractère général ou bien pour un droit quelconque en particulier. La Convention européenne pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales offre un vaste catalogue des limitations aux droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, les limites au droit de toute personne à sa liberté et sécurité (art. 5); en ce qui concerne la vie privée et familiale (art. 8.2); à la liberté de pensée, conscience et religion (art. 9.2); à la liberté d'expression (art. 10.2); au droit de réunion et d'association (art. 11.2).

Le Tribunal Constitutionnel espagnol a affirmé au cours de nombreuses occasions que la Constitution elle-même est “norme de limitation des droits fondamentaux” (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 126/1995), quoiqu’en avertissant que de telles limites sont parfois directement établies dans la Constitution et parfois les limites découlent d’une manière indirecte de la Constitution elle-même (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 2/1982).

La Constitution espagnole ne contient aucune disposition concernant, d’un mode explicite, avec caractère général les limites des droits fondamentaux, mais l’art. 53.1. CE établit trois déterminations en garantie des droits et des libertés fondamentales.

La première est une garantie dont la portée et le contenu sont généraux, selon laquelle “tous les pouvoirs publics” sont liés par les droits et les libertés fondamentales. La seconde garantie prescrit que “seule la loi” pourra réguler l’exercice des droits fondamentaux. Enfin, en faisant référence exclusive au législateur, il dispose que les lois régulatrices de’ “exercice” des droits devront respecter ce que la Constitution appelle leur “contenu essentiel”.

La formule constitutionnelle, selon laquelle les droits fondamentaux “lient tous les pouvoirs publics” introduit, sous l’influence de l’art. 1.3 de la Loi Fondamentale de Bonn, un mandat général quant à leur portée et leur contenu. Mais c’est aussi un mandat qui est projeté sur le législateur. En effet, la Constitution exige au pouvoir public le “respect” (non la transgression) du droit fondamental, mais elle impose aussi des devoirs positifs à signe divers, dans certains cas une action publique de promotion des conditions et des moyens pour la jouissance effective du droit, dans d’autres, leur protection juridique face aux agressions en provenance de ceux qui ne sont pas pouvoirs publics.

## **2. Limitation et délimitation des droits fondamentaux**

Pour aborder la question, revêtant une complexité extraordinaire, relative à l’identification des contours et des limites des droits fondamentaux, je pense qu’il faut faire la distinction entre l’expression “limitation”, référée aux restrictions, exceptions ou privations externes d’un bien ou d’un droit défini, et l’expression “délimitation”, référée à toutes les actions publiques qui contribuent à définir les contours généraux et objectifs d’un droit fondamental.

L’usage de l’expression “limitation” ainsi délimitée, il est clair que son utilisation correcte du point de vue constitutionnel est réduite aux quelques cas où la Constitution délègue au législateur la restriction de la propriété ou de l’exercice d’un bien déjà défini ayant caractère général (par exemple, l’article 28.1 CE qui limite le droit de libre adhésion aux militaires) et aux cas plus fréquents où la même Constitution prévoit une privation ou une suppression singulière du droit fondamental à une personne déterminée (l’art. 17.1 pour la liberté personnelle; l’art. 18.2 et 3 pour l’inviolabilité du domicile et le secret des communications; l’art. 20.5 pour la mise sous séquestre des publications ; l’art. 21.2 pour le droit de réunion et l’art. 22.4 pour le droit d’association).

Tout le reste est “délimitation” (définition) du droit fondamental, même quand elle découle non seulement de la norme qui énonce le droit mais aussi d’autres normes constitutionnelles ou même de normes légales appelées par la Constitution à telle fin.

En ce qui concerne la délimitation constitutionnelle, nous devons distinguer entre une délimitation directe (description du droit fondamental par la norme qui l’énonce) et une autre délimitation indirecte (découlant de la reconnaissance constitutionnelle des autres droits et biens). A l’un ou l’autre genre de délimitations s’est référé, depuis le début, le Tribunal Constitutionnel espagnol en constatant que les droits “ont des limites nécessaires qui résultent de leur propre nature, indépendamment de ceux qui sont produits par leur articulation avec d’autres droits” (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 5/1981).

La délimitation directe n’est pas autre chose que la définition dans la norme constitutionnelle (ou dans la législation à laquelle elle se remet de façon expresse) des contours du respect du droit fondamental et ceci

aussi bien en termes positifs que négatifs.

La limitation indirecte suppose, par ailleurs, le résultat nécessaire de l'insertion du droit dans le système qui est la Constitution, bien que dans certains cas la norme constitutionnelle, elle-même, prenne à soin de rendre explicite cette délimitation du droit (par exemple : l'art. 20.4 quand il se réfère à l'honneur, à l'intimité et à la propre image en tant que limites au droit à l'information et à la liberté d'expression).

Il faut aussi faire la différence entre une délimitation immédiate, qui n'a pas besoin et qui ne réclame pas l'intervention successive du législateur, et l'autre à caractère médiat qui doit être mise à jour par le biais de normes légales. En d'autres mots, la Constitution, dans certains cas, délimite de façon immédiate le droit seulement en l'énonçant à travers les concepts qui n'ont besoin ni d'intégration ni de précision normative spécifique et qui peuvent être actualisés par le jugeur à partir des catégories générales en vigueur et établies dans l'ordonnance (les notions de "honneur" et "intimité" de l'art. 18.1; celle de "domicile" de l'art. 18.2; celle d' "association" dans l'art. 22.1).

Dans d'autres cas, la Constitution procède à une délimitation médiante quand elle remet au législateur, d'un mode explicite ou implicite, la tâche de préciser la définition d'un élément déterminé du droit (par exemple, l' "ordre public protégé par la loi", qui délimite les libertés idéologiques, religieuse et de culte de l'art. 16.1; la privation de la liberté personnelle qui est garantie par l'art. 17.1 et qui ne procède que "dans les cas et sous la forme prévus dans la loi"; la loi régulatrice du droit de grève à laquelle se réfère l'art. 28.2, lui correspondant la garantie des "services essentiels de la communauté").

Il existe, cependant, d'autres cas dans lesquels l'intervention du législateur conduit à une définition complémentaire du droit qui trouve dans la loi elle-même son fondement le plus proche, bien que cette délimitation légale du droit fondamental soit sujette aux limites constitutionnelles. Ceci peut être illustré par certaines références jurisprudentielles du Tribunal Constitutionnel: la publicité du processus (reconnue dans les articles 24.2 et 120 CE) pourra être restreinte "pour les motifs expresses que la loi autorise" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 96/1987); le droit à l'exécution d'un arrêt –intégré dans l'art. 24.1 CE—peut "être limité" en fonction de l'attention aux "fins qui, de manière licite, peuvent être poursuivies par le législateur dans le cadre de la Constitution " (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 107/1992); le législateur doit, dans tous les cas, établir les "conditions et les limites " pour l'exercice des droits de participation politique et d'accès aux postes publics reconnus dans l'art. 23 CE (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 8/1985).

Le Tribunal Constitutionnel emploie, avec certaine profusion, l'expression "droit de configuration légale" pour se référer, spécialement, à la participation publique et d'accès aux postes publics de l'art. 23 (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 161/1988) et en ce qui concerne les garanties constitutionnelles du processus de l'art. 24 CE (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 99/1985). Cependant, il est nécessaire d'avertir que la liberté du législateur qui configure ces droits n'est pas absolue étant donné que celle-ci est limitée par respect au contenu essentiel du droit.

### **3. Le lien et les limites dans l'application et dans la création du droit**

Le lien général, imposé par la Constitution (art. 53.1) aux pouvoirs politiques par rapport aux droits fondamentaux, se concrétise sous une double exigence: sa régulation par loi et la préservation du contenu essentiel du droit.

Les disponibilités de loi que la Constitution établit empêchent, tout d'abord, que le législateur soit dépossédé, sans limite, à faveur des normes infra-légales pour réguler ou développer les droits fondamentaux. D'autre part, elles limitent aussi la libre création de Droit par le Pouvoir Judiciaire. Le principe a été énoncé en toute clarté par l' Arrêt du Tribunal Constitutionnel 86/1985: "Dans toute son intervention et plus spécialement dans les cas où, en connexion avec les droits fondamentaux qu'elle garantit, la Constitution contient une disponibilité de loi spécifique, les Tribunaux (...) doivent faire passer



l'examen de légalité avant celui de constitutionnalité”.

Quelques exemples. Le juge n'est garant que de la liberté personnelle s'il agit soumis à l'autorité de loi (art. 17.1 CE). Il faut comprendre la même chose en ce qui concerne l'entrée et la perquisition de domicile (art. 18.2); la divulgation du secret des communications (art. 18.3); la mise sous séquestre des publications (art. 20.5); la dissolution et suspension des associations (art. 22.4). Après quelques vacillations initiales c'est dans ce sens que la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel est orientée aujourd'hui (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 50/1995; 126/1995; et 212/1996).

Par conséquent, les droits fondamentaux sont transgressés quand l'intervention publique de privation ou de limitation singulière devient imprévisible pour le titulaire du droit, c'est à dire, quand celle-ci est réalisée en marge de toute prédétermination normative, bien que la mesure adoptée puisse paraître “raisonnable” à qui la juge. Seul un canon normatif préalable permet de qualifier “raisonnable” ou “irraisonnable” un acte déterminé du pouvoir.

Dans un autre ordre d'idées, l'exigence de respect au contenu essentiel des droits fondamentaux limite aussi le législateur des garanties qui gardent ce que le Tribunal Constitutionnel a appelé un “noyau essentiel ” (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 31/1981). Pour déterminer ce que sera ledit “contenu essentiel ” des droits fondamentaux, la Constitution n'offre d'autre règle d'interprétation que celle générique établie dans son art. 10.2 (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 157/1993), selon laquelle “les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que la Constitution reconnaît seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et aux accords internationaux concernant les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ”...

Cependant, le législateur des droits fondamentaux les interprète aussi, bien que la sienne soit une interprétation politico-constitutionnelle qui actualise divers modes de les concevoir “conformément aux directrices politiques qui les encouragent” (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 11/1981). Pour cela, le jugement à réaliser depuis la perspective constitutionnelle consiste à examiner si dans cette interprétation résulte reconnaissable ou non l'image du droit qui découle des “idées généralisées et des convictions généralement admises entre les juristes ” (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 11/1981 et 49/1988).

#### **4. Les limites des limites: exigences des mesures limitatrices**

La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel a établi que les limites des droits doivent être interprétées d'un mode restrictif. Comme nous le rappelle l'arrêt du Tribunal Constitutionnel 151/1997, “les limites imposées à l'exercice des droits fondamentaux doivent être établies, interprétées et appliquées d'un mode restrictif et en tout cas elles ne doivent pas être plus intenses que ce qui est nécessaire en vue de préserver d'autres biens ou droits constitutionnellement protégés. La limitation doit être la minimum indispensable et, pour cela, elle est soumise au principe de proportionnalité afin d'éviter des sacrifices non nécessaires ou excessifs desdits droits. Ceci exige (...) que les résolutions qui appliquent les limites référées aient une motivation suffisante pour pouvoir contrôler la proportionnalité et, en somme, la constitutionnalité de la mesure appliquée. Le manque ou l'insuffisance de la motivation peut conduire à la vulnération du droit substantif affecté ”[F.J. 5].

En somme, le Tribunal Constitutionnel a affirmé que les limitations qui sont établies ne peuvent pas obstruer le droit au-delà du raisonnable (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 53/1986), que tout acte ou résolution limitant les droits fondamentaux doit assurer que les mesures restrictives soient nécessaires en vue d'atteindre la fin poursuivie (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 62/1982 et 13/1985), satisfaire la proportionnalité entre le sacrifice du droit et la situation dans laquelle se trouve celui qui en est imposé (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 37/1989) et en tout cas doit respecter son contenu essentiel (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990; 57/1994; et 18/1999).

De l'examen de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel, il faut souligner les exigences suivantes des mesures limitatrices des droits fondamentaux :

**a) Fin constitutionnellement légitime**

La mesure limitatrice doit servir à l'effectivité d'une fin constitutionnellement légitime. Comme le rappelle l' Arrêt du Tribunal Constitutionnel 57/1994, "tout acte ou résolution qui limite les droits fondamentaux doit assurer que les mesures limitatrices soient nécessaires en vue d'atteindre la fin poursuivie, doit satisfaire la proportionnalité entre le sacrifice du droit et la situation dans laquelle se trouve celui qui en est imposée et, en tout cas, doit respecter son contenu essentiel " [F.J. 6].

**b) Principe de proportionnalité**

Revêtue de caractère général, l'observance stricte du principe de proportionnalité est une exigence commune et constante pour la constitutionnalité de toute mesure restrictive des droits fondamentaux (pour toutes, Arrêt du Tribunal Constitutionnel 56/1996) et, plus particulièrement, des mesures restrictives des droits fondamentaux adoptées tout au long d'un processus pénal (pour toutes, Arrêts du Tribunal Constitutionnel 37/1989, 85/1994 et 54/1996).

Dans ce sens, pour vérifier si une mesure restrictive d'un droit fondamental va au-delà du jugement de proportionnalité, il faut constater si les trois exigences suivantes ou conditions sont satisfaites (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 66/1995 et 55/1996):

Si telle mesure est susceptible d'atteindre l'objectif proposé (jugement de compétence).

Si la mesure est nécessaire, dans le sens qu'il n'existe aucune autre mesure plus modérée pour l'obtention de tel propos et avec la même efficacité (jugement de nécessité).

Finalement, si la mesure est pondérée ou équilibrée, du fait d'en découler plus de bénéfices ou d'avantages pour l'intérêt général que de préjudices sur d'autres biens ou valeurs en conflit (jugement de proportionnalité dans le sens strict)

**c) Contrôle juridictionnel et motivation de la résolution judiciaire.**

Le devoir de motivation des résolutions judiciaires limitatives des droits fondamentaux ne trouve pas son fondement constitutionnel dans l'obligation générique de motivation de toutes les résolutions judiciaires qui résulte du droit à la tutelle judiciaire effective (art. 24.1 par rapport à l'art. 120.3 CE).

L'exigence de motivation est ici avant tout une exigence formelle de la règle de proportionnalité, selon laquelle dans les résolutions limitatives des droits fondamentaux, l'organe juridictionnel doit concrétiser le jugement de pondération entre le droit fondamental affecté et l'intérêt constitutionnellement protégé et poursuivi, d'où la nécessité de l'adoption de la mesure est évidente (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 37/1989 et 7/1994, entre autres).

**РЕЗЮМЕ**

Правоприменительная практика Конституционного Суда подтвердила, что ограничения прав должны комментироваться в узком смысле. Согласно Постановлению 151/1997 Конституционного Суда ограничения основных прав должны быть закреплены, комментированы и должны иметь предел и во всех случаях эти ограничения не должны иметь больший объем, чем тот, который необходим для охраны других интересов или прав, гарантированных Конституцией. Ограничение

должно быть необходимым минимумом, и должно следовать принципу пропорциональности, чтобы избежать ненужных или чрезмерных умалений иных прав. Это требует, чтобы постановления, которые применяют эти ограничения, имели достаточную мотивацию, для того чтобы контролировать пропорциональность и, в общем, конституционность применяемых мер. Отсутствие или недостаточность мотивации может привести к существенным нарушениям прав".

Меры ограничения должны служить эффективности конституционно законной цели. Согласно Постановлению 57/1994 Конституционного Суда каждый акт или каждое решение, ограничивающее основные права, должны обеспечить, чтобы ограничивающие меры были необходимы для достижения поставленной цели, удовлетворяли требованиям пропорциональности между умалением права и существующей ситуацией.

## **LA LIMITATION DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL EN ESPAGNE**

**MIGUEL ANGEL MONTANES PARDO**

*Représentant de la Cour Constitutionnelle d'Espagne*

### **1. Exposé de la question**

Les droits fondamentaux ne sont pas des droits absolus, c'est ainsi que l'a signalé plusieurs fois le Tribunal Constitutionnel dès ses premiers arrêts (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 11/1981). Cependant, analyser les limites des droits fondamentaux exige certaines précisions préalables.

Il convient, tout d'abord, de rappeler que les principaux textes supranationaux contenant des déclarations de droits envisagent aussi la possibilité que les droits qu'ils reconnaissent peuvent se trouver soumis aux limites. Pour illustrer cela, nous pouvons citer l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme, selon laquelle "l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a d'autres limites que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits".

Cet exposé apparaît dans de nombreux arrêts du Tribunal Constitutionnel espagnol, lequel a affirmé que "les droits fondamentaux reconnus dans la Constitution ne sont pas des droits illimités, ils trouvent leurs limites dans le droit des autres (art. 10 de la CE) et, en général, dans les autres biens et droits protégés constitutionnellement" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 91/1983).

Par ailleurs, il est évident que la norme constitutionnelle elle-même, consacrant les droits fondamentaux, peut établir les limites auxquelles ceux-ci se trouvent soumis, ou bien à caractère général ou bien pour un droit quelconque en particulier. La Convention européenne pour la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales offre un vaste catalogue des limitations aux droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, les limites au droit de toute personne à sa liberté et sécurité (art. 5); en ce qui concerne la vie privée et familiale (art. 8.2); à la liberté de pensée, conscience et religion (art. 9.2); à la liberté d'expression (art. 10.2); au droit de réunion et d'association (art. 11.2).

Le Tribunal Constitutionnel espagnol a affirmé au cours de nombreuses occasions que la Constitution elle-même est "norme de limitation des droits fondamentaux" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel

126/1995), quoiqu'en avertissant que de telles limites sont parfois directement établies dans la Constitution et parfois les limites découlent d'une manière indirecte de la Constitution elle-même (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 2/1982).

La Constitution espagnole ne contient aucune disposition concernant, d'un mode explicite, avec caractère général les limites des droits fondamentaux, mais l'art. 53.1. CE établit trois déterminations en garantie des droits et des libertés fondamentales.

La première est une garantie dont la portée et le contenu sont généraux, selon laquelle "tous les pouvoirs publics" sont liés par les droits et les libertés fondamentales. La seconde garantie prescrit que "seule la loi" pourra réguler l'exercice des droits fondamentaux. Enfin, en faisant référence exclusive au législateur, il dispose que les lois régulatrices de "exercice" des droits devront respecter ce que la Constitution appelle leur "contenu essentiel".

La formule constitutionnelle, selon laquelle les droits fondamentaux "lient tous les pouvoirs publics" introduit, sous l'influence de l'art. 1.3 de la Loi Fondamentale de Bonn, un mandat général quant à leur portée et leur contenu. Mais c'est aussi un mandat qui est projeté sur le législateur. En effet, la Constitution exige au pouvoir public le "respect" (non la transgression) du droit fondamental, mais elle impose aussi des devoirs positifs à signe divers, dans certains cas une action publique de promotion des conditions et des moyens pour la jouissance effective du droit, dans d'autres, leur protection juridique face aux agressions en provenance de ceux qui ne sont pas pouvoirs publics.

## **2. Limitation et délimitation des droits fondamentaux**

Pour aborder la question, revêtant une complexité extraordinaire, relative à l'identification des contours et des limites des droits fondamentaux, je pense qu'il faut faire la distinction entre l'expression "limitation", référée aux restrictions, exceptions ou privations externes d'un bien ou d'un droit défini, et l'expression "délimitation", référée à toutes les actions publiques qui contribuent à définir les contours généraux et objectifs d'un droit fondamental.

L'usage de l'expression "limitation" ainsi délimitée, il est clair que son utilisation correcte du point de vue constitutionnel est réduite aux quelques cas où la Constitution délègue au législateur la restriction de la propriété ou de l'exercice d'un bien déjà défini ayant caractère général (par exemple, l'article 28.1 CE qui limite le droit de libre adhésion aux militaires) et aux cas plus fréquents où la même Constitution prévoit une privation ou une suppression singulière du droit fondamental à une personne déterminée (l'art. 17.1 pour la liberté personnelle; l'art. 18.2 et 3 pour l'inviolabilité du domicile et le secret des communications; l'art. 20.5 pour la mise sous séquestre des publications ; l'art. 21.2 pour le droit de réunion et l'art. 22.4 pour le droit d'association).

Tout le reste est "délimitation" (définition) du droit fondamental, même quand elle découle non seulement de la norme qui énonce le droit mais aussi d'autres normes constitutionnelles ou même de normes légales appelées par la Constitution à telle fin.

En ce qui concerne la délimitation constitutionnelle, nous devons distinguer entre une délimitation directe (description du droit fondamental par la norme qui l'énonce) et une autre délimitation indirecte (découlant de la reconnaissance constitutionnelle des autres droits et biens). A l'un ou l'autre genre de délimitations s'est référé, depuis le début, le Tribunal Constitutionnel espagnol en constatant que les droits "ont des limites nécessaires qui résultent de leur propre nature, indépendamment de ceux qui sont produits par leur articulation avec d'autres droits" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 5/1981).

La délimitation directe n'est pas autre chose que la définition dans la norme constitutionnelle (ou dans la législation à laquelle elle se remet de façon expresse) des contours du respect du droit fondamental et ceci aussi bien en termes positifs que négatifs.

La limitation indirecte suppose, par ailleurs, le résultat nécessaire de l'insertion du droit dans le système

qui est la Constitution, bien que dans certains cas la norme constitutionnelle, elle-même, prenne à soin de rendre explicite cette délimitation du droit (par exemple : l'art. 20.4 quand il se réfère à l'honneur, à l'intimité et à la propre image en tant que limites au droit à l'information et à la liberté d'expression).

Il faut aussi faire la différence entre une délimitation immédiate, qui n'a pas besoin et qui ne réclame pas l'intervention successive du législateur, et l'autre à caractère médiat qui doit être mise à jour par le biais de normes légales. En d'autres mots, la Constitution, dans certains cas, délimite de façon immédiate le droit seulement en l'énonçant à travers les concepts qui n'ont besoin ni d'intégration ni de précision normative spécifique et qui peuvent être actualisés par le jugeur à partir des catégories générales en vigueur et établies dans l'ordonnance (les notions de "honneur" et "intimité" de l'art. 18.1; celle de "domicile" de l'art. 18.2; celle d' "association" dans l'art. 22.1).

Dans d'autres cas, la Constitution procède à une délimitation médiante quand elle remet au législateur, d'un mode explicite ou implicite, la tâche de préciser la définition d'un élément déterminé du droit (par exemple, l' "ordre public protégé par la loi", qui délimite les libertés idéologiques, religieuses et de culte de l'art. 16.1; la privation de la liberté personnelle qui est garantie par l'art. 17.1 et qui ne procède que "dans les cas et sous la forme prévus dans la loi"; la loi régulatrice du droit de grève à laquelle se réfère l'art. 28.2, lui correspondant la garantie des "services essentiels de la communauté").

Il existe, cependant, d'autres cas dans lesquels l'intervention du législateur conduit à une définition complémentaire du droit qui trouve dans la loi elle-même son fondement le plus proche, bien que cette délimitation légale du droit fondamental soit sujette aux limites constitutionnelles. Ceci peut être illustré par certaines références jurisprudentielles du Tribunal Constitutionnel: la publicité du processus (reconnue dans les articles 24.2 et 120 CE) pourra être restreinte "pour les motifs expresses que la loi autorise" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 96/1987); le droit à l'exécution d'un arrêt —intégré dans l'art. 24.1 CE—peut "être limité" en fonction de l'attention aux "fins qui, de manière licite, peuvent être poursuivies par le législateur dans le cadre de la Constitution " (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 107/1992); le législateur doit, dans tous les cas, établir les "conditions et les limites " pour l'exercice des droits de participation politique et d'accès aux postes publics reconnus dans l'art. 23 CE (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 8/1985).

Le Tribunal Constitutionnel emploie, avec certaine profusion, l'expression "droit de configuration légale" pour se référer, spécialement, à la participation publique et d'accès aux postes publics de l'art. 23 (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 161/1988) et en ce qui concerne les garanties constitutionnelles du processus de l'art. 24 CE (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 99/1985). Cependant, il est nécessaire d'avertir que la liberté du législateur qui configure ces droits n'est pas absolue étant donné que celle-ci est limitée par respect au contenu essentiel du droit.

### **3. Le lien et les limites dans l'application et dans la création du droit**

Le lien général, imposé par la Constitution (art. 53.1) aux pouvoirs politiques par rapport aux droits fondamentaux, se concrétise sous une double exigence: sa régulation par loi et la préservation du contenu essentiel du droit.

Les disponibilités de loi que la Constitution établit empêchent, tout d'abord, que le législateur soit dépossédé, sans limite, à faveur des normes infra-légales pour réguler ou développer les droits fondamentaux. D'autre part, elles limitent aussi la libre création de Droit par le Pouvoir Judiciaire. Le principe a été énoncé en toute clarté par l' Arrêt du Tribunal Constitutionnel 86/1985: "Dans toute son intervention et plus spécialement dans les cas où, en connexion avec les droits fondamentaux qu'elle garantit, la Constitution contient une disponibilité de loi spécifique, les Tribunaux (...) doivent faire passer l'examen de légalité avant celui de constitutionnalité".

Quelques exemples. Le juge n'est garant que de la liberté personnelle s'il agit soumis à l'autorité de loi

(art. 17.1 CE). Il faut comprendre la même chose en ce qui concerne l'entrée et la perquisition de domicile (art. 18.2); la divulgation du secret des communications (art. 18.3); la mise sous séquestre des publications (art. 20.5); la dissolution et suspension des associations (art. 22.4). Après quelques vacillations initiales c'est dans ce sens que la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel est orientée aujourd'hui (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 50/1995; 126/1995; et 212/1996).

Par conséquent, les droits fondamentaux sont transgressés quand l'intervention publique de privation ou de limitation singulière devient imprévisible pour le titulaire du droit, c'est à dire, quand celle-ci est réalisée en marge de toute prédétermination normative, bien que la mesure adoptée puisse paraître "raisonnable" à qui la juge. Seul un canon normatif préalable permet de qualifier "raisonnable" ou "irraisonnable" un acte déterminé du pouvoir.

Dans un autre ordre d'idées, l'exigence de respect au contenu essentiel des droits fondamentaux limite aussi le législateur des garanties qui gardent ce que le Tribunal Constitutionnel a appelé un "noyau essentiel" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 31/1981). Pour déterminer ce que sera ledit "contenu essentiel" des droits fondamentaux, la Constitution n'offre d'autre règle d'interprétation que celle générique établie dans son art. 10.2 (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 157/1993), selon laquelle "les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que la Constitution reconnaît seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et aux accords internationaux concernant les mêmes matières ratifiés par l'Espagne"...

Cependant, le législateur des droits fondamentaux les interprète aussi, bien que la sienne soit une interprétation politico-constitutionnelle qui actualise divers modes de les concevoir "conformément aux directrices politiques qui les encouragent" (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 11/1981). Pour cela, le jugement à réaliser depuis la perspective constitutionnelle consiste à examiner si dans cette interprétation résulte reconnaissable ou non l'image du droit qui découle des "idées généralisées et des convictions généralement admises entre les juristes" (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 11/1981 et 49/1988).

#### **4. Les limites des limites: exigences des mesures limitatrices**

La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel a établi que les limites des droits doivent être interprétées d'un mode restrictif. Comme nous le rappelle l'arrêt du Tribunal Constitutionnel 151/1997, "les limites imposées à l'exercice des droits fondamentaux doivent être établies, interprétées et appliquées d'un mode restrictif et en tout cas elles ne doivent pas être plus intenses que ce qui est nécessaire en vue de préserver d'autres biens ou droits constitutionnellement protégés. La limitation doit être la minimum indispensable et, pour cela, elle est soumise au principe de proportionnalité afin d'éviter des sacrifices non nécessaires ou excessifs desdits droits. Ceci exige (...) que les résolutions qui appliquent les limites référées aient une motivation suffisante pour pouvoir contrôler la proportionnalité et, en somme, la constitutionnalité de la mesure appliquée. Le manque ou l'insuffisance de la motivation peut conduire à la vulnération du droit substantif affecté"[F.J. 5].

En somme, le Tribunal Constitutionnel a affirmé que les limitations qui sont établies ne peuvent pas obstruer le droit au-delà du raisonnable (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 53/1986), que tout acte ou résolution limitant les droits fondamentaux doit assurer que les mesures restrictives soient nécessaires en vue d'atteindre la fin poursuivie (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 62/1982 et 13/1985), satisfaire la proportionnalité entre le sacrifice du droit et la situation dans laquelle se trouve celui qui en est imposé (Arrêt du Tribunal Constitutionnel 37/1989) et en tout cas doit respecter son contenu essentiel (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990; 57/1994; et 18/1999).

De l'examen de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel, il faut souligner les exigences suivantes des mesures limitatrices des droits fondamentaux :

### **a) Fin constitutionnellement légitime**

La mesure limitatrice doit servir à l'effectivité d'une fin constitutionnellement légitime. Comme le rappelle l' Arrêt du Tribunal Constitutionnel 57/1994, "tout acte ou résolution qui limite les droits fondamentaux doit assurer que les mesures limitatrices soient nécessaires en vue d'atteindre la fin poursuivie, doit satisfaire la proportionnalité entre le sacrifice du droit et la situation dans laquelle se trouve celui qui en est imposée et, en tout cas, doit respecter son contenu essentiel " [F.J. 6].

### **b) Principe de proportionnalité**

Revêtue de caractère général, l'observance stricte du principe de proportionnalité est une exigence commune et constante pour la constitutionnalité de toute mesure restrictive des droits fondamentaux (pour toutes, Arrêt du Tribunal Constitutionnel 56/1996) et, plus particulièrement, des mesures restrictives des droits fondamentaux adoptées tout au long d'un processus pénal (pour toutes, Arrêts du Tribunal Constitutionnel 37/1989, 85/1994 et 54/1996).

Dans ce sens, pour vérifier si une mesure restrictive d'un droit fondamental va au-delà du jugement de proportionnalité, il faut constater si les trois exigences suivantes ou conditions sont satisfaites (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 66/1995 et 55/1996):

Si telle mesure est susceptible d'atteindre l'objectif proposé (jugement de compétence).

Si la mesure est nécessaire, dans le sens qu'il n'existe aucune autre mesure plus modérée pour l'obtention de tel propos et avec la même efficacité (jugement de nécessité).

Finalement, si la mesure est pondérée ou équilibrée, du fait d'en découler plus de bénéfices ou d'avantages pour l'intérêt général que de préjudices sur d'autres biens ou valeurs en conflit (jugement de proportionnalité dans le sens strict)

### **c) Contrôle juridictionnel et motivation de la résolution judiciaire.**

Le devoir de motivation des résolutions judiciaires limitatives des droits fondamentaux ne trouve pas son fondement constitutionnel dans l'obligation générique de motivation de toutes les résolutions judiciaires qui résulte du droit à la tutelle judiciaire effective (art. 24.1 par rapport à l'art. 120.3 CE).

L'exigence de motivation est ici avant tout une exigence formelle de la règle de proportionnalité, selon laquelle dans les résolutions limitatives des droits fondamentaux, l'organe juridictionnel doit concrétiser le jugement de pondération entre le droit fondamental affecté et l'intérêt constitutionnellement protégé et poursuivi, d'où la nécessité de l'adoption de la mesure est évidente (Arrêts du Tribunal Constitutionnel 37/1989 et 7/1994, entre autres).

## **РЕЗЮМЕ**

Правоприменительная практика Конституционного Суда подтвердила, что ограничения прав должны комментироваться в узком смысле. Согласно Постановлению 151/1997 Конституционного Суда ограничения основных прав должны быть закреплены, комментированы и должны иметь предел и во всех случаях эти ограничения не должны иметь больший объем, чем тот, который необходим для охраны других интересов или прав, гарантированных Конституцией. Ограничение должно быть необходимым минимумом, и должно следовать принципу пропорциональности, чтобы избежать ненужных или чрезмерных умалений иных

прав. Это требует, чтобы постановления, которые применяют эти ограничения, имели достаточную мотивацию, для того чтобы контролировать пропорциональность и, в общем, конституционность применяемых мер. Отсутствие или недостаточность мотивации может привести к существенным нарушениям прав".

Меры ограничения должны служить эффективности конституционно законной цели. Согласно Постановлению 57/1994 Конституционного Суда каждый акт или каждое решение, ограничивающее основные права, должны обеспечить, чтобы ограничивающие меры были необходимы для достижения поставленной цели, удовлетворяли требованиям пропорциональности между умалением права и существующей ситуацией.

## **NATIONAL AND EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW: MUTUAL SUBORDINATION AND LIMITATION OR SYNERGY?**

**CIRIL RIBICIC**

*Judge of the Constitutional Court of Slovenia*

1. One of the characteristics of the discussion on the future of Europe, which of late has especially been connected to the framing of the European constitutional treaty<sup>1</sup>, is the undervaluing of the importance of human rights and freedoms. While this issue was the subject of a special, parallel European Union convention, it has in fact, however, attracted less attention than the changes concerning various organizational matters (i.e. bodies, competencies, the method of decision making and the term of office of the bodies of the European Union). Sometimes it looks as if such reference to the interests and needs of the people is only the spare change in a great transaction which has been concluded by the leaderships of the national states and the European Union. It looks as if this refers only to the issue of dominance between national and European bureaucracies. If it were otherwise, there would be less doubt and hesitation about the usefulness of constitutional reform for individuals who are citizens of nation states and from now on also citizens of the European Union, therefore Europeans as individuals. The improvement of their position will become the basic common goal and reason for connecting and developing the European continent, as much as in the framework of the Council of Europe as in the European Union. Therefore it is the right time for discussion on the kind of relation between European and national human rights law which will be ensured by further development in this field.

It is understandable that the European Union wishes to guarantee the effectiveness and uniformity of the implementation of the regulations which regulate the unitary internal European market and relate to competition and the free flow of goods, services, ideas and people. That is namely the *conditio sine qua non* without which the European Union will not be able to become competitive with America and other successful areas of the world. In this field there is little and in the future there will be even less space to autonomously at the national and local level regulate and implement the regulations of the European Union, especially in those countries in which the Euro has replaced the national currency. In the framing of the European constitutional treaty the European Union ensured the supremacy of its law over the law of the member states in the economic field and an effective judicial mechanism for uniformly interpreting and implementing the regulations adopted by the bodies of the European Union. Such supremacy of European over national law is more or less only cosmetically corrected by means of procedures regulated



by a special protocol on the use of the principle of subsidiarity and proportionality.

Also the power relation between the functioning of (free) market principles on one hand and social correctives on the other hand will always be more decisive not only at the national, but even more at the European electoral level. This has its influence on making regulations and practice uniform in the field of protecting many human, especially social, rights and freedoms. Concerning the protection of other rights, the classic rights of individuals and minorities, uniformity is not necessary, not in the framework of the Council of Europe<sup>2</sup> nor in the European Union. Furthermore, such would be damaging for the development of human rights protection, one consequences of which would be the decreased interest of people and national states in European integration.

In the field of the protection of the rights of individuals and minorities, we should, as strictly as possible, consistently bring into force the principle that it is necessary in a concrete case to use the law which guarantees a higher level of rights protection. Concerning such, European law, therefore, should not have an a priori priority, it is not and may not be hierarchically superior to national law. This means that European human rights law, whether this refers to the law of the European Union or the Council of Europe, should not be what determines the uniform level of rights protection for Europe as a whole. What it should determine is only the minimum level of protection of rights which must be ensured in all member countries. European institutions must undoubtedly effectively disable and sanction such practice which does not respect this minimum standard of human rights protection. On the other hand, they may not limit any regulation and practice which guarantees a higher level of protection of the rights of individuals and minorities. Furthermore, such regulation and practice must be encouraged, popularised and built up. Otherwise, European law would lead to stagnation or regression in the field of the protection of the rights of individuals and minorities in all such cases where such protection is above the average European level which is determined by the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR).

It is not always easy to ascertain when the matter concerns “a higher level” of protection of rights”. Often it namely concerns different mutually opposed rights, a conflict involving people as the holders of rights, a conflict between the rights of individuals and societal mechanisms for ensuring the functioning and protection of the country and all citizens. The rights of individuals are limited by the equal rights of others and the high level of protection of the rights of one person can entail the unacceptable limitation of the rights of others, as the high level of protection of one’s rights can lead to the limitation of the level of protection of other rights. On the other hand, concerning most of the classic rights of individuals and minorities, especially those which relate to relations between the individual and the state (for example, in the field of criminal law) and between the minority and the majority, it is relatively very easy to determine for an individual or minority which regulation is more beneficial and which less beneficial.

2. How is and how in the future should the mutual relation be between the most important acts which determine the level of protection of human rights in Slovenia, and therefore between the Constitution of the Republic of Slovenia, the European Convention on Human Rights (EConvHR) and the European Charter of Fundamental Rights, which is becoming the content of the European constitutional treaty? Is this relation regulated such that it allows the interpretation of the equality and fair competition of European and national human rights law and the interpretation of the supremacy of that regulation which ensures a higher level of protection of rights?

The Constitution of the Republic of Slovenia of 1991 determines in the last paragraph of article 15 that: “No human right or fundamental freedom regulated by legal acts in force in Slovenia may be restricted on the grounds that this Constitution does not recognise that right or freedom or recognises it to a lesser extent.” This clear constitutional provision enables the use and such interpretation of the Constitution which would not lead to the lowering of the already achieved level of human rights protection or it would

enable the subsequent implementation of a higher level of protection of rights with other legal acts, domestically or internationally.

I should illustrate this with the example of the EConvHR. The EConvHR was ratified in Slovenia in 1994<sup>3</sup> and in Slovenia represents a part of the obligatory domestic legal order which is superior to domestic legislation but not to the Constitution. It would not be in accord with the cited constitutional provision if the Constitutional Court did not use the provisions of EConvHR in an individual case in which the EConvHR determines only broader, more demanding, stricter provisions than the Constitution determines for particular human rights, therefore it guarantees a higher level of their protection. In case such occurs, there exists the possibility to file suit against Slovenia before the ECHR, which can establish a violation of the EConvHR and order Slovenia to pay just satisfaction and costs.

Certainly, most often in its decisions the Constitutional Court of the Republic of Slovenia refers to the Constitution, while in general it only refers to the EConvHR and decisions of the ECHR when they lead to a higher level of human rights protection than is determined in the Constitution. The Constitutional Court in its decisions has directly referred to the provisions of the EConvHR more than 300 times, and in more than 70 cases it has referred to the decisions of the ECHR. The number of decisions in which the Court has referred to the EConvHR has sharply increased. The mentioned data do not include cases in which the Court's staff prepare an internal analysis of the decisions of the ECHR but later this is not mentioned in the conclusion and reasoning of the decision of the Court. We can ascertain that in recent years the Constitutional Court has not issued any important decisions without first studying the EConvHR and the judgements of the ECHR, and in some cases it has also referred to the decisions of some other national judiciary, such as the Supreme Court of the United States and the Federal Constitutional Court of Germany.

I should briefly present two cases which clearly demonstrate the idea and significance of the EConvHR and the decisions of the ECHR in ensuring a high level of human rights in Slovenia as a member state of the Council of Europe. The first case is that of *Rehbock v. Slovenia*, which was decided by the ECHR on 28th of November 2000 (App. No. 29462/95).

I would first like to mention that this case brings up some interesting issues which we will not be able to fully address at this time: is it not problematic when the ECHR by itself establishes the circumstances of a concrete case when the remedies in the particular country have not been exhausted and for this reason the facts of the case have not been determined by the (domestic) courts<sup>4</sup>, would the decision of the ECHR be equally severe if the same kind of incorrectness occurred in the arrest of some Slovene citizen in Germany, or in the arrest in Slovenia of a citizen of some East European country, suspected of smuggling drugs to a foreign country; is and to what degree is Slovenia qualified to successfully litigate before the ECHR, with regard to the fact that it did not know how to object in time that all legal remedies in Slovenia had not been exhausted?

I will limit this presentation to only the issue of what consequences the decision of the ECHR in the *Rehbock* case has for the development of human rights protection in Slovenia. Such effect is undoubtedly positive. The ECHR has sent Slovenia a clear message that it is necessary to consistently respect such basic human rights which forbid inhuman or degrading treatment (Article 3, EConvHR) in all cases, even in such cases when a foreigner has been suspected of smuggling drugs into the country in order to sell them. The positive effect of the decisions of the ECHR directly affects the issue of regulating police authority, on the normative and practical level. They also affect the question of internal and external supervision over such police activities which directly interfere with the freedom of the individual. The decision of the ECHR is also a warning regarding the issue of prompt legal remedies as compared to unlawful detention<sup>5</sup>. With regard to such, the ECHR has referred to the *Rehbock* case in at least five subsequent cases.

The decision of the ECHR in the Rehbock case does not only concern the incorrectness that occurred in the arrest of Mr. Rehbock, but also regarding his treatment in prison, his health care and the question of the free correspondence of a prisoner, especially with the organs he turned to for legal aid, among others, also with the ECHR. With regard to the latter question, Slovenia has already adopted legislation which should prevent any practice which the ECHR has determined is not in accord with the EConvHR.

Slovenia has been slower to respond to the undoubted warning of the Rehbock case in connection with the inappropriate control over the activities of the police. As such, in Slovenia no suitable supervision of the activities of the police is ensured, that is to say, the regulation providing for such is still in procedure, and so for the time being such control rests solely in the hands of the police themselves. How far reaching the decisions of the ECHR in a concrete case can be is also evident in the evaluation of Dr. Bostjan M. Zupanè in which he suggests a change in the entire criminal procedure and – especially in the judicial branch of authority – also “a comprehensive attitude and relation to suspects and defendants as equal subjects of the criminal process dispute”, if Slovenia wishes to effectively free itself of the heritage of its former police state<sup>6</sup>. Without exaggeration, we can confirm that this decision of the ECHR has decisively contributed to a more critical judgement of police treatment, strengthened external control over its activities and strengthened the rights of those in custody.

The second illustrative example of the positive consequences of the judgements of the ECHR concerns the right determined in the Convention to a decision within a reasonable time. An avalanche was triggered by the decision of the ECHR in the case of Kudla v. Poland, issued on the 26th of October 2000, App. No. 30210/96, in which a specific country was found guilty because in its legal system there was no effective legal remedy in the event of a violation of the right to a decision within a reasonable time<sup>7</sup>. Many countries have on the basis of this judgement of the ECHR changed their constitution (Slovakia) and legislation (Croatia has regulated such matters by means of their Constitutional Court Act, Italy by means of the well known “Pinto law”, and similarly for Portugal, etc.) that effectively enables the recognition of violations of the EConvHR concerning the right to a decision within a reasonable time. The Croatian Constitutional Court Act, for example, determines that the injured party can turn to the Constitutional Court even before all legal remedies have been exhausted and requires that the Court should determine a time period in which there must be a decision on the rights and just satisfaction of the person charged due to a violation of the right to a decision within a reasonable time. When this refers to the mentioned countries the ECHR in a case brought against them, determines that the applicant must firstly exhaust all remedies before the courts of their own country and only then before the ECHR. In the case of Slovenia it is not so, however the ECHR is of the opinion that it does not have an effective legal remedy against the violation of the right to a decision within a reasonable time. It is the position of the Constitutional Court of Slovenia that the Administrative Court is competent to deal with violations of the EConvHR concerning the right to a decision within a reasonable time, that is to say, without undue delay, as determined by Article 23 of the Constitution, if the violation still persists and until it is brought before the Supreme Court (in the event of such violation at this instance, the Constitutional Court is competent to pass judgement).

For now it is not possible to find a decision of the Administrative Court that would prove that this concerns an effective legal remedy, while in accordance with the decision of the Constitutional Court the Administrative Court is not competent when it concerns a case for which the violation has ceased<sup>8</sup>. In such cases the injured party can demand compensation according to general regulations before he can file a constitutional complaint before the Constitutional Court<sup>9</sup>. In numerous procedures brought against Slovenia before the ECHR, Slovenia did not convincingly prove that an effective legal remedy exists in the event of a violation of the right to a decision within a reasonable time. The friendly settlement in the case of Berlinger v. Slovenia before the ECHR also bears witness to this, on the basis of which the

applicant received 3,700 Euros for damages and costs due to a violation of the right determined in the EConvHR to a decision within a reasonable time. It is similar for the friendly settlement in the case of *Jecia v. Slovenia*, concluded on 8th of July, 2003, App. No. 48074/99, only in this case the agreed upon amount was somewhat higher (4,500 Euros).

The ECHR currently has approximately 600 applications from Slovenia, of which slightly less than two-thirds refer to the right to a decision within a reasonable time. Let us put to the side the question of the relatively high damages which Slovenia will have to pay due to this violation. What is even more important is the question of why Slovenia has not taken proper steps to ensure that those entitled will be able to receive compensation due to a violation of the right to a decision within a reasonable time, which is also in the Constitution (Article 23). Injured parties must defend their rights before the ECHR in Strasbourg, which is for them even more expensive and time-consuming, for the country the verdict has wider repercussions and is more painful. Slovenia may be sentenced in a relatively short period of time in a higher number of cases before the ECHR also due to the fact that the ECHR is trying to more effectively and by means of simpler procedures solve repetitive similar cases<sup>10</sup>.

Certainly concerning all this it would not do to forget that the solution is not to be found in the regular payment of compensation due to the violation of the right to a decision within a reasonable time, but in eliminating the court backlog which leads to many of the violations of the Constitution and the EConvHR. At first glance it would seem that the best option would be for the problem of the violation of the right to a decision within a reasonable time to be resolved with the help of a supervisory review<sup>11</sup>, because that would not additionally burden the courts, but only their presidents and the Ministry of Justice. On the other hand, however, we should keep in mind that it is the position of the ECHR that the supervisory review is not an effective legal remedy<sup>12</sup> if it is not in accord with the 6th article of the EConvHR (the right to a fair trial) and if it embodies a discretionary right of the court administration and not a legal remedy in the hands of the appellant<sup>13</sup>.

The cases of *Rehbock v. Slovenia* and *Berlinger v. Slovenia* do and also will in the future contribute to the raising of the level of human rights protection in Slovenia. The first in the sensitive field of the inhuman treatment of defendants, and the second concerning the pressing and numerous violations of the right to a decision within a reasonable time.

3. I do not know of any decision of the ECHR which has tried to force some country to use the EConvHR which concerning the matter in question has a higher or more demanding level of rights protection. It would be difficult even to imagine how such a case would come before the judges of the ECHR, especially in the field of criminal law. Not only is it in the interest of the individual to use the more advantageous legal regulation, but also a state can not file suit against an individual before the ECHR. In addition to this, the ECHR set nation states a new challenge, among others, that of an emphasised positive obligation of the state regarding the protection of human rights, for example concerning the protection of the life and rights of minorities<sup>14</sup>.

I am convinced that such use of the EConvHR and the decisions of the ECHR which present the basis for a restrictive interpretation of the provisions on human rights of national constitutions is inappropriate. It is possible to theoretically imagine such cases, what is more, in my opinion such has already occurred in Slovenia, to some degree. I will draw your attention to two cases in which the adjudication of the ECHR was used as an (additional) argument for a restrictive interpretation of the provisions of the Constitution. In both cases I remained in the minority, so my position is not neutral, but I will here mention the proof of the arguments for and against the majority opinion in these cases.

The first case concerned the question of whether the customs authority counts as "an independent, impartial court" constituted by law," which according to the 23rd Article of the Constitution, is the only kind of institution which can decide on an individual's rights.

In my opinion, in answering this question it is irrelevant that the ECHR in a concrete case which occurred in a country with a different constitutional order than in Slovenia, decided that judicial protection guarantees only one appeal instance<sup>15</sup>. The ECHR namely judges the protection of human rights from the viewpoint of the EConvHR, while the Constitutional Court first of all judges the conformity of the legal order with the Constitution of the Republic of Slovenia, which on this point is more comprehensive, that is to say, more demanding<sup>16</sup>. The relevant constitutional provisions determine that everyone has “the right to have any decision regarding his rights, duties and any charges brought against him made without undue delay by an independent, impartial court constituted by law” (Article 23) and “that everyone has the right to appeal against the decisions of courts” (Article 25). Certainly, it is true that appeals against the decisions of the customs authority are decided by the Senate for Violations, which can be considered a court, which concerning such matters has full jurisdiction. On the other hand, however, this Senate does not hold public hearings, and furthermore it decides such appeals only on the basis of examined written material, and as such the charged person is not at all able to directly or personally present their position before any court. The customs authority falls within the executive not the judicial branch of power.

The second example concerns the question of whether a serious encroachment upon one’s privacy is allowed only on the basis of a court order, as determined by Article 37 of the Slovene Constitution, or also without such<sup>17</sup>. From the records on the drafting of the Constitution, it is evident that Slovenia consciously decided to implement a higher level of limitation regarding an encroachment into one’s personal privacy<sup>18</sup> probably due to the negative experiences of the former constitutional order and practice. It is not possible to withdraw from such legal order without changing the Constitution, and certainly not simply because a majority of other countries have decided on a less severe limitation of such interference with privacy than Slovenia has<sup>19</sup>.

In both cases the regulations under the EConvHR are not as strict as those determined in the Slovene Constitution and the decisions of the ECHR allow regulations and practice which are disputable from the perspective of the Slovene Constitution. In my opinion, in such cases the use of the decisions of the ECHR - which, in accordance with the EConvHR, ensure judicial protection regarding a misdemeanour only on one instance, and the practice which exceptionally allows an encroachment upon privacy even without a court order - should not be allowed as the basis for the restrictive interpretation of the rights and freedoms determined by the Slovene Constitution<sup>20</sup>.

The case law of the ECHR must, in my opinion, be understood as the minimum level of human rights protection<sup>21</sup> determined by the EConvHR for all European countries (the members of the Council of Europe), which in total account for 800 million people<sup>22</sup>. It is certainly true that it is not possible to convict Slovenia before the ECHR if it decides on a narrow interpretation of the Slovene Constitution. However, it is not possible to come to such a conviction because the ECHR judges violations of the EConvHR and is not competent to interpret the Slovene Constitution. This is the main reason that also the Constitutional Court may not use the decisions of the ECHR as support for a restrictive interpretation of the Constitution. Any different use of the EConvHR and the decisions of the ECHR would result in the negative development of human rights, to the ensuring of an average level in all of Europe, to the cutting off of all the peaks in the field of the protection of human rights which are, due to particular reasons within the individual national legal order, higher than the average. Why shouldn’t one of these peaks concerning the protection of human rights and minority rights in a concrete case be and remain Triglav, Slovenia’s highest mountain? Certainly, it is possible that Slovenia will in the future change its Constitution and choose a similar legal order as the majority of other European countries have concerning an interference with one’s privacy; however, it is not possible to exclude the possibility that someday other countries and the EConvHR will adopt the current Slovene solution as more suitable from the perspective of the protection of human rights.

4. In so far as the EConvHR is used for narrowing rights determined by national states, it is, in my opinion, a matter of its abuse, which the convention itself expressly forbids: "Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention." (Article 17) This provision unfortunately is not equally clear and convincing as is the mentioned provision of Article 15 of the Slovene Constitution, although undoubtedly it contains a similar aspiration: to not allow the misuse of the EConvHR for the limitation of rights and freedoms.

Such interpretation arises also from respect for the principle of subsidiarity, which in the acts of the Council of Europe in general and also of those who speak of the ECHR and its reform, plays an important role. This concerns the principle which we can most simply explain by saying that it gives priority to the social basis before the peak of some social organisation (for example, in the field of local self-government<sup>23</sup>). When this concerns the relation between the courts, it gives priority to the decision making of the courts in the framework of the national state, which are the primary site of the protection of human rights, while the role of the ECHR<sup>24</sup> is limited to the most urgent interferences in important matters that ensure uniform interpretation and the successful realization of the EConvHR. The principle of subsidiarity received a great principled emphasis also in the framing of the European constitutional treaty in a special protocol which is included in this treaty along with the envisaged mechanisms for its realisation.

In the preparation of the European constitutional treaty two expressly important positive decisions which concern the protection of human rights were adopted. First, that the Charter of Fundamental Rights of the European Union would be included in its entirety in the constitutional treaty, and secondly, that with the treaty the European Union obliged itself to becoming party to the EConvHR.<sup>25</sup> That is quite important because the mentioned charter places great emphasis on the protection of human rights at the national level and on the achievements of the ECHR and because of the long-running polemic on such, on what the European Union's relation to human rights should be, within the framework of the Council of Europe.<sup>26</sup> As is stated in Article 53, which is entitled "Level of Protection": "Nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the member States' constitutions".

This provision means that also in the European Union the conviction has won out that it is necessary in the field of the protection of fundamental human rights and basic freedoms to implement an essentially different relation between European and national law than in other fields in which it implements and strengthens aspirations for a uniform legal order. When this concerns human rights and freedoms, European and national law should be on an equal footing, between them there should be fair competition on the basis of which of the two provide a higher level of human rights protection.

1 Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe.

2 "Unlike the European Union, the Council of Europe does not strive for uniformity, but accepts that there is a range of solutions which democratic societies adopt while still guaranteeing the common minimum standards which lie at its core" Luzius Wildhaber, *Èlovekove pravice: vpraanje ravnoteja?* (Human Rights: A Question of Balance?), *Dignitas* No. 15-16/2003, p. 5.

3 Almost three years earlier, during the preparations for independence when it still was not a member of the Council of Europe but was a member of the Yugoslav federation, Slovenia unilaterally obliged itself

to respect the basic conventions of the Council of Europe. For more on this, see Ciril Ribič, *Ustavnopravni vidiki osamosvajanja Slovenije*, Uradni list, Ljubljana, 1992, p. 38.

4 Dr. Botjan M. Zupančič, in his partially dissenting opinion on this matter, warned that the ECHR did not have at its disposal the indisputable judicially determined facts on the basis of which it determined what actually happened during the arrest, because the applicant did not take advantage of the legal remedies within Slovenia. In connection with this, the position of the President of the ECHR is also interesting, in which he states that the ECHR must prudently address such matters when it is functioning as the court of first instance (when ascertaining the circumstances of the matter), concerning which it referred to the judgement in the case of *Tanli v. Turkey*, 10th of April 2001, App. No. 26129/95. (Luzius Wildhaber, *ibid.*, p. 8.)

5 “In each case, the question whether the review has been completed sufficiently ‘speedily’ depends on all the circumstances. In the case of a straightforward bail application by a man detained on suspicion of drug-trafficking, for example, the Court held that three weeks was too long.” (*Rehbock v. Slovenia*) (Jacobs & White, *European Convention on Human Rights*, third edition, Oxford, 2002, p. 135).

6 Dr. Botjan M. Zupančič, Foreword to Dr. Zlatko Deman, Ane Erbenik, *Kazensko procesno pravo RS*, GV Zaloba, Ljubljana, 2003, p. 9.

7 See also Dr. Janez Èebulj in: *Komentar Ustave Republike Slovenije*, (Ed. L. Šturm), FPDE, Ljubljana, 2002, pp. 256, 257.

8 In the case of *oæ v. Croatia* on the 9th of May 2003 (App. no. 47863/99), the ECHR dismissed the Government’s objection that all legal remedies within the country had not been exhausted in so far as this concerned an already concluded case, because the constitutional court in that country does not have jurisdiction to decide an already concluded case concerning a violation of the Convention right to a decision within a reasonable time.

9 A different position is held by Justice Dr. Janez Èebulj, who is of the opinion that the Constitutional Court can and must ensure that the legal order be enforced and decide on the compensation claimed. See also Dr. Janez Èebulj, *O ustavnem sodstvu: Ustavna pritožba zaradi kritve pravice do sojenja v razumnem roku*, Podjetje in delo, No. 6/2000, p. 1157.

10 Luzius Wildhaber, Address to the 112th Session of the Committee of Ministers, Strasbourg, 15th May, 2003.

11 Hinko Jenull, *Zagotavljanje sojenja v razumnem roku de lege lata in de lege ferenda*, *Pravna praksa*, No. 13/2003, p. 19.

12 The following, amongst others, have written on the weaknesses of this solution: Peter Pavlin, *Nadzorstvena pritožba kot uèinkovito sredstvo zoper zavlàeevanje sodnega postopka*, *Pravna praksa*, No. 11/2001, p. 13; Jadranka Sovdat, *Izèpanost pravnih sredstev pred ESÈP*, *Pravna praksa*, Ljubljana, 1998, p. 2 and Andrej Berden, *Prispevek k razpravi o poveèanju sodnikove odgovornosti*, *Pravna praksa*, No. 18/2003, p. 19. In the previously cited article, Hinko Jenull advocates the normative development of the supervisory review or for the establishment of a new effective legal remedy which will meet the criteria of the judgements of the ECHR.

13 *H v. Belgium*, 30th of November 1987, App. No. 8950/80. See also Nuala Mole, Catharina Harby, *The Right to a Fair Trial*, *Human Rights Handbooks*, No. 3, p. 65.

14 Dr. Botjan M. Zupančič (in: *Komentar Ustave RS* (Ed. Dr. Lovro turm), FPDE, Ljubljana, 2002, pp. 112, 113) on the basis of the doctrine of the positive obligation of the state also argues for the passé myth of constitutional courts as merely “negative legislatures” because in an annulling decision they implicitly burden each of the three branches of authority that positively harmonize their activities with the constitution.” On the positive obligations of the state, see also: Andraž Teršek, LL.M, *EKÈP in pozitivne dolnosti drave*, *Pravna praksa*, No. 15/2002, p. 5. Luzius Wildhaber also speaks of the positive obligation

of the state in connection with regulating the status of the Roma (Ibid., p. 9).

15 In the reasoning of Decision No. Up-58/95 (to which the Constitutional Court referred in case No. Up-455/01) it was stated that the ECHR does not require that the conditions determined in the first paragraph of Article 6 of the EConvHR be fulfilled at all levels of decision making. In the case of *Le Compte v. Belgium*, decided 10th of February 1983, the ECHR allowed for the possibility that the supervision over the organs which decided at the first instance is assigned to the court which has full jurisdiction.

16 The EConvHR speaks of an impartial “tribunal”, and so it can be less binding than the constitutional provision providing for an impartial “court”. Nevertheless, the customs authority in the performance of its “judicial” function is not in any manner organized as a tribunal for deciding charges against an individual.

17 Dr. Dragica Wedam Lukič calls attention to such example in her contribution to the IX Days of Civil/Public Law, Portoroz, 2003 (*Pomen sodne prakse v zvezi z ustavnosodno presojo*). In the consenting opinion of Dr. Ciril Ribičič, in case U-I-272/98, dated 13th of May, 2003, he emphasises that Slovenia must protect and develop these aspects of its legal order wherein it consciously decided on a higher level of human rights protection than is in force in other European countries. The Constitutional Court must not adopt a restrictive interpretation of these rights with the excuse that also other European states do not protect them to such a high degree as is provided for in the Slovene Constitution.

18 *Nastajanje slovenske ustave*, Dravni zbor, Ljubljana, 2001, Volume II, p. 419.

19 The constitutions of a majority of European countries require a court order for an interference in the inviolability of one’s dwelling and the privacy of communication (but not in all of them for both) but not regarding interference in privacy in general.” (Consenting opinion of Dr. Mirjam Krk in case U-I-272/98 dated 13th of May, 2003, pp. 2 and 3). See also: Goran Klemenčič, in: *Komentar Ustave Republike Slovenije* (Ed. L. turm) FPDE, Ljubljana 2002, pp. 391 – 408.

20 More broadly, see also the Dissenting Opinion of Justice Dr. Ciril Ribičič in case No. Up-455/01 decided 31st of March 2003, in which he states that after the adoption of amendments to the Constitution of the Republic of Slovenia in 2003, it is clearer that the Constitutional Court must in such examples use norms which guarantee a higher level of human rights protection. Namely, the Constitution now expressly determines as a goal, and reason for joining international organisations in the first place, “respect for human rights and fundamental freedoms.”

21 For more on this topic, see also: Andra Terek, LL.M. *Med Strasbourgom in Ljubljano*, Pravna praksa, No. 6/2003, p. 45 and *Ustavnopravna analiza razmerja med 35. členom in drugim odstavkom 37. člena Ustave RS*, Pravna praksa, No. 10-11/2003, pp. XII to XVI.

22 Luzius Wildhaber, President of the ECHR, emphasises that the intent of the EConvHR is not to enforce a uniform solution in the field of human rights protection, but “it wishes to define common minimum standards for the framework of national human rights protection throughout Europe.” Ibid., p. 5.

23 See also: Dr. Stane Vlaj, *Lokalna samouprava s poudarkom na načelu subsidiarnosti*, VUŠ, Ljubljana, 2001.

24 This principle explains why the ECHR “does not regard itself as a court of appeal from decisions of institutions within national legal orders.” Jacobs & White, *European Convention on Human Rights*, Oxford, 2002, p. 14.

25 More broadly: Dr. Ciril Ribičič, *Evropska ustavna pogodba in èlovekove pravice*, Pravna praksa, No. 25/2003, supplement, pp. I-V.

26 Dr. Peter Jambrek warns that the former ECHR President already fought against that the European Union would threaten the pan-European character of the protection of rights before the ECHR. (*Evropsko*



## РЕЗЮМЕ

Автор считает, что в области защиты прав личности и меньшинств необходимо по мере возможности следовать принципу применения закона, гарантирующего более высокий уровень защиты прав в каждом конкретном случае. Следовательно, европейское право не может иметь априорного приоритета, оно не должно и не может быть иерархически выше национального права. Это означает, что европейское право не должно определять единообразный уровень защиты прав человека для Европы в целом, независимо от того, касается ли это право Европейского Союза или Совета Европы. Оно должно определять только минимальный уровень защиты прав, который должен быть обеспечен во всех государствах - членах. Европейские учреждения должны, несомненно, эффективно пресекать и ограничивать практику, не обеспечивающую минимальный стандарт защиты прав человека. С другой стороны, они не могут ограничивать те регулирование и практику, которые гарантируют более высокий уровень защиты прав личности и меньшинств. Более того, такое регулирование и практика должны поощряться, популяризироваться и укрепляться. Иначе европейское право пришло бы в состояние стагнации или регресса в области защиты прав личности и меньшинств во всех тех случаях, где подобная защита - выше среднего европейского уровня, определено решениями Европейского Суда по правам человека (ЕЧП).

Автор представляет четыре дела, касающихся взаимоотношений между национальным и европейским правом по правам человека. Первые два (*Rehbock v. Slovenia*, *Berlinger v. Slovenia*) раскрывают значение Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и решений Европейского суда по правам человека в обеспечении более высокого уровня защиты прав человека в Словении, как государства - члена Совета Европы. Следующие два - это решения Конституционного Суда Словении, которые, по мнению автора, демонстрируют злоупотребление решениями ЕСПЧ как основания для ограничительной интерпретации положений о правах человека в Конституции Словении.

# LES LIMITATIONS À L'EXERCICE DES DROITS FONDAMENTAUX DANS LA PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE

KAI-UWE RIESE

*Représentant de la Cour constitutionnelle D'Allemagne*

## I. Introduction

La constitution de la République fédérale d'Allemagne de 1949, qui porte – pour des raisons historiques – le nom de Loi Fondamentale (LF), attache une importance particulière aux droits fondamentaux. Ainsi, la première section de la Loi Fondamentale (articles 1 à 19) est entièrement consacrée à ces droits auxquels les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont liés à titre de droit directement applicable (art. 1 al. 3). Aux droits fondamentaux s'ajoutent les droits dits assimilés (*grundrechtsgleiche Rechte*) garantis par d'autres articles répartis dans la constitution, comme par exemple l'accès égal de tout Allemand aux fonctions publiques selon son aptitude (art. 33 al. 2), le droit à un juge légal déterminé à l'avance (art. 101 al. 1) ou bien le droit d'être entendu devant les tribunaux (art. 103 al. 1).

C'est la Cour constitutionnelle qui est appelée à veiller à la protection des droits fondamentaux dont le caractère est reconnu tout à la fois comme objectif et subjectif. Ainsi, selon l'article 93 al. 1 n°. 4 a de la loi fondamentale (LF) toute personne qui s'estime lésée dans ses droits fondamentaux par un acte de la puissance publique peut saisir la Cour constitutionnelle d'un recours direct individuel. L'acte attaqué peut être n'importe quel acte d'une autorité législative, exécutive ou juridictionnelle (loi, acte administratif, jugement). Pour comprendre la très grande importance du recours individuel, il suffit de regarder les statistiques. Ainsi, en 2002 il y avait en tout 4.692 saisines, dont 4.523; c'est-à-dire environ 96,4 % de recours individuels.

Le recours individuel aboutit seulement – les autres conditions mises à part – à un résultat favorable, si l'ingérence – c'est à dire la limitation du droit fondamental par l'autorité publique respective – n'est pas constitutionnellement justifiée. La Cour doit donc se poser la question de savoir si la limitation à l'exercice du droit fondamental est conforme à la constitution. J'essaierai de vous expliquer comment elle y procède en présentant d'abord le schéma général d'analyse d'un droit fondamental que la Cour constitutionnelle applique pour décider de la constitutionnalité d'un acte attaqué. Dans une deuxième partie, j'envisagerai le texte de la loi fondamentale pour classifier les limites qui y sont prévues. Ensuite, je démontrerai l'application du texte par la jurisprudence constitutionnelle en incluant quelques décisions importantes relatives aux limitations des droits fondamentaux.

## II. Le schéma général d'analyse d'un droit fondamental

1. Selon la jurisprudence constitutionnelle allemande, les droits fondamentaux sont en premier lieu des droits de défense du citoyen contre le pouvoir étatique.<sup>1</sup> Leur caractère défensif interdit à la puissance publique de s'ingérer dans la sphère protégée par un droit fondamental. A côté de cela, la Cour reconnaît à certains droits fondamentaux un caractère prestataire exigeant une action de l'état. Ceci concerne par exemple la garantie de la dignité humaine (article 1 al. 1 LF), la liberté d'agir et le principe de l'état social dont la Cour constitutionnelle a déduit – notamment en droits fiscal et social – que chaque individu doit disposer d'un minimum de moyens pour pouvoir mener une vie humaine digne. De même, l'état doit organiser une protection efficace des droits par les tribunaux (cf. pour la défense contre les actions de l'exécutif l'article 19 al. 4 de la loi fondamentale). Ce qui intéresse dans ce rapport, ce sont moins les

droits de caractère préstatatoire que les droits-libertés, parce que c'est surtout dans ce contexte que le problème de la limitation se pose.

2. Pour vérifier si un acte public soumis au contrôle de constitutionnalité ne contredit pas un droit fondamental, notamment une liberté, la Cour examine en général les trois points suivants:

D'abord, elle définit le contenu exact du droit fondamental que la constitution veut garantir. Dans ce contexte, la doctrine et la jurisprudence allemandes parlent de "champs ou domaine protégé" de la norme (Schutzbereich). La détermination de ce domaine protégé est très simple quand la constitution elle-même en donne une définition claire et nette qui échappe à toute interprétation. Ainsi, la protection du mariage (art. 6 al. 1) ne comprend pas l'union libre ou bien le domaine protégé de la liberté d'association ne se réfère pas aux associations qui sont contraires aux lois pénales, dirigées contre l'ordre constitutionnel ou dirigées contre l'idée d'entente entre les peuples (art. 9 al. 2).<sup>2</sup> Mais comment définir par exemple le domaine protégé de l'article 13 LF qui garantit l'inviolabilité du domicile? La Cour constitutionnelle entend par domicile non pas seulement les logements du sens d'habitation mais aussi les locaux à usage commercial ou professionnel.<sup>3</sup> Vous voyez que la détermination du champs protégé a une influence sur l'étendue et l'efficacité de la protection qu'il ne faut pas sous-estimer. C'est sans doute une des raisons pour lesquelles la Cour se décide dans de nombreux cas pour une interprétation plutôt large.

Après avoir déterminé le contenu du domaine protégé, la Cour décide si l'acte attaqué y constitue une atteinte (Eingriff). C'est le cas si l'acte public empêche un comportement individuel protégé par le droit fondamental. Dans la plupart des cas, cet examen ne pose pas de problème. Par contre, la situation devient plus difficile quand le droit fondamental est atteint d'une manière indirecte (l'autorité administrative publie une information sur un produit laquelle a pour effet que le produit se vend mal de façon que le chiffre d'affaire du producteur baisse). L'atteinte peut être d'ordre général (i.e. directement par une loi) ou d'ordre individuel (par un acte administratif ou un jugement, p. ex. quand une partie à un procès n'est pas entendue par le tribunal).

Même si le champs ou domaine protégé est concerné, l'acte contesté n'est pas forcément inconstitutionnel. Il contredit uniquement le droit fondamental si l'atteinte n'est pas justifiée. La Cour doit donc voir dans quelle mesure le droit fondamental peut être limité et ensuite vérifier si l'acte en question se tient dans le cadre de cette limitation.<sup>4</sup> Cette dernière étape du schéma d'analyse est assez complexe; elle est en outre de la plus haute importance pour que l'effectivité de la garantie constitutionnelle puisse être assurée. Nous l'examinerons de plus près dans les parties suivantes. Adressons-nous d'abord au texte de la loi fondamentale pour décrire les possibilités de limitation qui y sont prévues.

### **III. La limitation des droits fondamentaux selon le texte de la constitution**

Il n'est pas facile de vous donner un aperçu sur les différentes limitations prévues par la loi fondamentale sans que vous ayez le texte sous les yeux. Peut-être serez-vous encore moins rassurés si je vous dis que la loi fondamentale est peu systématique sur ce sujet et qu'en somme, elle ne donne pas de réponse satisfaisante. La théorie allemande des limites dans sa forme actuelle est uniquement le produit de la jurisprudence constitutionnelle et de la doctrine. Néanmoins, il est important d'étudier le texte constitutionnel afin de pouvoir estimer son interprétation par la Cour. Je pose donc trois questions à ce texte afin de voir ce qu'il y répond:

- Quels types de limitations peuvent être imposées? La constitution permet-elle une classification des limitations?
- Qui est légitimé pour les imposer?
- Jusqu'où la limitation peut-elle aller? Existence-t-il des limites aux limites?

1. La réponse à la première des questions est vite donnée: La constitution distingue en principe deux catégories de limitations:

a) D'un côté, elle connaît des droits fondamentaux assortis d'une "réserve de la loi" (Gesetzesvorbehalt). Il s'agit là d'une formule qui permet expressément au législateur de limiter le droit fondamental "en vertu d'une loi" ou bien "par une loi". Je vous donne quelques exemples: Selon l'article 2 al. 2 LF des restrictions au droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté de la personne ne peuvent être effectuées qu'en vertu d'une loi. De même, l'exercice de la profession ne peut être réglementé qu'en vertu d'une loi (art. 12 al. 1 LF).

Pour compléter cet aperçu sur la première catégorie de limites, je vous fais remarquer qu'elle peut à nouveau être subdivisée en deux types de limitations: On parle de "simple réserve de la loi" (einfacher Gesetzesvorbehalt) quand la clause est générale et laisse au législateur le soin de déterminer la limite concrète. De l'autre côté, on parle de "réserve qualifiée de la loi" dans les cas où la constitution ne s'arrête pas à une clause générale, mais précise les conditions sous lesquelles le législateur est habilité à limiter le droit fondamental. Ainsi, la liberté de circulation et d'établissement peut être limitée "uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières pour la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou [...]"

La réserve qualifiée se trouve également dans l'article 5 al. 1 et 2 de la loi fondamentale, lequel garanti la liberté d'opinion et la liberté de la presse. Ces libertés trouvent leurs limites ("finden ihre Schranke") dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel.

Comme elle restreint l'action du législateur, la réserve qualifiée est en principe plus effective que la simple réserve de la loi. Or, même si la constitution habilite le législateur de façon générale et sans conditions à apporter des limites à l'exercice d'un droit fondamental, ce droit n'en est pas pour autant mis à la libre disposition du législateur. Nous verrons que la jurisprudence constitutionnelle n'accepte pas n'importe quelle limite fondée sur une simple réserve de la loi.

b) A côté des droits fondamentaux assortis d'une réserve de la loi, nous rencontrons un deuxième type de droits fondamentaux qui paraissent, à la première vue, assez remarquables. Il s'agit de libertés qui – selon le texte constitutionnel - ne connaissent aucune limitation. Je peux vous citer notamment l'article 4 al. 1 et 2 LF assurant les libertés de croyance et de conscience ainsi que l'article 5 al. 3 LF garantissant les libertés de l'art, de la science, de la recherche et de l'enseignement.

2. Après avoir donc démontré les possibilités de limitations selon le texte de la constitution, je me consacre à la deuxième question: Qui est légitimé pour imposer des restrictions aux droits fondamentaux? C'est, comme nous avons vu toute à l'heure en regardant les réserves de la loi, le législateur, le parlement. Néanmoins, le législateur n'est pas toujours tenu de déterminer lui-même les détails d'une limitation. La Cour, et là j'anticipe sur la dernière partie consacrée à la jurisprudence constitutionnelle, admet que le législateur autorise le pouvoir exécutif à édicter des règlements. Une telle loi d'habilitation doit elle-même remplir certaines conditions (cf. l'art. 80 al. 1 LF). Elle est interdite si la constitution demande expressément la limitation par une loi formelle (ex.: restriction de la liberté de la personne uniquement en vertu d'une loi formelle, art. 104 al. 1 LF). ou bien si l'ingérence touche aux règles essentielles d'une matière. Cette dernière interdiction a été développée dans le cadre d'une théorie nommée théorie du caractère substantiel (Wesentlichkeitstheorie) à laquelle je reviendrai.

On peut donc retenir que la restriction doit de toute façon remonter à une loi formelle. En conséquence, la limitation n'est pas justifiée par une simple prescription administrative (Verwaltungsvorschrift) qui n'est

pas basée elle-même sur une loi. Ainsi, la Cour avait à décider sur le recours constitutionnel individuel d'un détenu dont le courrier avait été arrêté par l'administration pénitentiaire à cause de propos injurieux. Le recours qui s'appuyait (entre autre) sur la violation de la liberté d'opinion avait du succès.<sup>5</sup> La Cour a constaté que selon le texte constitutionnel la liberté d'opinion ne peut être limitée qu'en vertu d'une loi alors que l'acte attaqué (l'arrêt du courrier) était uniquement basé sur une circulaire, c'est-à-dire une prescription administrative. Donc, le législateur a été contraint d'adopter une loi relative à l'exécution des peines et aux établissements pénitentiaires (Strafvollzugsgesetz).

3. Il me reste à chercher une réponse à la troisième question: Jusqu'où les droits fondamentaux peuvent-ils être limités selon le texte constitutionnel? Le résultat de la recherche est très court parce que le texte ne nous offre pas de réponse. C'est assez frappant, d'autant plus qu'il s'agit d'une question dont dépend la protection effective des droits fondamentaux. Inutile de vous dire que les droits fondamentaux ne sont pas soumis à la libre disposition du législateur, grâce à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

#### **IV. La limitation des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle**

En statuant sur les limitations des droits fondamentaux la Cour s'est vue – comme je l'ai déjà décrit – confrontée à deux grands problèmes que le texte constitutionnel ne résout pas. D'un côté, il fallait déterminer la portée exacte de la réserve de la loi pour empêcher le législateur de dénaturer un droit fondamental. De l'autre côté, la Cour devait décider si et jusqu'où un droit fondamental qui n'est soumis à aucune réserve peut être restreint. Dans cette dernière partie, je tenterai donc d'illustrer les solutions établies par la jurisprudence constitutionnelle.

##### **1. La portée de la réserve de la loi**

La loi que le législateur peut adopter pour limiter un droit fondamental doit elle-même remplir certaines conditions qui garantissent la protection effective du droit. Autrement, la loi risque d'être annulée par la Cour en défaut de conformité à la constitution. Pour désigner ces bornes auxquelles est soumis le législateur, la jurisprudence et la doctrine allemandes ont créé le terme de "Schranken-Schranken" (limites aux limites). Quel est donc leur contenu?

On peut d'abord citer l'article 19 al. 1 et 2 LF qui énumère trois conditions: La loi doit valoir de manière générale et pas seulement pour un cas particulier, elle doit énoncer le droit fondamental faisant l'objet de la législation ("Zitiergebot") et puis, elle ne doit pas porter atteinte à la substance du droit fondamental (Wesensgehaltsgarantie). Comme ces critères ne jouent pas un grand rôle dans la pratique constitutionnelle, je fixe mon attention sur une autre "limite aux limites" qui est beaucoup plus importante. Il s'agit du principe de proportionnalité (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) qui trouve son origine en matière de police. Cette figure a pour but d'écarter les limites qui n'accordent pas aux droits fondamentaux l'importance qui leur est due. Selon la Cour constitutionnelle le principe de proportionnalité impose que la restriction en vertu d'une loi soit premièrement appropriée et deuxièmement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Troisièmement, la restriction doit avoir un caractère adéquat ou tolérable. Cela veut dire que l'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance du droit fondamental et les préjudices imposés au destinataire de ce droit. Vu que ces définitions paraissent assez abstraites, j'essaierai de vous donner des exemples pour les trois impératifs qui font partie du principe de proportionnalité:

La mesure limitant le droit fondamental est appropriée quand elle est de nature à favoriser le résultat désiré. Ainsi, la Cour a déclaré contraire à la liberté d'agir une loi selon laquelle le permis de chasse au faucon était uniquement délivré si le postulant passait un examen de tir et prouvait - entre autre - avoir des connaissances pyrotechniques. En effet, cette restriction supplémentaire n'était pas appropriée pour

réaliser le but du législateur qui voulait protéger l'élevage et le nombre de certains oiseaux de proie . Pour la chasse au faucon, il n'est pas nécessaire d'avoir des connaissances relatives aux armes parce ce qu'il s'agit justement d'une chasse rien qu'avec l'aide des faucons sans armes à feu.<sup>6</sup>

Pour vous illustrer la deuxième étape du principe de proportionnalité – la nécessité de la restriction – je cite une autre décision de la Cour: Elle concerne l'interdiction d'une sucrerie pratiquement sans cacao qui selon sa forme extérieure risquait d'être confondue avec un produit chocolaté très répandu en Allemagne à Pâques et à Noël.<sup>7</sup> La Cour constitutionnelle a décidé que l'interdiction des sucreries était contraire à la liberté professionnelle. Elle n'était pas nécessaire pour protéger les consommateurs parce qu'il y avait un autre moyen aussi efficace qui portait moins atteinte à la liberté professionnelle. Il suffisait de signaler au consommateur par l'étiquetage que le produit ne contenait pas de cacao.

Finalement, le principe de proportionnalité demande une appréciation exacte de la mesure restrictive par rapport au but et au droit fondamental limité. La Cour met en balance tous les avantages et tous les inconvénients en tenant compte de toutes les circonstances du cas particulier. Dans ce contexte, on parle aussi de la théorie dite de l'interaction (Wechselwirkungslehre), parce que la Cour ne permet pas une restriction unilatérale, mais l'interprète en tenant compte de l'importance du droit fondamental. Par contre, cette méthode ne constitue pas une vraie théorie qui obéit à des règles générales. La solution dépend toujours entièrement de la configuration du cas particulier. Cela constitue un certain danger, mais jusqu'à aujourd'hui ni la Cour ni la doctrine n'ont élaboré un modèle plus général aussi efficace.

## **2. La limitation des droits fondamentaux garantis sans réserve expresse de la loi**

La nécessité d'une paisible coexistence des membres de la société qui souhaitent tous exercer leurs droits fondamentaux ainsi que les objectifs d'intérêt général ne permettent pas que les droits fondamentaux soient garantis sans aucune limite. Donc, la Cour constitutionnelle reconnaît que les libertés de croyance et de conscience (art. 4 al. 1 et 2) et les libertés de l'art, de la science, de la recherche et de l'enseignement (art. 5 al. 3) peuvent également soumises à des restrictions bien que le texte constitutionnel se taise sur ce sujet. Elle a statué que ces droits trouvent leurs limites uniquement dans les droits fondamentaux d'autrui et dans les objectifs de valeur constitutionnelle. Par contre, il est interdit de recourir à la limite légale d'une liberté plus générale comme par exemple la liberté d'action.

Comment la Cour procède-t-elle si deux sujets de droit exercent des libertés non compatibles? Dans ce cas, la jurisprudence et la doctrine parlent d'une collision de droits fondamentaux (Grundrechtskollision) qui demande une conciliation. Du reste, cette collision concerne également les droits fondamentaux avec réserve de loi.

Alors, que la Cour fait-elle? Elle met en balance les droits contradictoires pour trouver la solution la plus équilibrée. C'est une entreprise délicate parce qu'en principe, aucun droit fondamental ne l'emporte d'avance sur un autre. La méthode paraît simple et compliquée à la fois. Elle a l'inconvénient que ses résultats dépendent entièrement des circonstances du cas respectif sans que l'on puisse établir de règles générales.

Afin d'expliquer les grands traits d'une conciliation de droits fondamentaux je vous présente une décision tout à fait récente concernant le port du foulard islamique. Il s'agit du recours individuel d'une Allemande originaire d'Afghanistan qui voulait être nommée fonctionnaire et travailler comme enseignante dans l'enseignement primaire tout en portant le foulard islamique. L'administration responsable refusait de la nommer à cause d'un déficit d'aptitude requise pour entrer dans la fonction publique par l'article 33 al. 2 LF. Les tribunaux administratifs ont confirmé cette décision. La candidate à la fonction publique a saisi la Cour constitutionnelle pour violation de la liberté de croyance et du droit à l'accès égal aux fonctions publiques qui est indépendant de la croyance religieuse. La Cour a cassé l'arrêt du tribunal administratif et statué qu'il appartient au législateur d'opérer la conciliation entre les libertés contradictoires concernés.

Il s'agit d'un côté de la liberté de croyance de l'enseignante qui est garantie sans réserves de la loi, et de l'autre côté de la liberté des élèves de ne pas être confrontés à la croyance de leur enseignante et du droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants. En plus, comme l'enseignante en tant que fonctionnaire représente le pouvoir étatique, il faut tenir compte de l'obligation à la neutralité. La Cour a donc recouru à la théorie dite de la substance (Wesentlichkeitstheorie) qui est basée sur le principe de l'état de droit et selon laquelle il appartient au législateur de régler lui-même tout ce qui touche à la substance d'une matière. C'est entre autre le cas s'il y a une collision de droits fondamentaux, notamment non assortis d'une réserve de la loi, dont la conciliation est d'une importance particulière pour la société et qui demande une discussion complexe. Cette tâche ne peut pas être accomplie par l'administration, mais seulement par le législateur lui-même.

Je vous fais remarquer que trois des huit juges constitutionnels n'ont pas partagé la décision majoritaire. Dans leur opinion dissidente, ils soulignent le caractère particulier du statut du fonctionnaire qui limite l'exercice des droits fondamentaux en faveur de la neutralité de l'état et de l'intérêt général. La candidate à l'enseignement qui demande volontairement d'être nommé fonctionnaire doit se soumettre à un lien plus intense qu'un individu "hors de l'état". Un enseignant se trouve alors dans une autre situation qu'un individu dans le droit fondamental duquel l'état s'ingère.

Pour le deuxième type de limites aux droits fondamentaux sans réserve expresse de la loi, c'est-à-dire les objectifs de valeur constitutionnelle, il n'existe pas non plus de règles générales pour la conciliation d'une collision. La Cour demande également une mise en balance en tenant compte de toutes les circonstances.

## V. Conclusion

La théorie des limites est un produit de la jurisprudence constitutionnelle. Elle sert à la protection de la liberté individuelle contre le pouvoir de l'état.

Tous les droits fondamentaux garantis par la constitution allemande peuvent être limités, même ceux qui ne sont pas assortis d'une réserve de la loi.

N'importe quelle limitation à l'exercice d'un droit fondamental peut être soumise à un contrôle de constitutionnalité.

La limitation doit être basée sur la constitution. Le législateur doit régler lui-même les limitations essentielles.

La Cour constitutionnelle a établie une théorie des "limites aux limites" selon laquelle la limitation d'un droit fondamental n'est pas soumise à la libre disposition du législateur.

1 BVerfGE 7, 198 <204>.

2 Cf. BVerfGE 80, 244 <253>. Selon une partie de la doctrine l'art. 9 al. 2 LF ne détermine pas les champs protégés, mais constitue une limitation à la liberté d'association, cf. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, 2002, Art. 9, no. 15.

3 BVerfGE 42, 212 <219>; 76, <83 <88>; 96, 4 <51>:

4 Dans la terminologie juridique allemande on parle de "Schranke".

5 BVerfGE 33, 1.

6 BVerfGE 55, 159.

7 Il s'agissait de figures en forme de lapin ("lapin de Pâques") et de Père Noël enveloppées en papier d'aluminium.

## РЕЗЮМЕ

При рассмотрении данной темы, по мнению автора, необходимо ответить на следующие вопросы:

-Какие типы ограничений могут применяться? Разрешает ли Конституция классифицировать ограничения?

-Кто правомочен устанавливать ограничения?

-Существуют ли пределы ограничений и каковы эти пределы?

Отвечая на первый вопрос, автор подчеркивает, что Конституция различает два вида ограничений: с одной стороны, она признает основные права, которые могут ограничиваться законодателем "в силу закона" или "законом", с другой стороны, речь идет о свободах, которые Конституцией не подлежат ограничению. Относительно второго вопроса отмечается, что именно парламент правомочен устанавливать ограничения. Что же касается третьего вопроса, то Конституция не дает возможности ответить на этот вопрос.

По вопросам ограничения основных прав перед Судом встает следующая проблема: с одной стороны, Суд должен установить точную значимость оговорки закону, чтобы не дать возможность законодателю исказить основные права, с другой стороны, Суд должен определить пределы ограничения того права.

В заключение отмечается, что Конституционный Суд применяет теорию "Пределы ограничения", согласно которой ограничения основных прав не подлежат свободному установлению законодателем.

## ОСНОВНЫЕ КРИТЕРИИ ОЦЕНКИ ОГРАНИЧЕНИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ МОЛДОВА

ЕЛЕНА САФАЛЕРУ

*судья Конституционного Суда Молдовы*

Уважаемый господин Председатель Конституционного Суда Республики Армения!

Уважаемые участники VIII Ереванской международной конференции!

Уважаемые коллеги!

Прежде всего, хочу искренне поблагодарить Конституционный Суд Республики Армения за приглашение принять участие в VIII Ереванской международной конференции и отметить особую актуальность избранной темы семинара "Основные критерии ограничения прав человека в практике конституционного правосудия".

Провозглашение прав и свобод человека и гражданина в Конституции Республики Молдова (ст.1 ч.(3) является высшей ценностью и важным новшеством в конституционном праве и законодательстве в целом. Обладателем прав и свобод является каждый человек, будь то гражданин Республики Молдова, иностранный гражданин или лицо без гражданства.

Республика Молдова приняла на себя обязанность признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека, ограждать их от любого незаконного



вмешательства или ограничения. Согласно ч.(1) ст.4 Вышнего закона конституционные положения о правах и свободах человека толкуются и применяются в соответствии со Всеобщей декларацией прав человека, пактами и другими договорами, одной из сторон которых является Республика Молдова. За последние годы в нашей стране значительно расширилось не только понятие ,права человека, но и его предметное содержание. Если истекшее десятилетие можно назвать ,временем определений, то настоящий период можно именовать ,временем реализаций» прав и свобод человека в Республике Молдова, то есть периодом, когда международные принципы приобрели приоритет над архаичным местным законодательством и практикой, а также стали ее неотъемлемой частью.

Согласно текстам многих конституций стран СНГ международные акты обладают приоритетом по отношению к внутренним законам.

Часть (2) ст.4 Конституции Республики Молдова гласит, что при наличии несоответствий между пактами и договорами об основных правах человека, одной из сторон которых является Республика Молдова, и внутренними законами приоритет имеют международные нормы.

Подобные конституционные установки в конституциях стран СНГ могут иметь различный юридический статус, однако их нормативная правовая значимость не оставляет никаких сомнений, как и их место в системе общепринятых международных прав человека, которые ныне считаются нормами управления демократическими государствами.

Взаимосвязь и взаимодействие актов ООН, Совета Европы и ОБСЕ, по образному сравнению одного из выдающихся европейских юристов, бывшего главного судьи Верховного Суда Италии Антонио Ла Пергола, подобны наложению трех цветов, при котором каждый цвет, смешиваясь с другими цветами, сохраняет свои отличительные особенности. Данные документы являются всеобъемлющим выражением международных норм в области прав человека в конце XX и начале XXI столетия.

Параллель между сегодняшним превосходством международного права над национальным законодательством в Европе и в странах СНГ следует из ст.55 Конституции Франции, ст.25 Конституции ФРГ, ст.91 Конституции Австрии, ст.10 Конституции Италии, ст.96 Конституции Испании, ст.8 Конституции Португалии, ст.15 ч.(4) Конституции Российской Федерации, ст.9 Конституции Украины. Согласно Конституции Республики Армения (ст.6) ратифицированные международные договоры являются составной частью правовой системы Республики. Если в них установлены иные нормы, чем предусмотренные в законах, то применяются нормы договора.

Конституция Республики Молдова наделила Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод высоким правовым статусом в молдавской правовой системе. Правило о примате конвенционных норм по отношению к законам открыло еще одну возможность измерения молдавского законодательства в свете европейских стандартов, что используется в практике Конституционного Суда.

Права человека-предмет противоречивый. Разрыв между идеалом и реальностью существовал всегда. На протяжении многих лет у нас в республике оспаривалась необходимость применения международных правовых норм и утверждалось, что это является, якобы, ,вмешательством во внутренние дела суверенных государств. В 80-х годах прошлого столетия бытовало мнение, что ,мы не готовы к демократии в том

виде, в каком она существует в западных странах.

Жизнь наглядно показала, что подобные утверждения и аргументации необоснованны.

Основу государственного механизма защиты прав и свобод человека составляют правовые принципы, нормы (юридические гарантии), а также условия и требования деятельности органов власти государства, органов местного самоуправления, их должностных лиц и граждан. Эффективность этого механизма зависит от уровня развития демократии и правовой культуры, состояния экономики, способа распределения жизненных благ, наличия независимых органов государственной власти, которые осуществляют защиту прав и свобод, а также контроль за выполнением норм, устанавливающих права и свободы.

Однако следует признать, что положения международных актов в области прав человека в Молдове не всегда соблюдаются полностью и надлежащим образом. Это медленный процесс. Безусловно, наблюдается недостаток ресурсов, не на должном уровне находится подготовленность многих государственных должностных лиц, отвечающих за реализацию положений международных актов в области прав человека.

Вместе с тем в настоящее время в республике наблюдается новый климат: защита прав человека стала одним из основных и широко придаваемых огласке элементов жизни.

Признание Конституцией Республики Молдова основных прав и свобод человека означает, что в случае коллизии прав человека и других конституционно защищаемых ценностей приоритет следует отдавать правам человека при условии законодательного установления пределов свободы в сфере соответствующих прав и свобод.

Международные документы (Всеобщая декларация прав человека (ст.29 ч.(2), Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (ст.4)) подчеркивают, что пользование правами человека не должно ограничиваться. Тем не менее, когда это необходимо, они устанавливают четкие обоснования, конкретные пределы введения ограничений прав и цели возможных отступлений от тех прав, которые защищены международными соглашениями. С одной стороны, это позволяет государству, ссылаясь на действие соответствующих международно-правовых норм, вводить вынужденные ограничения в пользование определенными правами, а с другой-защищает граждан от произвольных действий государства по ограничению их прав.

Для современного развития Молдовы толкование европейского права на дерогацию, применяемые в нем основания и пределы ограничения прав имеют большое юридическое и политическое значение. Ни закон, ни договор не могут ограничивать права и свободы, закрепленные Высшим законом и общепризнанными нормами международного права. Так, согласно ч.(1) ст.54 Конституции Республики Молдова, озаглавленной „Ограничение осуществления прав или свобод“, не могут быть приняты законы, запрещающие или умаляющие права и основные свободы человека и гражданина.

В контексте данного конституционного положения термины „запрещающие“ и „умаляющие“ означают законодательное закрепление в сфере соответствия прав и свобод человека меры свободы меньше, чем это необходимо с точки зрения основного

содержания данных прав и свобод.

Характерной особенностью Конституции Армении является установление в ст.43 положения о том, что права и свободы, закрепленные в Конституции, не являются исчерпывающими и не могут толковаться как отрицание других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина.

Наша Конституция подобного положения не предусматривает.

Несколько соображений о критериях законодательного установления пределов ограничения прав человека.

Существует общий принцип ограничения прав и свобод человека. По сути, для того чтобы законодательно установить меры свободы в каждой из сфер основных прав и свобод, этого принципа достаточно. Так, установление критериев законодательных пределов прав и свобод человека позволяет исключить из сферы действия соответствующих прав такую социальную активность, которая нарушает права и свободы других лиц.

Как уже было отмечено, ст.54 ч.(1) Конституции Республики Молдова предусматривает, что не могут быть приняты законы, запрещающие или умаляющие права и основные свободы человека и гражданина. Но есть и общий критерий для конституций наших стран-это положения ч.(2) ст.54 Конституции Республики Молдова и ст.44 Конституции Армении, согласно которым права и свободы могут быть ограничены только законом.

Что касается условий применения ограничения прав и свобод человека в Республике Молдова, то в соответствии с Конституцией (ч.(2) ст.54) осуществление прав и свобод не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусмотрены законом, соответствуют общепризнанным нормам международного права и необходимы в интересах национальной безопасности, территориальной целостности, экономического благосостояния страны, общественного порядка, в целях предотвращения массовых беспорядков и преступлений, защиты прав, свобод и достоинства других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

Таким образом, положения ч.(2) ст.54 Конституции следует рассматривать как конкретизацию общего принципа ограничения прав человека.

В то же время, согласно ч.(3) ст.54 Конституции положения ч.(2) не допускают ограничения прав, провозглашенных в ст.20-24 Конституции (свободный доступ к правосудию; презумпция невиновности; необратимость закона; право каждого человека на знание своих прав и обязанностей; право на жизнь, физическую и психическую неприкосновенность).

Что касается ст.54 Конституции, озаглавленной "Ограничение осуществления прав или свобод", на которую мы ссылались выше, то ее первоначальный текст был изменен и приведен в соответствие с положениями Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Следует отметить, что до принятия в 2001 году конституционного закона о внесении изменений в ст.54 Конституции в Конституционный Суд поступали инициативы о пересмотре данной статьи — соответственно в 1997 и в 1999 годах. Однако эти инициативы были отклонены Конституционным Судом, так как положения проектов конституционных законов противоречили ст.142 Конституции.

В своем решении, принятом в 1997 году, Конституционный Суд указал, что из

содержания ч.(2) ст.54 проекта конституционного закона, предложенного депутатами-инициаторами пересмотра Конституции, вытекает, что в условиях войны не могут быть ограничены закрепленные в ст.47 Конституции права граждан только в отношении жилища. Однако данное конституционное положение предусматривает, что государство обязано принимать меры для обеспечения любому человеку достойного жизненного уровня, потребного для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи, в том числе пищи, одежды, жилища, медицинского обслуживания и необходимого социального обслуживания. Таким образом, предложение группы депутатов, в сущности, освобождает государство от конституционной обязанности в военное время принимать меры по обеспечению жизненных потребностей своих граждан, в том числе пищи и одежды. Согласно ст.142 ч.(2) Конституции не допускается никакой пересмотр Основного Закона, следствием которого было бы упразднение основных прав и свобод граждан и гарантий таковых.

А в решении, принятом в 1999 году, указано, что Конституционный суд не может согласиться с предложением Правительства относительно дополнения ст.54 Конституции частью 3, поскольку ее положения влекут упразднение основных прав и свобод граждан или гарантий таковых, что согласно ст.142 ч.(2) Конституции недопустимо.

Из содержания ч.(3) ст.54 проекта конституционного закона, представленного инициатором пересмотра Конституции, следует, что в условиях войны или в случае других чрезвычайных обстоятельств допустимы ограничения некоторых прав и свобод граждан.

Как было отмечено ранее, решая вопросы о конституционности нормативных актов, затрагивающих права и свободы граждан, Конституционный суд активно прибегает к практике применения международно-правовых стандартов.

Практика Конституционного суда, касающаяся конституционных прав и свобод человека и гражданина, охватывает нормы различных отраслей права: гражданского, уголовного, уголовно-процессуального, жилищного, пенсионного, административного и т.д. В решениях Суда вырабатываются серьезные как для законодателя, так и для правоприменителя правовые позиции относительно запрета, отмены или умаления прав и свобод, пределов их возможных ограничений, реализации важнейших конституционных принципов равенства всех перед законом и судебной защиты граждан. Во всех принимаемых решениях Конституционный Суд следует принципу конституционности, а не политической целесообразности.

Решением Конституционного Суда были признаны неконституционными и противоречащими ст.27 ч.(2) и 54 ч.(2) Конституции предписания по обязательной прописке или указанию местожительства, содержащиеся в утвержденном постановлением Правительства Положении о порядке оформления и выдачи удостоверяющих личность документов национальной паспортной системы. При этом Конституционный Суд указал, что принцип учета граждан, проживающих на территории республики путем прописки органами внутренних дел по месту жительства, установленный пунктом 10 вышеназванного Положения, ограничивает право граждан на свободное передвижение.

6 октября 1995 года Правительством было принято Постановление №677 о повышении

заработной платы работникам бюджетной сферы и пенсий гражданам. 30 января 1996 года Постановлением №55 Правительство внесло изменения в пункт 2 Постановления №677 от 6 октября 1995 года, указав, что работающим пенсионерам пенсии не повышаются.

Так, Постановлением Конституционного Суда №27 от 18 мая 1999 года были признаны неконституционными положения закона, согласно которым пенсионерам, имеющим доходы, подлежащие государственному социальному страхованию, назначенная пенсия выплачивалась только в размере, не превышающем двух минимальных пенсий по возрасту. В своем постановлении Конституционный Суд отметил, что ограничение права на выплату назначенных пенсий пенсионерам, имеющим другие доходы, не только противоречит положениям ст.47 ч.(2) Конституции, но и целевому назначению и сущности пенсий.

Конституционный Суд подверг контролю конституционности ст.2 Закона о государственных социальных пособиях некоторым категориям граждан, согласно которой выплата государственного социального пособия прекращается в случае, если его получатели имеют застрахованные доходы. Суд отметил, что установление данной ограничительной нормы ущемляет право получателей пособий на труд, право, закрепленное в ст.43 Конституции, которое не подлежит ограничению. Данное ограничение прав получателей пособий противоречит целевому назначению и сущности государственных социальных пособий.

В своем решении Конституционный Суд отметил, что ограничение, установленное постановлением Правительства, противоречит требованиям ст.54 Конституции Республики Молдова, предусматривающей, что осуществление прав или свобод граждан может быть ограничено только законом.

По обращению Генерального прокурора Конституционный Суд осуществил контроль конституционности ст.1553 Уголовного кодекса в редакции Закона №1436-XIII от 24 декабря 1997 года «о внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс» (Постановление Суда №17 от 2 апреля 2002 года).

Согласно ч.1 ст.1553 оспариваемого Уголовного кодекса использование кредитных средств не по назначению, указанному в кредитном договоре, или невозврат кредита и процентов в сроки и на основаниях, оговоренных в кредитном договоре, если такими действиями финансовому учреждению причинен материальный ущерб в крупных размерах, наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с конфискацией имущества или без таковой и лишением права занимать определенные должности.

Конституционный Суд подчеркнул, что прямой смысл оспариваемой синтагмы «или невозврат кредита и процентов в сроки и на условиях, оговоренных в кредитном договоре» состоит в том, что она относится к гражданским договорным обязательствам, следовательно, спор подлежит разрешению в соответствии с положениями Гражданского кодекса. Предусмотрев Законом №1436-XIII для такого рода споров уголовное наказание в виде лишения свободы сроком от трех до семи лет, законодатель проигнорировал положения Гражданского кодекса и международных актов, одной из сторон которых является Республика Молдова. По данным основаниям Конституционный Суд констатировал, что синтагма «или невозврат кредита и процентов в сроки и на условиях, оговоренных в кредитном

договоре» из ч.1 ст.1553 Уголовного кодекса противоречит ст.4 Конституции, ст.1 Протокола п4 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, и признал ее неконституционной.

В заключение еще раз хочу подчеркнуть, что осуществление прав человека ни в коем случае не должно противоречить целям и принципам любого государства.

Законодатель при принятии законов об ограничении осуществления прав граждан, когда это необходимо, исходя из требований ст.54 Конституции, обязан учитывать, что ограничения устанавливаются только с целью способствования общему благосостоянию в демократическом обществе, уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали.

Конституционный Суд в силу своих полномочий призван гарантировать ответственность государства перед гражданином и гражданина перед государством.

Благодарю за внимание.

## SUMMARY

The acknowledgment by the Constitution of the Republic of Moldova of the fundamental human rights and liberties means that wherever disagreements appear between the human rights and other values sanctioned by the Constitution, priority should be given to human rights, on condition, to establish, under the law, the ambit of application in the field of the corresponding rights and liberties.

The international instruments (Universal Declaration of Human Rights (Art.29 para.2), International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Art.4) highlight that the exercise by any individual of his/her rights cannot be limited. However, when necessary, these instruments lay down accurate reasoning, definite bounds as for entering into operation of the restrictions on the exercise of the rights and purposes for the eventual infringement upon those rights, which are protected by international agreements. On the one hand, this state of affairs leaves room to the state, by invoking the action of the corresponding international legal norms, to set forth binding restrictions on exercise of certain rights, but on the other hand – protects the citizens from the arbitrary actions from the part of the state as regarding the restriction of their rights.

As for the modern development of the Moldavian society, the construction of the international law concerning the derogation, the applicable thereof principles and ambit of restriction of human rights have a great legal and political importance. Neither the law, nor the treaty may restrict the rights and freedoms sanctioned by the Supreme Law and the unanimously recognized principles of the international law.

Thus, pursuant to Art.54 para.1 under the Republic of Moldova Constitution, entitled “Restriction on the exercise of certain rights and freedoms”, no law may be adopted which might curtail or restrict the fundamental rights and liberties of the person and citizen”.

Within the framework of the aforesaid constitutional provision, the terms “curtail” or “restrict” bear the meaning of legal reinforcement within the field of conformity of human rights and freedoms the ambit of exercise is narrower, than it is necessary from the viewpoint of the primary meaning of these rights and liberties.

We can speak about a general principle concerning the restriction on the exercise of human rights and liberties. In fact, this principle will be enough as to legally determine the ambit of exercise within each field of the fundamental rights and freedoms. Thus, the setting forth of criteria of the legitimate limits on exercise of human rights and freedoms allows us to exclude from the ambit of application of the

corresponding rights, such a social activity which might encroach upon the rights and freedoms enjoyed by other individuals.

As concerning the stipulations on the application of the restrictions on the exercise of certain human rights and freedoms in the Republic of Moldova, the Constitution lays down (Article 54 para.2) that the pursuit of the rights and freedoms may not be subdued to other restrictions, unless for those provided for by the law, which are in compliance with the unanimously recognized norms of the international law and are requested in such cases as: the defense of national security, territorial integrity, economic welfare of the State, public order, with the view to prevent the mass revolt and felonies, protect other persons' rights, liberties and dignity, impede the disclosure of confidential information or guarantee the power and impartiality of justice.

Thus, the provision enshrined in Art.54 para.2 under the Constitution have to be viewed as a materialization of the general principle on the restriction of human rights.

Simultaneously, pursuant to Art.54 para.3 of the Constitution the provisions under para.2 shall not allow the restriction of the rights sanctioned in Articles 20-24 of the Constitution (free access to justice, presumption of innocence, non-retroactivity of the law, right of every person to be acknowledged on his/her rights and duties, the right to life, to physical and mental integrity).

In the light of foregoing, the exercise of human rights must in no way come in conflict with the goals and principles of whatever state.

The legislator while passing the laws concerning the restriction on the exercise of the citizens' rights and, if necessary, proceeding from the requirements of Art.54 of the Constitution of the Republic of Moldova, is bound to take into consideration that the restrictions are laid down solely for the purpose of securing the due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.

The Constitutional Court by virtue of its competence is assigned the power to guarantee the responsibility of the state toward the citizen and of the citizen toward the state.

## **LES LIMITES DES DROITS CONSTITUTIONNELS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE**

**UGO DE SIERVO**

*Judge à la Cour constitutionnelle de la  
Republique Italienne*

1. Comme on le sait, la Constitution de la République italienne adoptée en décembre 1947 comporte des caractéristiques qui l'oppose très nettement au régime politique précédent (le fascisme) qui avait nié de façon radicale une grande partie des libertés politiques et civiles, ainsi qu'au système libéral fragile qui l'avait précédé, doté d'une Constitution oh combien partielle en matière de protection des droits et qui de plus était modifiable par le législateur ordinaire. C'est pour cette raison que la Constitution italienne actuelle, organisée de façon analytique, garantit grandement les droits individuels et collectifs et que ses prescriptions ne peuvent être ni modifiées ni contredites par la législation ordinaire. Mieux, la conformité à la Constitution de la loi ordinaire peut être contrôlée par la Cour constitutionnelle, qui – si elle la juge inconstitutionnelle - la rend inefficace erga omnes.

La Cour constitutionnelle, elle-même, a affirmé explicitement dans d'importantes décisions (en particulier

dans sa décision n° 1146/1988) que la protection du noyau essentiel des “droits inaliénables de la personne humaine” ne peut être légitimement réduite, ni grâce au procédé spécial de révision constitutionnelle, ni en conséquence de l’adhésion de l’Italie à l’Union européenne.

En matière de droits humains, la Cour constitutionnelle n’intervient pas directement sur demande des intéressés, ni sur demande des organes politiques (sauf dans le secteur restreint des rapports entre l’État central et les Régions) mais casuellement, lorsque au cours d’une instance (civile, pénale administrative, etc.) le juge, de manière autonome ou sur demande des parties, pense que la règle qu’il doit appliquer peut faire naître des doutes sur sa cohérence avec les dispositions constitutionnelles. Dans ce cas, le juge suspend son jugement et s’en remet à la décision de la Cour constitutionnelle.

Ce système restreint donc les recours aux seules dispositions législatives que les juges retiennent comme étant de constitutionnalité douteuse, ce qui rend, bien évidemment, moins facile l’accès à la justice constitutionnelle, mais élimine, en revanche, tout pouvoir discrétionnaire de la Cour constitutionnelle dans la sélection des problèmes à affronter et crée un important rapport de collaboration entre la Cour et les organes juridictionnels ordinaires.

L’existence de ce rapport de collaboration est d’autant plus importante que la Cour constitutionnelle dans certains cas ne déclare pas l’illégitimité de la règle déférée, mais en donne une interprétation qu’elle juge compatible avec la Constitution (ceci afin de ne pas créer trop de vides législatifs, qui ne sont pas toujours rapidement “comblés” par le législateur): dans ces cas il revient aux organes juridictionnels de droit commun, titulaires du pouvoir interprétatif de la loi ordinaire, d’accueillir l’interprétation autorisée donnée par la Cour constitutionnelle, évitant ainsi que le problème soit de nouveau posé à la Cour pour arriver à la déclaration d’illégitimité constitutionnelle.

2. L’un des secteurs dans lequel la Cour constitutionnelle italienne a le plus œuvré est celui de la protection des dispositions constitutionnelles en matière de droits: ceci tout d’abord parce que le Parlement, surtout dans les premières décennies suivant l’adoption de la Constitution républicaine, n’avait procédé que de façon marginale au remplacement de la législation antérieure (essentiellement, les lois de police, le Code pénal, et certaines parties du Code civil), qui était largement inspirée de valeurs incompatibles avec celles de la nouvelle Constitution.

En ce qui concerne cette situation, depuis sa première décision (décision n° 1/1956) la Cour constitutionnelle a affirmé que la nouvelle Constitution devait être également appliquée par rapport à la législation l’ayant précédée; de ce fait de nombreuses décisions ont permis de modifier largement la législation héritée de la période fasciste (et aussi de la précédente période de type libéral), en éliminant un grand nombre de règles et de principes incompatibles avec les nouvelles dispositions constitutionnelles.

En outre, le caractère absolu des droits constitutionnels a été interprété par la Cour constitutionnelle non seulement par rapport aux organes ou pouvoirs publics, mais également par rapport aux autres sujets individuels et collectifs (voir, par exemple, les décisions n° 122/1970 et n° 239/1984). De cette façon, les règles législatives qui permettaient des limitations de liberté par des sujets de droit privé ont également été soumises au contrôle de la Cour.

De même, la législation successive à l’adoption de la Constitution a souvent été déférée par les juges ordinaires en matière de protection des droits constitutionnels et la Cour a donc pu élaborer progressivement certaines “lignes de conduite” dans l’interprétation des dispositions constitutionnelles relatives à la protection des droits et à leurs limites.

C’est principalement dans la période la plus récente, qu’ont considérablement augmenté les cas dans lesquels sont soulevées des questions de constitutionnalité par rapport à certaines dispositions législatives réglemant (ou niant) des droits sociaux ou des droits de configuration nouvelle, au regard de ceux expressément insérés dans le texte constitutionnel, généralement en invoquant le respect de certains principes fondamentaux de la Constitution italienne et en particulier les articles 2 et 3, qui garantissent



respectivement la dignité de la personne humaine et l'importance des groupes sociaux, le principe d'égalité et le caractère nécessairement raisonnable de l'exercice du pouvoir législatif.

3. Les principales techniques de garantie utilisées par la Constitution républicaine pour assurer un haut niveau de protection des droits humains consistent tout d'abord en ce qu'il s'agit d'une définition plutôt détaillée, comportant une définition très analytique des situations subjectives garanties: dans les 54 premiers articles de la Constitution, la définition des principes fondamentaux est suivie d'une énumération analytique des droits civils et politiques, de l'affirmation de nombreux droits sociaux et de la définition de certains devoirs ponctuels.

Chacune des règles qui garantissent un droit contient également la définition des limites qui s'y rapportent, et dont les catégories sont individualisées de façon précise, au travers d'expressions nécessairement générales, mais jamais génériques.

Ne sont prévues ni des limites générales aux droits garantis, ni même l'existence de situations d'urgence qui pourraient justifier la suspension des droits dans des situations déterminées (la seule exception, selon l'opinion des commentateurs, pourrait découler de l'acte formel de déclaration de l'état de guerre de la part du Parlement, au sens de l'article 78 de la Constitution, grâce auquel pourrait être autorisée une suspension limitée de certains droits constitutionnels).

Ainsi, lorsque de graves phénomènes de terrorisme politique se sont manifestés en Italie, la législation ordinaire a rendu beaucoup plus sévères qu'auparavant certaines règles de police et de procédure, mais n'a jamais ni supprimé ni suspendu les dispositions constitutionnelles en matière de droits des personnes, elle a en revanche interprété de manière stricte les limites aux différents droits prévus par la Constitution. Dans une situation de ce genre, la Cour constitutionnelle, appelée à juger de la légitimité constitutionnelle d'une loi qui étendait considérablement la durée de la détention préventive dans l'attente du déroulement des procès pénaux, a affirmé que la gravité indubitable de la situation justifiait ces mesures insolites prises par le législateur, alors qu'en temps normal elles auraient été discutables ; mais que celles-ci ne pouvaient pas se prolonger dans le temps, dès lors que la situation ayant justifié l'urgence aurait disparu (n° 15/1982).

Ensuite, lorsque les règles constitutionnelles en matière de droits doivent être précisées (évidemment toujours dans le respect de ce que les dispositions constitutionnelles ont déjà déterminé) c'est au législateur de le faire au moyen des lois (réserve de loi) et non aux autorités gouvernementales au moyen de leurs actes normatifs ou administratifs.

Enfin, la Constitution prévoit que l'application in concreto des limites de certaines libertés plus délicates (par exemple, la liberté personnelle, la liberté domiciliaire, la liberté et le secret de la correspondance) soit réservée aux actes de l'autorité judiciaire (réserve de juridiction), alors que la limitation in concreto des droits de la part des organes de police ou des organes administratifs est licite seulement en ce qui concerne des secteurs considérés comme moins délicats (par exemple, en matière de libre circulation des personnes ou de liberté de réunion dans les lieux publics) ou bien elle est admise dans certains cas déterminés par la Constitution elle-même, comme une limitation en situation d'urgence, soumise aux contrôles de légalité de la part de l'autorité judiciaire dans un délai bref et péremptoire (par exemple, en matière d'arrestation ou de certaines formes de perquisition domiciliaire).

Il faut noter que la Cour constitutionnelle a fréquemment affirmé que la protection juridictionnelle des droits devant une autorité judiciaire indépendante et au moyen d'une procédure judiciaire constitue un droit personnel absolument inviolable (cf. décision n° 18/1982).

4. L'activité concrète exercée par la Cour constitutionnelle en matière de droits, depuis maintenant presque cinquante ans, a naturellement connu différentes phases sur le plan de la reconstruction des limites aux situations subjectives constitutives d'avantages. Même si elle se situe dans une tendance qui garantit fortement les droits constitutionnels, la Cour semble souvent influencée par la volonté de ne pas

créer de lacunes dans le système législatif, sauf dans les cas où cela est absolument nécessaire, mais tout au plus d'ajuster à la nouvelle Constitution la législation qui lui est soumise, éventuellement au moyen de décisions interprétatives ou qui annulent seulement en partie la loi déferée.

Par exemple, dans le cas de certains pouvoirs spéciaux d'ordonnance confiés, par la législation antérieure à la Constitution, aux organes dépendants du Gouvernement dans des cas particuliers d'urgence (ordonnances provisoires et d'urgence) on pouvait adopter des ordonnances en dérogeant à des lois en vigueur en matière de libertés constitutionnelles: après une première jurisprudence incertaine, s'est rapidement imposée une tendance jurisprudentielle, caractérisée par le principe selon lequel le pouvoir d'ordonnance ne peut pas être exercé en contradiction avec les dispositions constitutionnelles ou avec les lois auxquelles la Constitution renvoie dans ces matières (décision n° 26/1961).

De façon analogue, pour les mesures de prévention de police, c'est-à-dire pour certaines limitations des libertés individuelles justifiées par la simple dangerosité de certains sujets : si l'ancienne législation de la période fasciste a été déclarée inconstitutionnelle en raison du caractère absolument générique de la règle et de l'absence de garanties adéquates, les nouvelles mesures ante delictum auxquelles même la Constitution ne fait pas explicitement référence, ont été substantiellement acceptées par la jurisprudence de la Cour, mises à part quelques déclarations ponctuelles d'inconstitutionnalité (parmi les décisions les plus récentes, cf. n° 419/1994) après avoir appliqué aux nouvelles règles des garanties constitutionnelles relatives à la liberté personnelle (standardisation des cas dans lesquels la législation peut être appliquée, application des mesures de prévention confiées à l'autorité judiciaire).

En ce qui concerne, spécifiquement, les limites aux situations subjectives d'avantage affirmées par la Constitution, la Cour constitutionnelle au début de son activité semblait admettre l'existence de limites internes "naturelles" pour chaque type de droit, en faisant abstraction du contenu spécifique de la règle constitutionnelle, mais progressivement elle a pris acte de ce que les limites possibles sont seulement celles prévues expressément dans les dispositions constitutionnelles qui gèrent ces libertés ou qui sont de façon certaine déductibles d'autres dispositions constitutionnelles relatives aux devoirs, aux droits d'autres sujets, ou qui révèlent l'existence certaine d'intérêts collectifs avec lesquels elle peut être confrontée. Naturellement ce travail d'interprétation du contenu de la Constitution, où l'on utilise des expressions synthétiques ou bien où l'on se réfère seulement aux limites implicites, est toujours discutable et la jurisprudence de la Cour dans ce secteur a souvent suscité des opinions divergentes dans la doctrine.

Un secteur dans lequel la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a reconnu l'existence d'une limite à certaines libertés constitutionnelles non évoquée de manière explicite dans la Constitution concerne l'« ordre public » (c'est-à-dire ce qui était autrefois le pouvoir de protéger la cohabitation pacifique entre les citoyens et la sauvegarde du système institutionnel alors existant) et dont effectivement on a beaucoup abusé, en allant jusqu'à l'utiliser pour réprimer un simple désaccord politique : même si une application de ce genre semble de nos jours inadmissible dans une Constitution largement pluraliste et tolérante comme l'est la Constitution italienne, la Cour constitutionnelle a jugé que la limite d'« ordre public » pouvait encore être utilisée, au sens strict, d'« ordre public constitutionnel qui doit être assuré... pour consentir à tous la jouissance effective des droits inviolables de l'homme » (décisions n° 19/1962, n° 168/1971). Ceci parce que certaines dispositions constitutionnelles établissent comme limite à la possible dialectique politique l'usage d'instruments non pacifiques (en matière de liberté de réunion et d'association politique) alors que beaucoup d'autres libertés individuelles connaissent la limite de la protection de la "sécurité publique".

En effet, même la législation la plus récente utilise désormais cette expression en référence à la nécessaire protection du système constitutionnel par rapport aux tentatives pour le renverser avec l'utilisation de moyens violents.

Beaucoup moins d'opinions divergentes ont été exprimées lorsque la Cour constitutionnelle a dû interpréter la limite de la notion de « sécurité publique », qui a été définie comme l'action ayant pour but la prévention des crimes, et qui concerne la liberté personnelle, la liberté domiciliaire et la liberté relative à la circulation et au séjour.

De façon analogue en ce qui concerne les concepts de “santé” et de “salubrité publique”: la Cour relève aussi la disposition spéciale, contenue dans l'article 32 de la Constitution qui définit la santé comme un “droit fondamental de l'individu et un intérêt pour la collectivité”, elle justifie donc certaines formes de restriction aux libertés personnelles là où la Constitution se réfère à des limites de ce genre (en particulier pour certaines limitations à la liberté de circulation et de séjour ou à la liberté domiciliaire).

La limite des “bonnes mœurs”, prévue en particulier dans le secteur des différentes libertés liées à la manifestation de la pensée, a d'abord été interprété par la Cour comme relative à l'atteinte à la seule “pudeur sexuelle” et non définissable abstraitement dans des frontières précises, parce que grandement variable “en fonction des conditions historiques, de milieu et de culture” (voir, par exemple, la décision n° 368/1992). Ceci alors que la référence faite dans une ancienne loi, au “sentiment commun de la morale” a été interprétée comme correspondant “à la pluralité des conceptions éthiques qui cohabitent dans la société contemporaine”, conceptions relatives au nécessaire respect de la dignité des personnes à laquelle se réfère l'article 2 de la Constitution (décision n° 293/2000).

5. Comme on l'a déjà dit, surtout dans la période la plus récente la Cour constitutionnelle est souvent appelée à intervenir dans le secteur des droits sociaux c'est-à-dire des droits pour la mise en œuvre desquels, l'action de l'administration publique est de façon générale indispensable (offre de prestations, de services ou de contributions financières).

D'une façon générale la question de constitutionnalité vient de l'affirmation que dans un secteur dans lequel la Constitution proclame un droit de prestation, il existe une inégalité déraisonnable de traitement entre des situations identiques ou au moins analogues. Dans ces cas on demande en substance à la Cour constitutionnelle d'étendre la règle la plus favorable par des décisions “additives” ou “interprétatives” et en réalité il est fréquent que la Cour, convaincue de l'existence d'une discrimination déraisonnable, rende des décisions de ce type, tout en cherchant à limiter sa propre intervention à la protection du seul contenu des droits sociaux invoqués.

Du reste certaines décisions de ce type entraînent une augmentation des dépenses assez considérable de la part des institutions publiques et certaines d'entre elles ont suscité des polémiques au nom du caractère limité des fonds publics et du nécessaire respect par les organes institutionnels de la règle de l'équilibre.

La Cour constitutionnelle, en particulier dans la période la plus récente, tout en ne renonçant pas à sa tendance en faveur d'une égalité raisonnable dans l'obtention du contenu essentiel des droits sociaux (comportant donc également des augmentations de dépenses) semble beaucoup plus prudente qu'auparavant en ce qui concerne les décisions qui pourraient avoir une incidence importante sur les finances publiques. De ce fait, une série de décisions qui repoussent ces problèmes de constitutionnalité ou qui se limitent à solliciter le système politique de façon à ajuster la législation en matière de subventions et en matière de dépense afin de concrétiser de manière plus satisfaisante les droits sociaux.

6. Enfin, les conséquences, en matière de protection des droits, de la récente et importante réforme constitutionnelle (lois constitutionnelles 2 et 3 de 2001) qui a profondément modifié le système des autonomies régionales méritent un éclaircissement. En effet, par le passé, la Cour constitutionnelle avait toujours exclu une compétence des Régions en matière de droits, étant donné que les dispositions constitutionnelles réservaient aux organes de l'État central toutes les compétences en ce domaine. L'accroissement considérable des matières pour lesquelles les Régions disposent des pleins pouvoirs législatifs a fait naître un doute sur le point de savoir si, surtout dans le cadre de la concrétisation de

certaines droits sociaux, il n'appartient pas en réalité aux Régions de régler le contenu de nombreux et importants droits (par exemple, en ce qui concerne les droits à la santé, à l'habitation, à l'instruction, ou à l'aide sociale).

La solution a été trouvée, il s'agit du maintien, sur la base du nouvel article 117 de la Constitution, dans le champ de compétences exclusif du pouvoir législatif de l'État central de la "détermination de niveaux "essentiels" des prestations concernant les droits civils et sociaux qui doivent être garantis sur l'ensemble du territoire national": on suppose, donc que le Parlement ne prévoit pas simplement un niveau minimum de garantie des droits, mais au contraire un niveau adéquat, pour garantir une concrétisation effective des droits constitutionnels sur l'ensemble du territoire national. Les Régions, pourront tout en respectant cette définition nationale, en développer éventuellement les niveaux, en fonction de leurs propres finalités et de leurs moyens financiers.

Dans une décision très récente (n° 88/2003) la Cour constitutionnelle a affirmé que ces déterminations nationales, au moins dans leurs grandes lignes, devront nécessairement être assumées par le Parlement grâce à des lois spéciales. Ce qui confirme encore une fois la grande importance du problème de la délimitation des droits dans le système constitutionnel italien.

## РЕЗЮМЕ

Итальянская Конституция надежно гарантирует индивидуальные и коллективные права, и ее положения не могут быть ни изменены, ни оспорены законодательством. Более того, Конституционный Суд имеет полномочие контролировать соответствие Конституции обычного закона и в случае признания его неконституционным закон считается потерявшим силу-erga omnes.

В области защиты прав человека Конституционный Суд не имеет полномочий рассмотрения таких дел ни по обращению граждан, ни по обращению политических органов (за исключением ограниченного круга отношений между центральным правительством и регионами). В тоже время, если в какой-либо судебной инстанции (гражданской, уголовной, административной) судья сам или по просьбе сторон полагает, что закон который он должен применить может вызвать сомнения в соответствии Конституции, то он не выносит решение и обращается в Конституционный Суд для установления соответствия закона Конституции.

Основная техника гарантий, используемая Конституцией для обеспечения высокого уровня защиты прав человека, заключается, прежде всего, в их подробном и аналитическом изложении: в 54 первых статьях Конституции за определением основных принципов следует аналитическое перечисление гражданских и политических прав, утверждение многочисленных социальных прав и определение некоторых отдельных обязанностей.

Каждое из правил, гарантирующее то или иное право, содержит также определение его границ, и его все категории индивидуализированы очень точно, посредством выражений, имеющих необходимый, в данном случае общий характер.

В Конституции не предусмотрены общие границы гарантированных прав, даже в случае чрезвычайного положения невозможно будет оправдать приостановление прав определенностью ситуации. Единственное исключение может исходить из

формального акта объявления Парламентом военного положения на основе статьи 78 Конституции, вследствие чего может быть разрешено ограниченное приостановление некоторых конституционных прав.

## **PRINCIPLES OF THE CONSTITUTION AND THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE PERSON**

**VYTAUTAS SINKEVICIUS**

*Justice of the Constitutional Court of  
the Republic of Lithuania*

The activity of the Constitutional Court ensuring the protection of rights and freedoms of the person for the most part is decided by understanding of what makes the Constitution. The jurisprudence of the Constitutional Court demonstrates that the Constitutional Court follows the rule that the Constitution is composed not only of legal rules provided by the Constitution, but also of the principles of the Constitution; the Constitution is also made of the doctrine of the Constitutional Court-the Constitution is the interpretation of constitutional provisions by the Constitutional Court.

It is noteworthy that not everyone accepts the opinion that the Constitution is formed not only of its text, legal norms provided therein, but also of the principles of the Constitution and the doctrine of the Constitutional Court. This concept of the Constitution is mostly unacceptable to the politicians since in case of a dispute concerning the concept of the true contents of the Constitution, the alleged incompatibility or inner conflict of separate constitutional provision, it deprives the politicians of a possibility (or at least considerably diminishes it) to request for amendment or supplement of the Constitution according to the concept of politicians. Things that may be construed are not necessarily to be changed!

A number of constitutional principles are directly consolidated in the Constitution. However, there are quite a few of the constitutional principles that the Constitutional Court has deduced from the Constitution. Constitutional principles that are extremely significant for the protection of rights and freedoms of the person, namely, the principle of law-governed state, the principle of separation and division of powers, the proportionality principle, the principle of the protection of legitimate expectations, the principle of appropriate legal procedure and other principles are reflected in different provisions of the Constitution, and they may not be originated from a single or a few provisions of the Constitution.

Under Paragraph 1 of Article 6 of the Constitution, the Constitution shall be an integral act. Values consolidated by the Constitution compose a harmonious system and are in balance; no provision of the Constitution may be construed so that other provision of the Constitution would be negated or distorted. Though there exist the grounds for the dispute whether the constitutional principles "derive" from the rules consolidated in the Constitution, or these principles exist "alongside" with the rules of the Constitution (the principles are somewhat "put on" those legal rules and thus decide the contents the legal rules, legal regulation), however, since the beginning of its activity the Constitutional Court, while passing the rulings, also in the cases related with the rights of the person, has followed not only the articles of the Constitution (legal norms provided therein), but also the constitutional principles.

It has been mentioned that there are quite a few constitutional principles which have been "derived" from the Constitution. The contents of respective constitutional principles has been gradually "derived" from

the Constitution - the Constitutional Court did so by investigating if the laws, acts of the President of the Republic, acts of the Government were not in conflict with the Constitution. Because of increasing jurisprudence of the Constitutional Court, the concept of the constitutional principles is broadened, new elements and aspects of these principles are revealed. It is also noteworthy that often the same provisions which are specified as an element of a corresponding constitutional principle in some ruling of the Constitutional Court, are indicated as independent constitutional principle in other rulings of the Constitutional Court and become a constitutional measure which a disputed rule of a law or substatutory act is compared with.

For instance, the protection of legitimate expectations is held both a constituent element of the constitutional principle of law-governed state and is understood as a constitutional principle itself; the imperative of justice is held both an inseparable element of the constitutional principle of law-governed state and is considered a constitutional principle; the protection of rights and freedoms of the person is held both a constitutional principle and an element of the constitutional principle of law-governed state.

All of this shows that the constitutional principles are very capacious, they embrace different elements, these elements may intertwine in different ways and be not only a constituent part of corresponding constitutional principles, but may be held as constitutional principles themselves.

This concept of constitutional principles provides the Constitutional Court with additional possibilities to motivate its decisions - those which recognise a law, a substatutory act to be in conflict with the Constitution, and also those which do not hold them to be in conflict with the Constitution. Alongside this concept of the constitutional principles allows the Constitutional Court to compare a disputed law, substatutory act not only with a concrete article of the Constitution, but also with a corresponding constitutional principle the content of which is always broader than that of a concrete legal rule consolidated by the Constitution. This means that the Constitutional Court has more possibilities to defend violated rights and freedoms of the person.

In the cases which are related with the protection of rights and freedoms of the person the Constitutional Court mostly gives assessment to disputed laws and substatutory acts through the constitutional principles of law-governed state, proportionality and the protection of legitimate expectations.

In its ruling of 26 October 1995, the Constitutional Court held that in a democratic society the priority is given to an individual, therefore, everything that is related to the fundamental human rights and freedoms must be regulated by laws<sup>1</sup>.

The Seimas cannot delegate, by means of a law, the right to the Government to regulate the relations linked with human rights and freedoms. Human rights and freedoms, their content, their safeguarding and legal guarantees of their defence must be established by laws. In a case on the compliance of provisions of the law on state secrets and their protection with the Constitution the Constitutional Court investigated whether the legal norms establishing that the list of state secrets shall be confirmed by the Government were not in conflict with the Constitution. The Court held that the approval of the list of state secrets (respective selection of information, the establishment of the content of the list, etc.) is directly related to restriction of human right to information. There being no precise criteria formulated by a law of recognition which information is a state secret, the Government was virtually commissioned to regulate relations which are the matter of legal regulation but not to particularise the law. Thereby the constitutional principle of protection of human rights by means of a law was violated<sup>2</sup>.

In another case, while investigating a Government resolution marked "top secret," the Constitutional Court emphasised that the legal normative acts (thus, including laws) regulating relations linked with the constitutional human rights and freedoms as well as their implementation should not contain any classification markings<sup>3</sup>. Therefore, under the Constitution, there may not be any secret laws or legal acts regulating human rights and freedoms and implementation thereof.

Not only a law providing for groundless prohibitions restricting human rights and freedoms may be recognised to be in conflict with the Constitution but also a law which does not provide for the rights which ought to be provided in it. For instance, it used to be established in the Statute of the Seimas that if there is an effective court judgement of conviction against a member of the Seimas (i.e. the court recognised the member of the Seimas guilty of commission of a crime and imposed punishment on him), the Seimas may revoke the mandate of the member of the Seimas, when the latter does not participate in the sitting in which the issue of the revocation of his mandate is decided. The Constitutional Court held that the Statute of the Seimas did not establish that the member of the Seimas who has been convicted by the court to imprisonment for commission of a crime, who is being impeached, has the right to participate in the impeachment proceedings as a subject who has been accused and to defend himself. Such failure to establish the rights means that the rights of the person are restricted, since the impeached person is not guaranteed the right to be familiarised with the accusation on the grounds of which the issue of revocation of the mandate of the member of the Seimas is decided, his right is not secured to give evidence, the right to participate in the pleadings, and the right to counsel<sup>4</sup>.

The Constitutional Court has investigated if Article 317 of the formerly valid Criminal Procedure Code, according to which in cases when the identification particulars of a witness or a victim have been classified during the pre-trial investigation the court could: 1) not to summon a classified person to the court hearing and to read orally his testimony given during the pre-trial investigation; 2) to summon a classified witness to the court and question him in the absence of the participants of trial; 3) the court could question a classified witness or victim in a non-public hearing after it has created acoustic or visual barriers for the other participants to the judicial proceedings so that they would not be able to determine the identity of the person questioned, was not in conflict with the Constitution.

Thus, the said article of the Criminal Procedure Code established the discretion of the court to choose one of the specified alternatives. The Constitutional Court has held that this legal regulation restricted the right of the accused to give questions to the anonymous witness or victim or to take part otherwise in the course of the investigation of the testimony of the said persons as well as to question the credibility of the testimony presented by the aforementioned persons. The Constitutional Court recognised that Article 317 of the Code of Criminal Procedure was in conflict with the Constitution to the extent that it did not guarantee the right of the accused to give questions, either himself or through the court, to an anonymous witness or victim, and due to this his right to participate in the investigation of evidence was restricted. Such legal regulation violated the right of the accused to defence as well as to the fair consideration of the case<sup>5</sup>.

The provision that an article of a law to the extent that it does not provide for a concrete right of the person is in conflict with the Constitution has been formulated in other rulings of the Constitutional Court as well<sup>6</sup>.

It is noteworthy that the Constitution Court enjoys the constitutional powers to investigate the compliance of these laws (parts thereof) with the Constitution also in the cases when due to the fact that the said legal regulation has not been established in particularly those laws (parts thereof) the principles and/or norms of the Constitution might be violated.

The Constitutional Court enjoys the constitutional powers to also investigate the compliance of those statutory acts (parts thereof) passed by the Seimas, the Government and the President of the Republic which do not establish certain legal regulation with the Constitution and/or laws in the cases when due to the fact that the legal regulation is not established in these particular statutory acts (parts thereof) the Constitution and/or laws may be violated.

When the rights and freedoms of the person are established by laws as well as their implementation is regulated, one cannot establish any legal regulation whereby the constitutional right of the person to apply

to court concerning the defence of his violated rights and freedoms might be restricted or denied. The Constitutional Court has held that in Paragraph 1 of Article 30 of the Constitution providing that "the person whose constitutional rights or freedoms are violated shall have the right to apply to court" the constitutional right of the person to have an impartial arbiter of the dispute is established (Constitutional Court rulings of 1 October 1997 and 12 July 2001). Paragraph 1 of Article 30 of the Constitution establishes the constitutional principle of the essential protection priority and universality the effectiveness of which is directly related to the provision of Article 29 of the Constitution that all persons shall be equal before the law, the court, and other state institutions and officials. One cannot restrict or deny, by means of laws or other legal acts, the right of the person to apply to court, since there would appear threat to one of the most important values of a state under the rule of law. The person must be guaranteed defence of his violated rights in court irrespective of his legal status. The Constitutional Court has noted that, under the Constitution, the legislator has a duty to establish the legal regulation whereby all disputes on violations of rights and freedoms of persons might be settled in court. One may also establish a procedure for out-of-court settlement of disputes, however, it is not permitted to establish any legal regulation whereby the right of the person who thinks that his rights or freedoms have been violated to apply to court might be restricted or denied<sup>7</sup>. From the constitutional right of the person to apply to court as well as the constitutional right of the person to defence stems a duty for the legislator to particularise, by means of laws, as to how these constitutional rights are implemented and to ensure that an opportunity to implement these rights is a real one.

In the cases which are related with the guaranteeing of the right of the person to a fair trial the constitutional principle of the state under the rule of law is interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court inter alia as requiring that jurisdictional and other law applying institutions be unbiased and independent, that they attempt to establish the objective truth and that they pass their decisions on the basis of law only, that this is only possible when the proceedings are public, the parties to the proceedings enjoy equal rights, while the pleadings in court, especially those regarding the rights of the person, are decided by insuring that the said person should have the right and opportunity to defend his rights<sup>8</sup>. The constitutional principle of the state under the rule of law is understood as also meaning that in the state under the rule of law the right of an individual to defend his rights is unquestionable, that a person may not be recognised guilty of commission of crime nor criminal punishment may be administered to anyone without proper judicial procedure permitting the accused to be familiarised with everything he is being charged with and on what basis the charges against him are founded, as well as allowing him to prepare and present evidence for the defence, that the participants of trials-the public prosecutor, the accused, the defence, the victim and his/her representative, the civil plaintiff and the civil respondent and their representatives-must be guaranteed by laws equal rights to present evidence, to take part in the investigation of the evidence and to submit pleas, that cases must be investigated on the basis of the contention principle.

The principal provision has been formulated in the Constitutional Court rulings that laws cannot establish any legal regulation whereby the person, while implementing a certain constitutional right, would lose an opportunity to implement another constitutional right. Investigating whether the provisions of the Law on Compensation for Damage Inflicted by Unlawful Actions of Interrogatory and Investigatory Bodies, the Prosecutor's Office and Court were not in conflict with the Constitution, the Constitutional Court held that under Article 4 of the said law, the damage for the person as regards his unlawful conviction is compensated only in cases when the effective judgement of conviction is reversed. If a non-effective judgement of conviction is reversed, the person, under the law, does not enjoy the right to demand compensation of damages. Thus, the legal regulation established in the law also presupposes a legal situation where a person, while implementing his constitutional right to apply to court, i.e. the right that



his case be investigated under the appeal procedure, cannot implement another constitutional right, i.e. the right that material and moral damage inflicted on him be repaid. The Constitutional Court emphasised that the Constitution does not permit to establish any legal regulation whereby the person, while implementing a certain constitutional right, loses an opportunity to implement another constitutional right. In the case in which it was investigated whether the provisions of the Law on State Social Insurance under which not full social insurance pension was paid for working pensioners but only its part were not in conflict with the Constitution, the Constitutional Court held that under Paragraph 1 of Article 48 of the Constitution each human being may freely choose a job and business, that the constitutional freedom of the human being to choose a job or business presupposes the duty of the legislator to create legal preconditions for the implementation of this freedom. Under the Constitution it is not permitted to establish any legal regulation whereby the legal regulation under which an opportunity for the person who has been awarded and paid old age pension, would be restricted, due to this, to freely choose a job and business, although he meets the conditions provided for by the law. The legal regulation under which the person cannot freely choose a job and business due to the fact that upon the implementation of this right he would not be paid the awarded old age pension or part thereof which was paid until then, also must be considered as a restriction of an opportunity to freely choose an occupation or business. The Constitutional Court ruled that the disputed provisions of the Law on State Social Insurance were in conflict with the Constitution<sup>9</sup>.

In the case on the compliance of the Law on the Provision of Information to the Public with the Constitution it was held that by establishing the right of the journalist, by the law, to preserve the secret of the source of information and not to disclose the source of information, the legislator may not establish any legal regulation, whereby pre-conditions would be created not to disclose the source of information even in the cases when in a democratic state it is necessary to disclose the source of information due to vitally important or other interests of society, which are of utmost importance, also, in attempt to ensure that the constitutional rights and freedoms of a person be protected, and that justice be administered, since the non-disclosure of the source of information might cause much graver effects than its disclosure<sup>10</sup>. In the same case the Constitutional Court formulated the provision that under the Constitution, it is not permitted to establish any legal regulation by which, while consolidating the guarantees for implementation of the freedom of information, conditions would be created to violate the other constitutional values and the balance among the constitutional values. In the course of the investigation whether the norms of the Law on Operational Activities permitting the entities of operational activities to employ the mode of conduct simulating a criminal act were in conformity with the Constitution, the provision was formulated that the mode of conduct simulating a criminal act may only serve as one of the measures in detection of a crime prepared by a person or in that of a crime at an early stage of its commission and that one cannot establish such legal regulation which would permit state special services to incite or provoke a person to commit a crime so that after it there would appear grounds to prosecute the said person<sup>11</sup>.

In Constitutional Court rulings the following conditions for restriction of human rights and freedoms have been formulated: this is done by means of a law; the restrictions are necessary in a democratic society in attempt to protect the rights and freedoms of other persons as well as the values entrenched in the Constitution and constitutionally important objectives; the restrictions do not deny the nature of the rights and freedoms as well as their essence; one follows the constitutional principle of proportionality<sup>12</sup>. However, restricting human rights and freedoms one must also conform to the essential provision that the restriction may not violate the essence of a basic human right. If the right is restricted so that it becomes impossible to implement it, if the right is restricted while overstepping reasonable limits or if its legal protection is not secured, in such a case there might be grounds to assert that the essence of the right itself

is violated, which is equivalent to the denial of this right.

The Seimas, while enjoying the constitutional powers to pass laws, has the right to establish by means of laws also liability for violation of legal norms. Under the Constitution, the legislator enjoys discretion in this sphere, however, even enjoying this discretion the legislator must in all cases pay heed to the requirements of the Constitution, including the principles of justice and of a state under the rule of law, which are entrenched in the Constitution. The principles of justice and of a state under the rule of law *inter alia* imply that the sanctions for violations of law established by the state must be proportionate (adequate) to the violation of law, they must correspond to sought lawful and universally important objectives, they should not restrict the person more than evidently necessary to achieve these objectives. Between the objective sought and the measures to achieve this objective, between the violation of law and the penalties established for these violations there must be a fair balance (proportion). The principles of justice and a state under the rule of law do not permit to establish the penalties for violations of law, which would evidently be disproportionate for the violation of law and the objective sought<sup>13</sup>. Thus, when one establishes liability by the law, as well as its implementation, a fair balance must be preserved between the interests of society and the person so that ungrounded restriction of human rights might be evaded.

Legal regulation ought to be sufficiently stable. It is not permitted to deny the legitimate interests and legitimate expectations of the person by amendments to the legal regulation, while the continuity of jurisdiction must be ensured. In regulating the implementation of the human rights and freedoms enshrined in the Constitution, the legislator may not unreasonably deteriorate the legal situation of persons, to deny the acquired rights and to ignore the legitimate interests of the person. If legal certainty, legal stability and the protection of legitimate expectations were denied, the constitutional principle of a state under the rule of law would be violated. If the legal situation of the person were unreasonably deteriorated, the constitutional principle of equality of rights of persons, which is entrenched in Article 29 of the Constitution, would be violated, too. The Constitutional Court has noted that, under the Constitution, not all expectations arising from a law or other legal act, but only those that arise from the Constitution itself or the laws and other legal acts which are in conformity with the Constitution, are protected and defended.

An important requirement for legal regulation established by laws and other legal acts is clarity, consistency and absence of inner contradiction. The vagueness of legal regulation often serves as grounds to recognise the norm of a law, which establishes such vague legal regulation, as being in conflict with the Constitution. For instance, while investigating the constitutionality of the provisions of Article 20 of the Law on Officials, under which an official must resign in the event that he declares his disagreement in the mass media, at political or other public events with the policy implemented by the Seimas, the President of the Republic or the Government, the Constitutional Court held that the legal notions as employed in the said article evidently lack clarity and that on the basis of the linguistic, logical, and systematic interpretation of the norms of the law, one cannot unequivocally comprehend the disposition of the contested norm. Such imprecise legal regulation creates preconditions for situations when an administrative body, in applying this norm, establishes the content of the norm by itself. In the event of such vagueness of the disposition of the norm, the norm alongside provides for the imperative sanction, i.e., the official must resign, while should he refuse to resign, he is dismissed from office. Due to such vagueness of the legal regulation, as well as correlative disagreement of the disposition of the norm and the sanction in the civil service, legal vagueness and indetermination occurred, while the protection of the rights of officials was not guaranteed. The Constitutional Court ruled that such regulation was deficient and was not in line with the objectives sought, i.e. those of the lawfulness of state administration, stability, confidence and effectiveness. It also contradicted the constitutional principles of protection of

human rights, therefore was in conflict with the Constitution<sup>14</sup>.

It is noteworthy that in Constitutional Court rulings the conflict of a disputed law, substatutory act with a certain constitutional principle is most often stated not in the resolving part of the ruling but in its argumentative part, i.e. the arguments formulated therein. In the resolving part the conflict with a certain constitutional principle is frequently pointed out after the indication of a concrete article of the Constitution which the disputed legal act is in conflict with. So far only in a couple of rulings (6 December 2000 and 29 November 2001) the Constitutional Court has recognised that the disputed legal act was in conflict with a constitutional principle alone, and at the same time has not indicated any article of the Constitution.

1. The Constitutional Court ruling of 26 October 1995 "On the compliance of the provision of Part 7, Article 10 of the Law of the Republic of Lithuania "On the Procedure and Conditions of the Restoration of the Rights of Ownership to the Existing Real Property", as well as the provision of item 1.2, item 2.1 and its sub-items 1, 2 and 3 of the 26 January 1994 Resolution No 55 of the Government of the Republic of Lithuania "On Partial Amending of the Procedure for Enforcement of the Law "On the Procedure and Conditions of the Restoration of the Rights of Ownership to the Existing Real Property", Confirmed by the 15 November 1991 Resolution No 470 of the Government of the Republic of Lithuania" with the Constitution of the Republic of Lithuania". Official Gazette Valstybes inios, 1995, No. 89-2007.
2. The Constitutional Court ruling of 19 December 1996 "On the compliance of Articles 5 and 10 of the Law of the Republic of Lithuania on State Secrets and Their Protection with the Constitution of the Republic of Lithuania as well as on the compliance of the 6 March 1996 Resolutions No. 309 and 310 of the Government of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania and the norms of the Republic of Lithuania Code of Civil Proceedings", Official Gazette Valstybes inios, 1996, No. 126-2962.
3. The Constitutional Court ruling of 5 April 2000 "On the compliance of Sub-item 4.7 of the Regulations for Operational Activities of the System of Internal Affairs of the Republic of Lithuania approved by 30 September 1993 Government of the Republic of Lithuania Resolution No. 731-19 "On the Approval of the Regulations for Operational Activities of the System of Internal Affairs of the Republic of Lithuania" with the Constitution of the Republic of Lithuania and Item 7 of Part 3 of Article 7 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities", Official Gazette Valstybes žinios, 2000, No. 30-840.
4. The Constitutional Court ruling of 11 May 1999 "On the compliance of Article 259 of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania", Official Gazette Valstybes inios, 1999, No. 42-1345.
5. The Constitutional Court ruling of 19 September 2000 "On the compliance of Articles 118(1), 156(1), Item 5 of Article 267 and Article 317(1) of the Republic of Lithuania Code of Criminal Procedure with the Constitution of the Republic of Lithuania" Official Gazette Valstybes žinios, 2000, No. 80-2423.
6. See, for example, the Constitutional Court ruling of 30 June 2000 "On the compliance of Part 1 of Article 3 and Item 1 of Part 1 of Article 4 of the Republic of Lithuania Law on Compensation for Damage Inflicted by Unlawful Actions of Interrogatory and Investigatory Bodies, the Prosecutor's Office and Court with the Constitution of the Republic of Lithuania", Official Gazette Valstybes žinios, 2000, No. 54-1587.
7. The Constitutional Court ruling of 2 July 2002 "On the compliance of Paragraph 2 of Article 48 of the Republic of Lithuania Law on the Organisation of the National Defence System and Military Service with the Constitution of the Republic of Lithuania", Official Gazette Valstybes žinios, 2002, No. 69-2832.
8. The Constitutional Court ruling of 11 May 1999 "On the compliance of Article 259 of the Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania", Official Gazette

Valstybes inios, 1999, No. 42-1345.

9. The Constitutional Court ruling of 25 November 2002 "On the compliance of Paragraph 2 of Article 69 of the Republic of Lithuania Law on the Diplomatic Service, Item 9 of Paragraph 1 of Article 4 (wording of 16 March 2000) of the Republic of Lithuania Law on State Social Insurance and Item 5 of Paragraph 1 of Article 2 (wording of 16 December 1999) and Article 23 (wording of 21 December 1994, 21 December 2000 and 8 May 2001) of the Republic of Lithuania Law on State Social Insurance Pensions with the Constitution of the Republic of Lithuania", Official Gazette Valstybes žinios, 2002, No. 113-5057.

10. The Constitutional Court ruling of 23 October 2002 "On the compliance of Article 8 and Paragraph 3 of Article 14 of the Republic of Lithuania Law of the Provision of Information to the Public with the Constitution of the Republic of Lithuania" Official Gazette Valstybes žinios, 2002, No. 104-4675.

11. The Constitutional Court ruling of 8 May 2000 "On the compliance of Part 12 of Article 2, Item 3 of Part 2 of Article 7, Part 1 of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on Operational Activities and Parts 1 and 2 of Article 1981 of the Republic of Lithuania Code of Criminal Procedure with the Constitution of the Republic of Lithuania", Official Gazette Valstybes inios, 2000, No. 39-1105.

12. The Constitutional Court ruling of 14 March 2002 "On the compliance of Paragraph 2 of Article 11 of the Republic of Lithuania Law on Pharmaceutical Activities with the Constitution of the Republic of Lithuania" Official Gazette Valstybes inios, 2002, No. 28-1003.

13. The Constitutional Court ruling of 6 December 2000 "On the compliance of Articles 1 and 2 of the Republic of Lithuania Law "On Recognition of Article 40 as Null and Void and Amendment of Article 251 of the Code of Administrative Violations of Law", Paragraph 5 of Article 27 and Paragraphs 3 and 9 of Article 50 of the Republic of Lithuania Law on Tax Administration with the Constitution of the Republic of Lithuania" Official Gazette Valstybes inios, 2000, No. 105-3318.

14. The Constitutional Court ruling of 10 March 1998 "On the compliance of Articles 1 and 2 of the Republic of Lithuania Law "On Recognition of Article 40 as Null and Void and Amendment of Article 251 of the Code of Administrative Violations of Law", Paragraph 5 of Article 27 and Paragraphs 3 and 9 of Article 50 of the Republic of Lithuania Law on Tax Administration with the Constitution of the Republic of Lithuania" Official Gazette Valstybes inios, 1998, No. 25-650.

## РЕЗЮМЕ

Рассматривая дела, связанные с защитой прав и свобод человека, Конституционный Суд Литовской Республики исходит из того, что Конституцию Литовской Республики составляют не только закрепленные в ней правовые нормы (положения), но и конституционные принципы, а также доктрина Конституционного суда. Конституцией является то, как положения Конституции интерпретировал Конституционный суд. Не все конституционные принципы закреплены в Конституции непосредственно. Принцип правового государства, разделения властей, пропорциональности, охраны правовых ожиданий, надлежащего правового процесса и другие очень важные для защиты прав и свобод человека принципы Конституционный суд "выводит" из различных положений Конституции. Такое понимание Конституции создает дополнительные возможности для защиты прав и свобод человека.

Отношения, связанные с правами и свободами человека, могут регулироваться только законом. Парламент не может делегировать Правительству регулировать отношения,

связанные с правами и свободами человека. Противоречащим Конституции может быть признан не только закон, который устанавливает необоснованные ограничения прав и свобод, но и закон, в котором не закреплены такие права, которые должны быть в нем закреплены. Законом не может быть установлено такое правовое регулирование, которым ограничивалось бы или вообще исключалось право человека обратиться в суд по поводу защиты нарушенных прав и свобод. Законом не может быть установлено и такое правовое регулирование, при котором лицо, осуществляя одно конституционное право, лишалось бы возможности осуществить другое конституционное право. Законы, другие правовые акты, касающиеся прав и свобод человека, не могут означаться никакими грифами секретности.

В постановлениях Конституционного суда сформулированы следующие условия ограничения прав и свобод человека: это может быть установлено только законом; ограничения являются необходимыми в демократическом обществе в целях защиты прав и свобод других лиц, а также закрепленных в Конституции ценностей и конституционно важных целей; ограничениями не может упраздниться сама суть права и свободы; соблюдается конституционный принцип пропорциональности.