

Конституционное  
**ПРАВОСУДИЕ**

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран новой демократии

Выпуск 3(73) 2016

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ  
ЕРЕВАН · 2016

## **Председатель редакционного совета**

Г.Г. Арутюнян  
*Председатель Конституционного Суда Республики Армения*

## **Редакционный совет:**

Д.Д. Хошимзода  
*судья Конституционного Суда Республики Таджикистан*

Ю.В. Баулин  
*Председатель Конституционного Суда Украины*

Н.С. Бондарь  
*судья Конституционного Суда Российской Федерации*

Б. Гарибов  
*судья Конституционного Суда Азербайджанской Республики  
в отставке*

А.М. Нурмагамбетов  
*член Конституционного Совета Республики Казахстан*

В.Ф. Запорожан  
*судья-ассистент Конституционного Суда Республики Молдова*

А.Г. Тиковенко  
*судья Конституционного Суда Республики Беларусь*

## **Ответственный секретарь**

И.В. Даниелян

**ISSN 18290125**

# **Содержание**

## **О Контрольном списке верховенства права**

Контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права.  
(Принят на 106-м пленарном заседании Венецианской комиссии. Венеция, 11-12 марта 2016 г.) ..... 5

Концепция проведения Всеевропейской конференции по конституционному мониторингу ..... 157

**Арутюнян Г.** Роль Контрольного списка верховенства права в системе конституционного мониторинга (Концептуальные подходы) ..... 164

## Contents

### About Rule of Law Checklist

Rule of Law Checklist (adopted by the Venice Commission at its 106<sup>th</sup> Plenary Session. *Venice, 11-12 March 2016*) ..... 5

Conception of conducting the Pan-European Conference on Constitutional Monitoring ..... 157

**Harutyunyan G.** Role of the Rule of Law Checklist in the system of constitutional monitoring (Conceptual approaches) ..... 164

О Контрольном списке верховенства права



Strasbourg, 18 March 2016  
Study No.711/2013

**CDL-AD(2016)007**  
Or. Engl.

### EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION)

#### RULE OF LAW CHECKLIST

**Adopted by the Venice Commission  
at its 106<sup>th</sup> Plenary Session  
(Venice, 11-12 March 2016)**

**on the basis of comments by**

**Mr Sergio BARTOLE (Substitute Member, Italy)**

**Ms Veronika BILKOVA (Member, Czech Republic)**

**Ms Sarah CLEVELAND (Member, United States of America)**

**Mr Paul CRAIG (Substitute Member, United Kingdom)**

**Mr Jan HELGESEN (Member, Norway)**

**Mr Wolfgang HOFFMANN-RIEM (Member, Germany)**

**Mr Kaarlo TUORI (Member, Finland)**

**Mr Pieter van DIJK (Former Member, the Netherlands)**

**Sir Jeffrey JOWELL (Former Member, United Kingdom)**

\* This document will not be distributed at the meeting. Please bring this copy.  
[www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

**TABLE OF CONTENTS**

I. INTRODUCTION ..... 5  
 A. Purpose and scope ..... 5  
 B. The Rule of Law in an enabling environment ..... 9

II. BENCHMARKS ..... 11  
 A. Legality ..... 11  
     1. Supremacy of the law ..... 11  
     2. Compliance with the law ..... 11  
     3. Relationship between international law and domestic law; ..... 12  
     4. Law-making powers of the executive ..... 12  
     5. Law-making procedures ..... 13  
     6. Exceptions in emergency situations ..... 13  
     7. Duty to implement the law ..... 14  
     8. Private actors in charge of public tasks ..... 14  
 B. Legal certainty ..... 15  
     1. Accessibility of legislation ..... 15  
     2. Accessibility of court decisions ..... 15  
     3. Foreseeability of the laws ..... 15  
     4. Stability and consistency of law ..... 16  
     5. Legitimate expectations ..... 16  
     6. Non-retroactivity ..... 16  
     7. Nullum crimen sine lege and nulla poena sine lege principles ..... 16  
     8. Res judicata ..... 17  
 C. Prevention of abuse (misuse) of powers ..... 17  
 D. Equality before the law and non-discrimination ..... 18  
     1. Principle ..... 18  
     2. Non-discrimination ..... 18  
     3. Equality in law ..... 18  
     4. Equality before the law ..... 19  
 E. Access to justice ..... 20

1. Independence and impartiality ..... 20  
     a. Independence of the judiciary ..... 20  
     b. Independence of individual judges ..... 22  
     c. Impartiality of the judiciary ..... 22  
     d. The prosecution service: autonomy and control ..... 23  
     e. Independence and impartiality of the Bar ..... 24  
 2. Fair trial ..... 25  
     a. Access to courts ..... 25  
     b. Presumption of innocence ..... 26  
     c. Other aspects of the right to a fair trial ..... 26  
     d. Effectiveness of judicial decisions ..... 27  
 3. Constitutional justice (if applicable) ..... 27  
 F. Examples of particular challenges to the Rule of Law ..... 29  
     1. Corruption and conflict of interest ..... 29  
         a. Preventive measures ..... 29  
         b. Criminal law measures ..... 29  
         c. Effective compliance with, and implementation of preventive and repressive measures ..... 30  
     2. Collection of data and surveillance ..... 31  
         a. Collection and processing of personal data ..... 31  
         b. Targeted surveillance ..... 32  
         c. Strategic surveillance ..... 32  
         d. Video surveillance ..... 33

III. SELECTED STANDARDS ..... 34  
 III.a. General Rule of Law Standards ..... 34  
     1. Hard Law ..... 34  
     2. Soft Law ..... 34  
         a. Council of Europe ..... 34  
         b. European Union ..... 34  
         c. Other International Organisations ..... 35  
         d. Rule of Law Indicators ..... 35  
 III.b. Standards relating to the Benchmarks ..... 35  
     A. Legality ..... 35

1. Hard Law .....	35
2. Soft Law .....	36
B. Legal certainty .....	36
1. Hard Law .....	36
2. Soft Law .....	37
C. Prevention of abuse of powers .....	37
1. Hard Law .....	37
2. Soft Law .....	37
D. Equality before the law and non-discrimination .....	38
1. Hard Law .....	38
a. Council of Europe .....	38
b. European Union .....	38
c. Other international organisations .....	38
2. Soft Law .....	39
E. Access to justice .....	40
1. Hard Law .....	40
2. Soft Law .....	41
a. Council of Europe .....	41
b. European Union .....	42
c. United Nations .....	42
d. The Commonwealth of Nations .....	43
e. Organization for Security and Co-operation in Europe .....	44
f. Other International Organisations .....	44
g. Other .....	44
F. Examples of particular challenges to the Rule of Law .....	45
1. Hard Law .....	45
a. Corruption .....	45
b. Collection of data and surveillance .....	45
2. Soft Law .....	45
a. Corruption .....	45
b. Collection of data and surveillance .....	46

## I. INTRODUCTION

1. At its 86<sup>th</sup> plenary session (March 2011), the Venice Commission adopted the Report on the Rule of Law (CDL-AD(2011)003rev). This report identified common features of the Rule of Law, *Rechtstaat* and *Etat de droit*. A first version of a checklist to evaluate the State of the Rule of Law in single States was appended to this report.

2. On 2 March 2012, the Venice Commission organised, under the auspices of the UK Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe, in co-operation with the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom and the Bingham Centre for the Rule of Law, a conference on “The Rule of Law as a practical concept”. The conclusions of this conference underlined that the Venice Commission would develop the checklist by, *inter alia*, including some suggestions made at the conference.

3. A group of experts made up of Mr Bartole, Ms Bilkova, Ms Cleveland, Mr Craig, Mr Helgesen, Mr Hoffmann-Riem, Mr Tuori, Mr van Dijk and Sir Jeffrey Jowell prepared the present detailed version of the checklist.

4. The Venice Commission wishes to acknowledge the contribution of the Bingham Centre for the Rule of Law, notably for the compilation of the selected standards in part III. The Commission also wishes to thank the secretariats of the Consultative Council of European Judges (CCJE), the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), the Framework Convention for the Protection of National Minorities and the Group of States against Corruption (GRECO), as well as of OSCE/ODIHR and of the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) for their co-operation.

5. The introductory part (I) first explains the purpose and scope of the report and then develops the interrelations between the Rule of Law on the one side and democracy and human rights on the other side (“the Rule of Law in an enabling environment”).

6. The second part (II, benchmarks) is the core of the checklist and develops the various aspects of the Rule of Law identified in the 2011 report: legality; legal certainty; prevention of abuse of powers; equality before the law and non-discrimination and access to justice; while the last chapter provides two examples of particular challenges to the Rule of Law (corruption and conflict of interest, and collection of data and surveillance).

7. The third part (III, selected standards) lists the most important instruments of hard and soft law addressing the issue of the Rule of Law.

8. The present checklist was discussed by the Sub-Commission on the Rule of Law on 17 December 2015 and on 10 March 2016, and was subsequently adopted by the Venice Commission at its 106<sup>th</sup> plenary session (Venice, 11-12 March 2016).

#### **A. Purpose and scope**

9. The Rule of Law is a concept of universal validity. The “need for universal adherence to and implementation of the Rule of Law at both the national and international levels” was endorsed by all Members States of the United Nations in the 2005 Outcome Document of the World Summit (§ 134). The Rule of Law, as expressed in the Preamble and in Article 2 of the Treaty on European Union (TEU), is one of the founding values that are shared between the European Union (EU) and its Member States.<sup>1</sup> In its 2014 New Framework to Strengthen the Rule of Law, the European Commission recalls that “the principle of the Rule of Law has progressively become a dominant organisational model of modern constitutional law and international organisations /.../ to regulate the exercise of public powers” (pp. 3-4). In an increasing number of cases States refer to the Rule of Law in their national constitutions.<sup>2</sup>

10. The Rule of Law has been proclaimed as a basic principle at universal level by the United Nations – for example in the Rule of Law Indicators -, and at regional level by the Organization of American States - namely in the Inter-American Democratic Charter - and the African Union - in particular in its Constitutive Act. References to the Rule of Law may also be found in several documents of the Arab League.

11. The Rule of Law is mentioned in the Preamble to the Statute of the Council of Europe as one of the three “principles which form the basis of all genuine democracy”, together with individual freedom and political liberty. Article 3 of the Statute makes respect for the principle of the Rule of Law a precondition for accession of new member States to the Organisation. The Rule of Law is thus one of the three intertwined and partly overlapping core principles of the Council of Europe, with democracy and human rights. The close relationship between the Rule of Law and the democratic society has been underlined by the European Court of Human Rights through different expressions: “democratic society subscribing to the Rule of

Law”, “democratic society based on the Rule of Law” and, more systematically, “Rule of Law in a democratic society”. The achievement of these three principles - respect for human rights, pluralist democracy and the Rule of Law - is regarded as a single objective - the core objective - of the Council of Europe.

12. The Rule of Law has been systematically referred to in the major political documents of the Council of Europe, as well as in numerous Conventions and Recommendations. The Rule of Law is notably mentioned as an element of common heritage in the Preamble to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), as a founding principle of European democracies in Resolution Res(2002)12 establishing the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), and as a priority objective in the Statute of the Venice Commission. However, the Council of Europe texts have not defined the Rule of Law, nor has the Council of Europe created any specific monitoring mechanism for Rule of Law issues.

13. The Council of Europe has nevertheless acted in several respects with a view to promoting and strengthening the Rule of Law through several of its bodies, notably the European Court of Human Rights (ECtHR), the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), the Consultative Council of Judges of Europe (CCJE), the Group of States against Corruption (GRECO), the Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the Commissioner for Human Rights and the Venice Commission.

14. In its Report on the Rule of Law of 2011,<sup>3</sup> the Venice Commission examined the concept of the Rule of Law, following Resolution 1594(2007) of the Parliamentary Assembly which drew attention to the need to ensure a correct interpretation of the terms “Rule of Law”, “Rechtsstaat” and “Etat de droit” or “prééminence du droit”, encompassing the principles of legality and of due process.

15. The Venice Commission analysed the definitions proposed by various authors coming from different systems of law and State organisation, as well as diverse legal cultures. The Commission considered that the notion of the Rule of Law requires a system of certain and foreseeable law, where everyone has the right to be treated by all decision-makers with dignity, equality and rationality and in accordance with the laws, and to have the opportunity to challenge decisions before independent and impartial courts through fair procedures. The Commission warned against the risks of a purely formalistic concept of

the Rule of Law, merely requiring that any action of a public official be authorised by law. “Rule by Law”, or “Rule by the Law”, or even “Law by Rules” are distorted interpretations of the Rule of Law.<sup>4</sup>

16. The Commission also stressed that individual human rights are affected not only by the authorities of the State, but also by hybrid (State-private) actors and private entities which perform tasks that were formerly the domain of State authorities, or include unilateral decisions affecting a great number of people, as well as by international and supranational organisations. The Commission recommended that the Rule of Law principles be applied in these areas as well.

17. The Rule of Law must be applied at all levels of public power. *Mutatis mutandis*, the principles of the Rule of Law also apply in private law relations. The following definition by Tom Bingham covers most appropriately the essential elements of the Rule of Law: “All persons and authorities within the State, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts”.<sup>5</sup>

18. In its report, the Commission concluded that, despite differences of opinion, consensus exists on the core elements of the Rule of Law as well as on those of the Rechtsstaat and of the Etat de droit, which are not only formal but also substantive or material (materieller Rechtsstaatsbegriff). These core elements are: (1) Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; (2) Legal certainty; (3) Prohibition of arbitrariness; (4) Access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; (5) Respect for human rights; and (6) Non-discrimination and equality before the law.

19. Since its 2011 Report was oriented towards facilitating a correct and consistent understanding and interpretation of the notion of the Rule of Law and, therefore, aimed at facilitating the practical application of the principles of the Rule of Law, a “checklist for evaluating the State of the Rule of Law in single countries” was appended to the report, listing these six elements, broken down into several sub-parameters.

20. In 2012, at a conference which the Venice Commission organised in London under the auspices of the UK Foreign Office and in co-operation with the Bingham Centre for the Rule of Law, it launched the project to further develop the checklist as a groundbreaking new, functional approach to assessing the State of the Rule of Law in a given State.

21. In 2013, the Council of the European Union has begun implementing a new Rule of Law Dialogue with the member States, which would take place on an annual basis. It underlined that “respecting the rule of law is a prerequisite for the protection of fundamental rights” and called on the Commission “to take forward the debate in line with the Treaties on the possible need for and shape of a collaborative and systematic method to tackle these issues”.<sup>6</sup> In 2014, the European Commission adopted a mechanism for addressing systemic Rule of Law issues in Member States of the European Union (EU). This “new EU Framework to strengthen the Rule of Law” establishes an early warning tool based on “the indications received from available sources and recognised institutions, including the Council of Europe”; “[in] order to obtain expert knowledge on particular issues relating to the rule of law in Member States, the (European) Commission ... will as a rule and in appropriate cases, seek the advice of the Council of Europe and/or its Venice Commission”.<sup>7</sup>

22. At the United Nations level, following the publication of “Rule of Law Indicators” in 2011,<sup>8</sup> the United Nations General Assembly adopted in 2012 a Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, recognising that the “Rule of Law applies to all States equally, and to international organizations”.

23. The sustainable development agenda with its 17 Sustainable Development Goals (SDGs) and 169 targets to be delivered by 2030 was unanimously adopted by the UN General Assembly in September 2015. The SDGs, which comprise a number of Goals, are aimed to be truly transformative and have profound implications for the realization of the agenda, envisaging “[a world] in which democracy, good governance and the rule of law, as well as an enabling environment at the national and international levels, are essential for sustainable development...” Goal 16 commits States to “Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels”. The achievement of Goal 16 will be assessed against a number of targets, some of which incorporate Rule of Law components, such as the development of effective accountable and transparent institutions (target 16.6) and responsive, inclusive participatory and representative decision making at all levels (target 16.7). However, it is Target 16.3, committing States to “Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all” that offers a unique opportunity for revitalizing the relationship

between citizens and the State. This Checklist could be a very important tool to assist in the qualitative measurement of Rule of Law indicators in the context of the SDGs.

24. The present checklist is intended to build on these developments and to provide a tool for assessing the Rule of Law in a given country from the view point of its constitutional and legal structures, the legislation in force and the existing case-law. The checklist aims at enabling an objective, thorough, transparent and equal assessment.

25. The checklist is mainly directed at assessing legal safeguards. However, the proper implementation of the law is a crucial aspect of the Rule of Law and must therefore also be taken into consideration. That is why the checklist also includes certain complementary benchmarks relating to the practice. These benchmarks are not exhaustive.

26. Assessing whether the parameters have been met requires sources of verification (standards). For legal parameters, these will be the law in force, as well as, for example, in Europe, the legal assessments thereof by the European Court of Human Rights, the Venice Commission, Council of Europe monitoring bodies and other institutional sources. For parameters relating to the practice, multiple sources will have to be used, including institutional ones such as CEPEJ and the European Union Agency for Fundamental Rights.

27. The checklist is meant as a tool for a variety of actors who may decide to carry out such an assessment: These may include Parliaments and other State authorities when addressing the need and content of legislative reform, civil society and international organisations, including regional ones – notably the Council of Europe and the European Union. Assessments have to take into account the whole context, and avoid any mechanical application of specific elements of the checklist.

28. It is not within the mandate of the Venice Commission to proceed with Rule of Law assessments in given countries on its own initiative; however, it is understood that when the Commission, upon request, deals with Rule of Law issues within the framework of the preparation of an opinion relating a given country, it will base its analysis on the parameters of the checklist within the scope of its competence.

29. The Rule of Law is realised through successive levels achieved in a progressive manner: the more basic the level of the Rule of Law, the greater the demand for it. Full achievement of the

Rule of Law remains an on-going task, even in the well-established democracies. Against this background, it should be clear that the parameters of the checklist do not necessarily all have to be cumulatively fulfilled in order for a final assessment on compliance with the Rule of Law to be positive. The assessment will need to take into account which parameters are not met, to what extent, in what combination etc. The issue must be kept under constant review.

30. The checklist is neither exhaustive nor final: it aims to cover the core elements of the Rule of Law. The checklist could change over time, and be developed to cover other aspects or to go into further detail. New issues might arise that would require its revision. The Venice Commission will therefore provide for a regular updating of the Checklist.

31. The Rule of Law and human rights are interlinked, as the next chapter will explain. The Rule of Law would just be an empty shell without permitting access to human rights. Vice-versa, the protection and promotion of human rights are realised only through respect for the Rule of Law: a strong regime of Rule of Law is vital to the protection of human rights. In addition, the Rule of Law and several human rights (such as fair trial and freedom of expression) overlap.<sup>9</sup> While recognising that the Rule of Law can only be fully realised in an environment that protects human rights, the checklist will expressly deal with human rights only when they are linked to specific aspects of the Rule of Law.<sup>10</sup>

32. Since the Venice Commission is a body of the Council of Europe, the checklist emphasises the legal situation in Europe, as expressed in particular in the case-law of the European Court of Human Rights and also of the Court of Justice of the European Union within its specific remit. The Rule of Law is however a universal principle, and this document also refers, where appropriate, to developments at global level as well as in other regions of the world, in particular in part III enumerating international standards.

### **B. The Rule of Law in an enabling environment**

33. The Rule of Law is linked not only to human rights but also to democracy, i.e. to the third basic value of the Council of Europe. Democracy relates to the involvement of the people in the decision-making process in a society; human rights seek to protect individuals from arbitrary and excessive interferences with their freedoms and liberties and to secure human dignity; the Rule of Law focuses on limiting and independently reviewing the exercise of public powers. The

Rule of Law promotes democracy by establishing accountability of those wielding public power and by safeguarding human rights, which protect minorities against arbitrary majority rules.

34. The Rule of Law has become “a global ideal and aspiration”,<sup>11</sup> with a common core valid everywhere. This, however, does not mean that its implementation has to be identical regardless of the concrete juridical, historical, political, social or geographical context. While the main components or “ingredients”<sup>12</sup> of the Rule of Law are constant, the specific manner in which they are realised may differ from one country to another depending on the local context; in particular on the constitutional order and traditions of the country concerned. This context may also determine the relative weight of each of the components.

35. Historically, the Rule of Law was developed as a means to restrict State (governmental) power. Human rights were seen as rights against intrusions by holders of this power (“negative rights”). In the meantime the perception of human rights has changed in many States as well as in European and international law. There are several differences in the details, but nonetheless there is a trend to expand the scope of civil and political rights, especially by acknowledging positive obligations of the State to guarantee effective legal protection of human rights vis-à-vis private actors. Relevant terms are “positive obligations to protect”, “horizontal effects of fundamental rights” or “Drittwirkung der Grundrechte”.

36. The European Court of Human Rights has acknowledged positive obligations in several fields, for instance related to Art. 8 ECHR.<sup>13</sup> In several decisions the Court has developed specific positive obligations of the State by combining Art. 8 ECHR and the Rule of Law.<sup>14</sup> Even though positive obligations to protect could not be solely derived from the Rule of Law in these cases, the Rule of Law principle creates additional obligations of the State to guarantee that individuals under their jurisdiction have access to effective legal means to enforce the protection of their human rights, in particular in situations when private actors infringe these rights. Thus the Rule of Law creates a benchmark for the quality of laws protecting human rights: legal provisions in this field – and beyond<sup>15</sup> – have to be, *inter alia*, clear and predictable, and non-discriminatory, and they must be applied by independent courts under procedural guarantees equivalent to those applied in conflicts resulting from interferences with human rights by public authorities.

37. One of the relevant contextual elements is the legal system at large. Sources of law which enshrine legal rules, thus granting legal certainty, are not identical in all countries: some States adhere largely to statute law, save for rare exceptions, whereas others include adherence to the common law judge-made law.

38. States may also use different means and procedures - for example related to the fair trial principle - in criminal proceedings (adversarial system as compared to inquisitorial system, right to a jury as compared to the resolution of criminal cases by judges). The material means that are instrumental in guaranteeing fair trial, such as legal aid and other facilities, may also take different forms.

39. The distribution of powers among the different State institutions may also impact the context in which this checklist is considered. It should be well-adjusted through a system of checks and balances. The exercise of legislative and executive power should be reviewable for its constitutionality and legality by an independent and impartial judiciary. A well-functioning judiciary, whose decisions are effectively implemented, is of the highest importance for the maintenance and enhancement of the Rule of Law.

40. At the international level, the demands and implications of the Rule of Law reflect the particularities of the international legal system. In many respects that system is far less developed than national constitutional and legal systems. Apart from special regional systems like that of the European Union, international systems have no permanent legislator, and for most cases no judiciary with obligatory jurisdiction, while the democratic characteristics in decision-making are still very weak.

41. The European Union’s supranational nature led it to develop the concept of Rule of Law as a general principle of law applicable to its own legal system. According to the case law of the Court of Justice of the European Union, the Rule of Law includes the supremacy of law, the institutional balance, judicial review, (procedural) fundamental rights, including the right to a judicial remedy, as well as the principles of equality and proportionality.

42. The contextual elements of the Rule of Law are not limited to legal factors. The presence (or absence) of a shared political and legal culture within a society, and the relationship between that culture and the legal order help to determine to what extent and at what level of concreteness the various elements of the Rule of Law have to be explicitly expressed in written law. Thus, for instance, national traditions in the area of dispute settlement and conflict resolution will have an impact upon the concrete guarantees of fair trial offered in a

country. It is important that in every State a robust political and legal culture supports particular Rule of Law mechanisms and procedures, which should be constantly checked, adapted and improved.

43. The Rule of Law can only flourish in a country whose inhabitants feel collectively responsible for the implementation of the concept, making it an integral part of their own legal, political and social culture.

## II. BENCHMARKS

### A. Legality<sup>16</sup>

#### 1. Supremacy of the law

Is supremacy of the law recognised?

- i. Is there a written Constitution?
- ii. Is conformity of legislation with the Constitution ensured?
- iii. Is legislation adopted without delay when required by the Constitution?
- iv. Does the action of the executive branch conform with the Constitution and other laws?<sup>17</sup>
- v. Are regulations adopted without delay when required by legislation?
- vi. Is effective judicial review of the conformity of the acts and decisions of the executive branch of government with the law available?
- vii. Does such judicial review also apply to the acts and decisions of independent agencies and private actors performing public tasks?
- viii. Is effective legal protection of individual human rights *vis-à-vis* infringements by private actors guaranteed?

44. *State action must be in accordance with and authorised by the law. Whereas the necessity for judicial review of the acts and decisions of the executive and other bodies performing public tasks is universally recognised, national practice is very diverse on how to ensure conformity of legislation with the Constitution. While judicial review is an effective means to reach this goal, there may also be other means to guarantee the proper implementation of the Constitution to ensure respect for the Rule of Law, such as a priori review by a specialised committee.*<sup>18</sup>

#### 2. Compliance with the law<sup>19</sup>

Do public authorities act on the basis of, and in accordance with standing law?<sup>20</sup>

- i. Are the powers of the public authorities defined by law?<sup>21</sup>

- ii. Is the delineation of powers between different authorities clear?
- iii. Are the procedures that public authorities have to follow established by law?
- iv. May public authorities operate without a legal basis? Are such cases duly justified?
- v. Do public authorities comply with their positive obligations by ensuring implementation and effective protection of human rights?
- vi. In cases where public tasks are delegated to private actors, are equivalent guarantees established by law?<sup>22</sup>

45. *A basic requirement of the Rule of Law is that the powers of the public authorities are defined by law. In so far as legality addresses the actions of public officials, it also requires that they have authorisation to act and that they subsequently act within the limits of the powers that have been conferred upon them, and consequently respect both procedural and substantive law. Equivalent guarantees should be established by law whenever public powers are delegated to private actors – especially but not exclusively coercive powers. Furthermore, public authorities must actively safeguard the fundamental rights of individuals *vis-à-vis* other private actors.*<sup>23</sup>

46. *“Law” covers not only constitutions, international law, statutes and regulations, but also, where appropriate, judge-made law,<sup>24</sup> such as common-law rules, all of which is of a binding nature. Any law must be accessible and foreseeable.*<sup>25</sup>

#### 3. Relationship between international law and domestic law

Does the domestic legal system ensure that the State abide by its binding obligations under international law? In particular:

- i. Does it ensure compliance with human rights law, including binding decisions of international courts?
- ii. Are there clear rules on the implementation of these obligations into domestic law?<sup>26</sup>

47. *The principle *pacta sunt servanda* (agreements must be kept) is the way in which international law expresses the principle of legality. It does not deal with the way in which international customary or conventional law is implemented in the internal legal order, but a State “may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”<sup>27</sup> or to respect customary international law.*

48. *The principle of the Rule of Law does not impose a choice between monism and dualism, but pacta sunt servanda applies regardless of the national approach to the relationship between international and internal law. At any rate, full domestic implementation of international law is crucial. When international law is part of domestic law, it is binding law within the meaning of the previous paragraph relating to supremacy of law (II.A.2). This does not mean, however, that it should always have supremacy over the Constitution or ordinary legislation.*

#### 4. Law-making powers of the executive

Is the supremacy of the legislature ensured?

- i. Are general and abstract rules included in an Act of Parliament or a regulation based on that Act, save for limited exceptions provided for in the Constitution?
- ii. What are these exceptions? Are they limited in time? Are they controlled by Parliament and the judiciary? Is there an effective remedy against abuse?
- iii. When legislative power is delegated by Parliament to the executive, are the objectives, contents, and scope of the delegation of power explicitly defined in a legislative act?<sup>28</sup>

49. *Unlimited powers of the executive are, de jure or de facto, a central feature of absolutist and dictatorial systems. Modern constitutionalism has been built against such systems and therefore ensures supremacy of the legislature.*<sup>29</sup>

#### 5. Law-making procedures

Is the process for enacting law transparent, accountable, inclusive and democratic?

- i. Are there clear constitutional rules on the legislative procedure?<sup>30</sup>
- ii. Is Parliament supreme in deciding on the content of the law?
- iii. Is proposed legislation debated publicly by parliament and adequately justified (e.g. by explanatory reports)?<sup>31</sup>
- iv. Does the public have access to draft legislation, at least when it is submitted to Parliament? Does the public have a meaningful opportunity to provide input?<sup>32</sup>
- v. Where appropriate, are impact assessments made before adopting legislation (e.g. on the human rights and budgetary impact of laws)?<sup>33</sup>

- vi. Does the Parliament participate in the process of drafting, approving, incorporating and implementing international treaties?

50. *As explained in the introductory part, the Rule of Law is connected with democracy in that it promotes accountability and access to rights which limit the powers of the majority.*

#### 6. Exceptions in emergency situations

Are exceptions in emergency situations provided for by law?

- i. Are there specific national provisions applicable to emergency situations (war or other public emergency threatening the life of the nation)? Are derogations to human rights possible in such situations under national law? What are the circumstances and criteria required in order to trigger an exception?
- ii. Does national law prohibit derogation from certain rights even in emergency situations? Are derogations proportionate, that is limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation, in duration, circumstance and scope?<sup>34</sup>
- iii. Are the possibilities for the executive to derogate from the normal division of powers in emergency circumstances also limited in duration, circumstance and scope?
- iv. What is the procedure for determining an emergency situation? Are there parliamentary control and judicial review of the existence and duration of an emergency situation, and the scope of any derogation thereunder?

51. *The security of the State and of its democratic institutions, and the safety of its officials and population, are vital public and private interests that deserve protection and may lead to a temporary derogation from certain human rights and to an extraordinary division of powers. However, emergency powers have been abused by authoritarian governments to stay in power, to silence the opposition and to restrict human rights in general. Strict limits on the duration, circumstance and scope of such powers is therefore essential. State security and public safety can only be effectively secured in a democracy which fully respects the Rule of Law.<sup>35</sup> This requires parliamentary control and judicial review of the existence and duration of a declared emergency situation in order to avoid abuse.*

52. *The relevant provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, of the European Convention on Human Rights and the American Convention on Human Rights are similar.<sup>36</sup> They*

*provide for the possibility of derogations (as distinguished from mere limitations of the rights guaranteed) only in highly exceptional circumstances. Derogations are not possible from “the so-called absolute rights: the right to life, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, and of slavery, and the nullum crimen, nulla poena principle” among others.<sup>37</sup> Item II.A.6.i summarises the requirements of these treaties.*

### 7. Duty to implement the law

What measures are taken to ensure that public authorities effectively implement the law?

- i. Are obstacles to the implementation of the law analysed before and after its adoption?
- ii. Are there effective remedies against non-implementation of legislation?
- iii. Does the law provide for clear and specific sanctions for non-obedience of the law?<sup>38</sup>
- iv. Is there a solid and coherent system of law enforcement by public authorities to enforce these sanctions?
- v. Are these sanctions consistently applied?

*53. Although full enforcement of the law is rarely possible, a fundamental requirement of the Rule of Law is that the law must be respected. This means in particular that State bodies must effectively implement laws. The very essence of the Rule of Law would be called in question if law appeared only in the books but were not duly applied and enforced.<sup>39</sup> The duty to implement the law is threefold, since it implies obedience to the law by individuals, the duty reasonably to enforce the law by the State and the duty of public officials to act within the limits of their conferred powers.*

*54. Obstacles to the effective implementation of the law can occur not only due to the illegal or negligent action of authorities, but also because the quality of legislation makes it difficult to implement. Therefore, assessing whether the law is implementable in practice before adopting it, as well as checking a posteriori whether it may be and is effectively applied is very important. This means that ex ante and ex post legislative evaluation has to be performed when addressing the issue of the Rule of Law.*

*55. Proper implementation of legislation may also be obstructed by the absence of sufficient sanctions (lex imperfecta), as well as by an insufficient or selective enforcement of the relevant sanctions.*

### 8. Private actors in charge of public tasks

Does the law guarantee that non-State entities which, fully or in part, have taken on traditionally public tasks, and whose actions and decisions have a similar impact on ordinary people as those of public authorities, are subject to the requirements of the Rule of Law and accountable in a manner comparable to those of public authorities?<sup>40</sup>

*56. There are a number of areas where hybrid (State-private) actors or private entities exercise powers that traditionally have been the domain of State authorities, including in the fields of prison management and health care. The Rule of Law must apply to such situations as well.*

### B. Legal certainty

#### 1. Accessibility of legislation

Are laws accessible?

- i. Are all legislative acts published before entering into force?
- ii. Are they easily accessible, e.g. free of charge via the Internet and/or in an official bulletin?

#### 2. Accessibility of court decisions

Are court decisions accessible?

- i. Are court decisions easily accessible to the public?<sup>41</sup>
- ii. Are exemptions sufficiently justified?

*57. As court decisions can establish, elaborate upon and clarify law, their accessibility is part of legal certainty. Limitations can be justified in order to protect individual rights, for instance those of juveniles in criminal cases.*

#### 3. Foreseeability of the laws

Are the effects of laws foreseeable?<sup>42</sup>

- i. Are the laws written in an intelligible manner?
- ii. Does new legislation clearly State whether (and which) previous legislation is repealed or amended? Are amendments incorporated in a consolidated, publicly accessible, version of the law?

*58. Foreseeability means not only that the law must, where possible, be proclaimed in advance of implementation and be foreseeable as to its effects: it must also be formulated with sufficient preci-*

sion and clarity to enable legal subjects to regulate their conduct in conformity with it.<sup>43</sup>

59. The necessary degree of foreseeability depends however on the nature of the law. In particular, it is essential in criminal legislation. Precaution in advance of dealing with concrete dangers has now become increasingly important; this evolution is legitimate due to the multiplication of the risks resulting in particular from the changing technology. However, in the areas where the precautionary approach of laws apply, such as risk law, the prerequisites for State action are outlined in terms that are considerably broader and more imprecise, but the Rule of Law implies that the principle of foreseeability is not set aside.

**4. Stability and consistency of law**

Are laws stable and consistent?

- i. Are laws stable, to the extent that they are changed only with fair warning?<sup>44</sup>
- ii. Are they consistently applied?

60. Instability and inconsistency of legislation or executive action may affect a person's ability to plan his or her actions. However, stability is not an end in itself: law must also be capable of adaptation to changing circumstances. Law can be changed, but with public debate and notice, and without adversely affecting legitimate expectations (see next item).

**5. Legitimate expectations**

Is respect for the principle of legitimate expectations ensured?

61. The principle of legitimate expectations is part of the general principle of legal certainty in European Union law, derived from national laws. It also expresses the idea that public authorities should not only abide by the law but also by their promises and raised expectations. According to the legitimate expectation doctrine, those who act in good faith on the basis of law as it is, should not be frustrated in their legitimate expectations. However, new situations may justify legislative changes going frustrating legitimate expectations in exceptional cases. This doctrine applies not only to legislation but also to individual decisions by public authorities.<sup>45</sup>

**6. Non-retroactivity**

- Is retroactivity of legislation prohibited?
- i. Is retroactivity of criminal legislation prohibited?
- ii. To what extent is there also a general prohibition on the retroactivity of other laws?<sup>46</sup>
- iii. Are there exceptions, and, if so, under which conditions?

**7. Nullum crimen sine lege and nulla poena sine lege principles**

Do the nullum crimen sine lege and nulla poena sine lege (no crime, no penalty without a law) principles apply?

62. People must be informed in advance of the consequences of their behaviour. This implies foreseeability (above II.B.3) and non-retroactivity especially of criminal legislation. In civil and administrative law, retroactivity may negatively affect rights and legal interests.<sup>47</sup> However, outside the criminal field, a retroactive limitation of the rights of individuals or imposition of new duties may be permissible, but only if in the public interest and in conformity with the principle of proportionality (including temporally). The legislator should not interfere with the application of existing legislation by courts.

**8. Res judicata<sup>48</sup>**

- Is respect of res judicata ensured?
- i. Is respect for the ne bis in idem principle (prohibition against double jeopardy) ensured?
- ii. May final judicial decisions be revised?
- iii. If so, under which conditions?

63. Res judicata implies that when an appeal has been finally adjudicated, further appeals are not possible. Final judgments must be respected, unless there are cogent reasons for revising them.<sup>49</sup>

**C. Prevention of abuse (misuse) of powers<sup>50</sup>**

- Are there legal safeguards against arbitrariness and abuse of power (détournement de pouvoir) by public authorities?
- i. If yes, what is the legal source of this guarantee (Constitution, statutory law, case-law)?
- ii. Are there clear legal restrictions to discretionary power, in particular when exercised by the executive in administrative action?<sup>51</sup>

- iii. Are there mechanisms to prevent, correct and sanction abuse of discretionary powers (*détournement de pouvoir*)? When discretionary power is given to officials, is there judicial review of the exercise of such power?
- iv. Are public authorities required to provide adequate reasons for their decisions, in particular when they affect the rights of individuals? Is the failure to state reasons a valid ground for challenging such decisions in courts?

64. *An exercise of power that leads to substantively unfair, unreasonable, irrational or oppressive decisions violates the Rule of Law.*

65. *It is contrary to the Rule of Law for executive discretion to be unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion, to protect against arbitrariness.*

66. *Abuse of discretionary power should be controlled by judicial or other independent review. Available remedies should be clear and easily accessible.*

67. *Access to an ombudsperson or another form of non-contentious jurisdiction may also be appropriate.*

68. *The obligation to give reasons should also apply to administrative decisions.*<sup>52</sup>

#### **D. Equality before the law and non-discrimination**

##### **1. Principle**

Does the Constitution enshrine the principle of equal treatment, the commitment of the State to promote equality as well as the right of individuals to be free from discrimination?

##### **2. Non-discrimination**<sup>53</sup>

Is respect for the principle of non-discrimination ensured?

- i. Does the constitution prohibit discrimination?
- ii. Is non-discrimination effectively guaranteed by law?
- iii. Do the Constitution and/or legislation clearly define and prohibit both direct and indirect discrimination?

69. *The principle of non-discrimination requires the prohibition of any unjustified unequal treatment under the law and/or by law, and that all persons have guaranteed equal and effective protection against discrimination on grounds such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.*

#### **3. Equality in law**

Is equality in law guaranteed?

- i. Does the constitution require legislation (including regulations) to respect the principle of equality in law?<sup>54</sup> Does it provide that differentiations have to be objectively justified?
- ii. Can legislation violating the principle of equality be challenged in the court?
- iii. Are there individuals or groups with special legal privileges? Are these exceptions and/or privileges based on a legitimate aim and in conformity with the principle of proportionality?
- iv. Are positive measures expressly provided for the benefit of particular groups, including national minorities, in order to address structural inequalities?

70. *Legislation must respect the principle of equality: it must treat similar situations equally and different situations differently and guarantee equality with respect to any ground of potential discrimination.*

71. *For example, rules on parliamentary immunities, and more specifically on inviolability, "should ... be regulated in a restrictive manner, and it should always be possible to lift such immunity, following clear and impartial procedures. Inviolability, if applied, should be lifted unless justified with reference to the case at hand and proportional and necessary in order to protect the democratic workings of Parliament and the rights of the political opposition".*<sup>55</sup>

72. *"The law should provide that the prohibition of discrimination does not prevent the maintenance or adoption of temporary special measures designed either to prevent or compensate for disadvantages suffered by persons on grounds [of belonging to a particular group], or to facilitate their full participation in all fields of life. These measures should not be continued once the intended objectives have been achieved."*<sup>56</sup>

#### **4. Equality before the law**

Is equality before the law guaranteed?

- i. Does the national legal order clearly provide that the law applies equally to every person irrespective of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or status?<sup>57</sup> Does it provide that differentiations have to be objectively

justified, on the basis of a reasonable aim, and in conformity with the principle of proportionality?<sup>58</sup>

ii. Is there an effective remedy against discriminatory or unequal application of legislation?<sup>59</sup>

*73. The Rule of Law requires the universal subjection of all to the law. It implies that law should be equally applied, and consistently implemented. Equality is however not merely a formal criterion, but should result in substantively equal treatment. To reach that end, differentiations may have to be tolerated and may even be required. For example, affirmative action may be a way to ensure substantive equality in limited circumstances so as to redress past disadvantage or exclusion.<sup>60</sup>*

## **E. Access to justice <sup>61</sup>**

### **1. Independence and impartiality**

#### *a. Independence of the judiciary*

Are there sufficient constitutional and legal guarantees of judicial independence?

- i. Are the basic principles of judicial independence, including objective procedures and criteria for judicial appointments, tenure and discipline and removals, enshrined in the Constitution or ordinary legislation?<sup>62</sup>
- ii. Are judges appointed for life time or until retirement age? Are grounds for removal limited to serious breaches of disciplinary or criminal provisions established by law, or where the judge can no longer perform judicial functions? Is the applicable procedure clearly prescribed in law? Are there legal remedies for the individual judge against a dismissal decision?<sup>63</sup>
- iii. Are the grounds for disciplinary measures clearly defined and are sanctions limited to intentional offences and gross negligence?<sup>64</sup>
- iv. Is an independent body in charge of such procedures?<sup>65</sup>
- v. Is this body not only comprised of judges?
- vi. Are the appointment and promotion of judges based on relevant factors, such as ability, integrity and experience?<sup>66</sup> Are these criteria laid down in law?
- vii. Under which conditions is it possible to transfer judges to another court? Is the consent of the judge to the transfer required? Can the judge appeal the decision of transfer?

- viii. Is there an independent judicial council? Is it grounded in the Constitution or a law on the judiciary?<sup>67</sup> If yes, does it ensure adequate representation of judges as well as lawyers and the public?<sup>68</sup>
- ix. May judges appeal to the judicial council for violation of their independence?
- x. Is the financial autonomy of the judiciary guaranteed? In particular, are sufficient resources allocated to the courts, and is there a specific article in the budget relating to the judiciary, excluding the possibility of reductions by the executive, except if this is done through a general remuneration measure?<sup>69</sup> Does the judiciary or the judicial council have input into the budgetary process?
- xi. Are the tasks of the prosecutors mostly limited to the criminal justice field?<sup>70</sup>
- xii. Is the judiciary perceived as independent? What is the public's perception about possible political influences or manipulations in the appointment and promotion of the judges/prosecutors, as well as on their decisions in individual cases? If it exists, does the judicial council effectively defend judges against undue attacks?
- xiii. Do the judges systematically follow prosecutors' requests ("prosecutorial bias")?
- xiv. Are there fair and sufficient salaries for judges?

*74. The judiciary should be independent. Independence means that the judiciary is free from external pressure, and is not subject to political influence or manipulation, in particular by the executive branch. This requirement is an integral part of the fundamental democratic principle of the separation of powers. Judges should not be subject to political influence or manipulation.*

*75. The European Court of Human Rights highlights four elements of judicial independence: manner of appointment, term of office, the existence of guarantees against outside pressure - including in budgetary matters - and whether the judiciary appears as independent and impartial.<sup>71</sup>*

*76. Limited or renewable terms in office may make judges dependent on the authority which appointed them or has the power to re-appoint them.*

*77. Legislation on dismissal may encourage disguised sanctions.*

78. Offences leading to disciplinary sanctions and their legal consequences should be set out clearly in law. The disciplinary system should fulfil the requirements of procedural fairness by way of a fair hearing and the possibility of appeal(s) (see section II.E.2 below).

79. It is important that the appointment and promotion of judges is not based upon political or personal considerations, and the system should be constantly monitored to ensure that this is so.

80. Though the non-consensual transfer of judges to another court may in some cases be lawfully applied as a sanction, it could also be used as a kind of a politically-motivated tool under the disguise of a sanction.<sup>72</sup> Such transfer is however justified in principle in cases of legitimate institutional reorganisation.

81. “[It] is an appropriate method for guaranteeing the independence of the judiciary that an independent judicial council have decisive influence on decisions on the appointment and career of judges”. Judicial councils “should have a pluralistic composition with a substantial part, if not the majority, of members being judges.”<sup>73</sup> That is the most effective way to ensure that decisions concerning the selection and career of judges are independent from the government and administration.<sup>74</sup> There may however be other acceptable ways to appoint an independent judiciary.

82. Conferring a role on the executive is only permissible in States where these powers are restrained by legal culture and traditions, which have grown over a long time, whereas the involvement of Parliament carries a risk of politicisation.<sup>75</sup> Involving only judges carries the risk of raising a perception of self-protection, self-interest and cronyism. As concerns the composition of the judicial council, both politicisation and corporatism must be avoided.<sup>76</sup> An appropriate balance should be found between judges and lay members.<sup>77</sup> The involvement of other branches of government must not pose threats of undue pressure on the members of the Council and the whole judiciary.<sup>78</sup>

83. Sufficient resources are essential to ensuring judicial independence from State institutions, and private parties, so that the judiciary can perform its duties with integrity and efficiency, thereby fostering public confidence in justice and the Rule of Law<sup>79</sup> Executive power to reduce the judiciary’s budget is one example of how the resources of the judiciary may be placed under undue pressure.

84. The public prosecutor’s office should not be permitted to interfere in judicial cases outside its standard role in the criminal jus-

tice system – e.g. under the model of the “Prokuratura”. Such power would call into question the work of the judiciary and threaten its independence.<sup>80</sup>

85. Benchmarks xii-xiv deal, first of all, with the perception of the independence of the judiciary. The prosecutorial bias is an example of absence of independence, which may be encouraged by the possibility of sanctions in case of “wrong” judgments. Finally, fair and sufficient salaries are a concrete aspect of financial autonomy of the judiciary. They are a means to prevent corruption, which may endanger the independence of the judiciary not only from other branches of government, but also from individuals.<sup>81</sup>

#### b. Independence of individual judges

Are there sufficient constitutional and legal guarantees for the independence of individual judges?

- i. Are judicial activities subject to the supervision of higher courts – outside the appeal framework -, court presidents, the executive or other public bodies?
- ii. Does the Constitution guarantee the right to a competent judge (“natural judge pre-established by law”)?<sup>82</sup>
- iii. Does the law clearly determine which court is competent? Does it set rules to solve any conflicts of competence?
- iv. Does the allocation of cases follow objective and transparent criteria? Is the withdrawal of a judge from a case excluded other than in case a recusal by one of the parties or by the judge him/herself has been declared founded?<sup>83</sup>

86. The independence of individual judges must be ensured, as also must the independence of the judiciary from the legislative and, especially, executive branches of government.

87. The possibility of appealing judgments to a higher court is a common element in judicial systems and must be the only way of review of judges when applying the law. Judges should not be subject to supervision by their colleague-judges, and a fortiori to any executive hierarchical power, exercised for example by civil servants. Such supervision would contravene their individual independence, and consequently violate the Rule of Law<sup>84</sup>.

88. “The guarantee can be understood as having two aspects. One relates to the court as a whole. The other relates to the individual judge or judicial panel dealing with the case. ... It is not enough if only the court (or the judicial branch) competent for a certain case is

*determined in advance. That the order in which the individual judge (or panel of judges) within a court is determined in advance, meaning that it is based on general objective principles, is essential*".<sup>85</sup>

*c. Impartiality of the judiciary*<sup>86</sup>

Are there specific constitutional and legal rules providing for the impartiality of the judiciary?<sup>87</sup>

- i. What is the public's perception of the impartiality of the judiciary and of individual judges?
- ii. Is there corruption in the judiciary? Are specific measures in place against corruption in the judiciary (e.g. a declaration of assets)? What is the public's perception on this issue?<sup>88</sup>

*89. Impartiality of the judiciary must be ensured in practice as well as in the law. The classical formula, as expressed for example by the case-law of the European Court of Human Rights, is that "justice must not only be done, it must also be seen to be done".<sup>89</sup> This implies objective as well as subjective impartiality. The public's perception can assist in assessing whether the judiciary is impartial in practice.*

*90. Declaration of assets is a means of fighting corruption because it can highlight any conflict of interest and possibly lead to scrutiny of any unusual income.<sup>90</sup>*

*d. The prosecution service: autonomy and control*

Is sufficient autonomy of the prosecution service ensured?

- i. Does the office of the public prosecution have sufficient autonomy within the State structure? Does it act on the basis of the law rather than of political expediency?<sup>91</sup>
- ii. Is it permitted that the executive gives specific instructions to the prosecution office on particular cases? If yes, are they reasoned, in writing, and subject to public scrutiny?<sup>92</sup>
- iii. May a senior prosecutor give direct instructions to a lower prosecutor on a particular case? If yes, are they reasoned and in written form?
- iv. Is there a mechanism for a junior prosecutor to contest the validity of the instruction on the basis of the illegal character or improper grounds of the instruction?
- v. Also, can the prosecutor contesting the validity of the instruction request to be replaced?<sup>93</sup>

- vi. Is termination of office permissible only when prosecutors reach the retirement age, or for disciplinary purposes, or, alternatively, are the prosecutors appointed for a relatively long period of time without the possibility of renewal?<sup>94</sup>
- vii. Are these matters and the grounds for dismissal of prosecutors clearly prescribed by law?<sup>95</sup>
- viii. Are there legal remedies for the individual prosecutor against a dismissal decision?<sup>96</sup>
- ix. Is the appointment, transfer and promotion of prosecutors based on objective factors, in particular ability, integrity and experience, and not on political considerations? Are such principles laid down in law?
- x. Are there fair and sufficient salaries for prosecutors?<sup>97</sup>
- xi. Is there a perception that prosecutorial policies allow selective enforcement of the law?
- xii. Is prosecutorial action subject to judicial control?

*91. There is no common standard on the organisation of the prosecution service, especially about the authority required to appoint public prosecutors, or the internal organisation of the public prosecution service. However, sufficient autonomy must be ensured to shield prosecutorial authorities from undue political influence. In conformity with the principle of legality, the public prosecution service must act only on the basis of, and in accordance with, the law.<sup>98</sup> This does not prevent the law from giving prosecutorial authorities some discretion when deciding whether to initiate a criminal procedure or not (opportunity principle).<sup>99</sup>*

*92. Autonomy must also be ensured inside the prosecution service. Prosecutors must not be submitted to strict hierarchical instructions without any discretion, and should be in a position not to apply instructions contradicting the law.*

*93. The concerns relating to the judiciary apply, mutatis mutandis, to the prosecution service, including the importance of assessing legal regulations, as well as practice.*

*94. Here again,<sup>100</sup> sufficient remuneration is an important element of autonomy and a safeguard against corruption.*

*95. Bias on the part of public prosecution services could lead to improper prosecution, or to selective prosecution, in particular of those in, or close to, power. This would jeopardise the implementation of the legal system and is therefore a danger to the Rule of Law. Public perception is essential in identifying such a bias.*

96. *As in other fields, the existence of a legal remedy open to individuals whose rights have been affected is essential to ensuring that the Rule of Law is respected.*

*e. Independence and impartiality of the Bar*

Are the independence and impartiality of the Bar ensured?

- i. Is there a recognised, organised and independent legal profession (Bar)?<sup>101</sup>
- ii. Is there a legal basis for the functioning of the Bar, based on the principles of independence, confidentiality and professional ethics, and the avoidance of conflicts of interests?
- iii. Is access to the Bar regulated in an objective and sufficiently open manner, also as remuneration and legal aid are concerned?
- iv. Are there effective and fair disciplinary procedures at the Bar?
- v. What is the public's perception about the Bar's independence?

97. *The Bar plays a fundamental role in assisting the judicial system. It is therefore crucial that it is organised so as to ensure its independence and proper functioning. This implies that legislation provides for the main features of its independence and that access to the Bar is sufficiently open to make the right to legal counsel effective. Effective and fair criminal and disciplinary proceedings are necessary to ensure the independence and impartiality of the lawyers.*

98. *Professional ethics imply inter alia that "[a] lawyer shall maintain independence and be afforded the protection such independence offers in giving clients unbiased advice and representation"<sup>102</sup>. He or she "shall at all times maintain the highest standards of honesty, integrity and fairness towards the lawyer's clients, the court, colleagues and all those with whom the lawyer comes into professional contact",<sup>103</sup> "shall not assume a position in which a client's interest conflict with those of the lawyer"<sup>102</sup> and "shall treat client interest as paramount".<sup>105</sup>*

**2. Fair trial<sup>106</sup>**

*a. Access to courts*

Do individuals have an effective access to courts?

- i. Locus standi (right to bring an action): Does an individual have an easily accessible and effective opportunity to challenge a private or public act that interferes with his/her rights?<sup>107</sup>

- ii. Is the right to defence guaranteed, including through effective legal assistance?<sup>108</sup> If yes, what is the legal source of this guarantee?
- iii. Is legal aid accessible to parties who do not have sufficient means to pay for legal assistance, when the interests of justice so require?<sup>109</sup>
- iv. Are formal requirements,<sup>110</sup> time-limits<sup>111</sup> and court fees reasonable?<sup>112</sup>
- v. Is access to justice easy in practice?<sup>113</sup> What measures are taken to make it easy?
- vi. Is suitable information on the functioning of the judiciary available to the public?

99. *Individuals are usually not in a position to bring judicial proceedings on their own. Legal assistance is therefore crucial and should be available to everyone. Legal aid should also be provided to those who cannot afford it.*

100. *This question addresses a number of procedural obstacles which may jeopardise access to justice. Excessive formal requirements may lead to even serious and well-grounded cases being declared inadmissible. Their complexity may further necessitate recourse to a lawyer even in straightforward cases with little financial impact. Simplified standardised forms easily accessible to the public should be available to simplify judicial procedures.*

101. *Very short time-limits may in practice prevent individuals from exercising their rights. High fees may discourage a number of individuals, especially those with a low income, from bringing their case to court.*

102. *Responses to the preceding questions concerning procedural obstacles, should enable a preliminary conclusion to be made regarding how access to the court is guaranteed. However, a complete reply should take into account the public's perception on these matters.*

103. *The judiciary should not be perceived as remote from the public and shrouded in mystery. The availability, in particular on the internet, of clear information regarding how to bring a case to court is one way of guaranteeing effective public engagement with the judicial system. Information should be easily accessible to the whole population, including vulnerable groups and also made available in the languages of national minorities and/or migrants. Lower courts should be well-distributed around the country and their court houses easily accessible.*

*b. Presumption of innocence*<sup>114</sup>

- Is the presumption of innocence guaranteed?
- i. Is the presumption of innocence guaranteed by law?
  - ii. Are there clear and fair rules on the burden of proof?
  - iii. Are there legal safeguards which aim at preventing other branches of government from making statements on the guilt of the accused?<sup>115</sup>
  - iv. Is the right to remain silent and not to incriminate oneself nor members of one's family ensured by law and in practice?<sup>116</sup>
  - v. Are there guarantees against excessive pre-trial detention?<sup>117</sup>

*104. The presumption of innocence is essential in ensuring the right to a fair trial. In order for the presumption of innocence to be guaranteed, the burden of proof must be on the prosecution. <sup>118</sup> Rules and practice concerning the required proof have to be clear and fair. The unintentional or purposeful exercise of influence by other branches of government on the competent judicial authority by prejudging the assessment of the facts must be avoided. The same holds good for certain private sources of opinion like the media. Excessive pre-trial detention may be considered as prejudging the accused's guilt. <sup>119</sup>*

*c. Other aspects of the right to a fair trial*

- Are additional fair trial standards enshrined in law and applied in practice?
- i. Is equality of arms guaranteed by law? Is it ensured in practice?<sup>120</sup>
  - ii. Are there rules excluding unlawfully obtained evidence?<sup>121</sup>
  - iii. Are proceedings started and judicial decisions made without undue delay?<sup>122</sup> Is there a remedy against undue lengths of proceedings?<sup>123</sup>
  - iv. Is the right to timely access to court documents and files ensured for litigants?<sup>124</sup>
  - v. Is the right to be heard guaranteed?<sup>125</sup>
  - vi. Are judgments well-reasoned?<sup>126</sup>
  - vii. Are hearings and judgments public except for the cases provided for in Article 6.1 ECHR or for in absentia trials?
  - viii. Are appeal procedures available, in particular in criminal cases?<sup>127</sup>
  - ix. Are court notifications delivered properly and promptly?

*105. The right to appeal against a judicial decision is expressly guaranteed by Article 2 Protocol 7 ECHR and Article 14.5 ICCPR in the criminal field, and by Article 8.2.h ACHR in general. This is a general principle of the Rule of Law often guaranteed at constitutional or legislative level by domestic legislation, in particular in the criminal field. Any court whose decisions cannot be appealed would run the risk of acting arbitrarily.*

*106. All aspects of the right to a fair trial developed above may be inferred from the right to a fair trial as defined in Article 6 ECHR, as elaborated in the case-law of the European Court of Human Rights. They ensure that legal subjects are properly involved in the whole judicial process.*

*d. Effectiveness of judicial decisions*

- Are judicial decisions effective?
- i. Are judgments effectively and promptly executed?<sup>128</sup>
  - ii. Are complaints for non-execution of judgments before national courts and/or the European Court of Human Rights frequent?
  - iii. What is the perception of the effectiveness of judicial decisions by the public?

*107. Judicial decisions are essential to the implementation of the Constitution and of legislation. The right to a fair trial and the Rule of Law in general would be devoid of any substance if judicial decisions were not executed.*

**3. Constitutional justice (if applicable)**

- Is constitutional justice ensured in States which provide for constitutional review (by specialised constitutional courts or by supreme courts)?
- i. Do individuals have effective access to constitutional justice against general acts, i.e., may individuals request constitutional review of the law by direct action or by constitutional objection in ordinary court proceedings?<sup>129</sup> What "interest to sue" is required on their part?
  - ii. Do individuals have effective access to constitutional justice against individual acts which affect them, i.e. may individuals request constitutional review of administrative acts or court decisions through direct action or by constitutional objection?<sup>130</sup>
  - iii. Are Parliament and the executive obliged, when adopting new legislative or regulatory provisions, to take into account the

arguments used by the Constitutional Court or equivalent body? Do they take them into account in practice?

- iv. Do Parliament or the executive fill legislative/regulatory gaps identified by the Constitutional Court or equivalent body within a reasonable time?
- v. Where judgments of ordinary courts are repealed in constitutional complaint proceedings, are the cases re-opened and settled by the ordinary courts taking into account the arguments used by the Constitutional Court or equivalent body?<sup>131</sup>
- vi. If constitutional judges are elected by Parliament, is there a requirement for a qualified majority<sup>132</sup> and other safeguards for a balanced composition?<sup>133</sup>
- vii. Is there an ex ante control of constitutionality by the executive and/or legislative branches of government?

108. *The Venice Commission usually recommends providing for a constitutional court or equivalent body. What is essential is an effective guarantee of the conformity of governmental action, including legislation, with the Constitution. There may be other ways to ensure such conformity. For example, Finnish law provides at the same time for a priori review of constitutionality by the Constitutional Law Committee and for a posteriori judicial control in case the application of a statutory provision would lead to an evident conflict with the Constitution. In the specific national context, this has proven sufficient.*<sup>134</sup>

109. *Full judicial review of constitutionality is indeed the most effective means to ensure respect for the Constitution, and includes a number of aspects which are set out in detail above. First, the question of locus standi is very important: leaving the possibility to ask for a review of constitutionality only to the legislative or executive branch of government may severely limit the number of cases and therefore the scope of the review. Individual access to constitutional jurisdiction has therefore been developed in a vast majority of countries, at least in Europe.*<sup>135</sup> *Such access may be direct or indirect (by way of an objection raised before an ordinary court, which refers the issue to the constitutional court)*<sup>136</sup> *Second, there should be no limitation as to the kinds of acts which can be submitted to constitutional review: it must be possible to do so for (general) normative as well as for individual (administrative or judicial) acts. However, an individual interest may be required on the part of a private applicant.*

110. *The right to a fair trial imposes the implementation of all courts' decisions, including those of the constitutional jurisdiction. The mere cancellation of legislation violating the Constitution is not sufficient to eliminate every effect of a violation, and would at any rate be impossible in cases of unconstitutional legislative omission.*

111. *This is why this document underlines the importance of Parliament adopting legislation in line with the decision of the Constitutional Court or equivalent body.*<sup>137</sup> *What was said about the legislator and the executive is also true for courts: they have to remedy the cases where the constitutional jurisdiction found unconstitutionality, on the basis of the latter's arguments.*

112. *"The legitimacy of a constitutional jurisdiction and society's acceptance of its decisions may depend very heavily on the extent of the court's consideration of the different social values at stake, even though such values are generally superseded in favour of common values. To this end, a balance which ensures respect for different sensibilities must be entrenched in the rules of composition of these jurisdictions".*<sup>138</sup> *A qualified majority implies a political compromise and is a way to ensure a balanced composition when no party or coalition has such a majority.*

113. *Even in States where ex post control by a constitutional or supreme court is possible, ex ante control by the executive or legislative branch of government helps preventing unconstitutionality.*

#### F. Examples of particular challenges to the Rule of Law

114. There are many examples where particular actions and decisions offend the Rule of Law. However, because they are topical and pervasive at the time of the drafting of this document, two such examples are presented in this section: corruption and conflict of interest; and collection of data and surveillance.

### 1. Corruption<sup>139</sup> and conflict of interest

#### a. Preventive measures

What are the preventive measures taken against corruption?

- i. In the exercise of public duties, are specific rules of conduct applicable to public officials? Do these rules take into account:
  - (1) the promotion of integrity in public life by means of general duties (impartiality and neutrality etc.);
  - (2) restrictions on gifts and other benefits;
  - (3) safeguards with respect to the use of public resources and information which is not meant to be public;
  - (4) regulations on contacts with third parties and persons seeking to influence a public decision including governmental and parliamentary work?
- ii. Are there rules aimed at preventing conflicts of interest in decision-making by public officials, e.g. by requiring disclosure of any conflicts in advance?
- iii. Are all categories of public officials covered by the above measures, e.g. civil servants, elected or appointed senior officials at State and local levels, judges and other holders of judicial functions, prosecutors etc?
- iv. Are certain categories of public officials subject to a system of disclosure of income, assets and interests, or to further requirements at the beginning and the end of a public office or mandate e.g. specific integrity requirements for appointment, professional disqualifications, post-employment restrictions (to limit revolving doors or so-called “pantouflage”)?
- iv. Have specific preventative measures been taken in specific sectors which are exposed to high risks of corruption, e.g. to ensure an adequate level of transparency and supervision over public tenders, and the financing of political parties and election campaigns?

#### b. Criminal law measures

- What are the criminal law measures taken against corruption?
- i. To what extent does bribery involving a public official constitute an offence?
  - ii. Is corruption defined in policy documents or other texts, in conformity with international standards? Are there criminal law provisions aimed at preserving public integrity, e.g. trading in influence, abuse of office, breach of official duties?
  - iii. Which public officials are within the scope of such measures, e.g. civil servants, elected or appointed senior officials including the head of State and members of government and public assemblies, judges and other holders of judicial functions, prosecutors etc?
  - iv. What consequences are attached to convictions for corruption-related offences? Do these include additional consequences such as exclusion from a public office or confiscation of profits?

#### c. Effective compliance with, and implementation of preventive and repressive measures

- How is effective compliance with the above measures ensured?
- i. How is the overall level of compliance with anti-corruption measures and policies perceived domestically?
  - ii. Does the State comply with the results of international monitoring in this field?
  - iii. Are effective, proportionate and dissuasive criminal and administrative sanctions provided for corruption-related acts and non-compliance with preventive mechanisms?
  - iii. Are the bodies responsible for combating corruption and preserving public sector integrity provided with adequate resources, including investigative powers, personnel and financial support? Do these bodies enjoy sufficient operational independence from the executive and the legislature?<sup>140</sup>
  - iv. Are measures in place to make the above bodies accessible to individuals and to encourage disclosure of possible corrupt acts, notably reporting hotlines and a policy on whistle-blowers<sup>141</sup> which offers protection against retaliation in the workplace and other negative consequences?
  - v. Does the State itself assess the effectiveness of its anti-corruption policies, and is adequate corrective action taken when necessary?

- vi. Have any phenomena been observed in practice, which would undermine the effectiveness or integrity of anti-corruption efforts, e.g. manipulation of the legislative process, non-compliance and non-enforcement of court decisions and sanctions, immunities, interference with the enforcement efforts of anti-corruption and other responsible bodies – including political intimidation, instrumentalisation of certain public institutions, intimidation of journalists and members of civil society who report on corruption?

115. *Corruption leads to arbitrariness and abuse of powers since decisions will not be made in line with the law, which will lead to decisions being arbitrary in nature. Moreover, corruption may offend equal application of the law: it therefore undermines the very foundations of the Rule of Law. Although all three branches of powers are concerned, corruption is a particular concern for the judiciary, prosecutorial and law enforcement bodies, which play an instrumental role in safeguarding the effectiveness of anti-corruption efforts. Preventing and sanctioning corruption-related acts are important elements of anti-corruption measures, which are addressed in a variety of international conventions and other instruments.*<sup>142</sup>

116. *Preventing conflicts of interest is an important element of the fight against corruption. A conflict of interest may arise where a public official has a private interest (which may involve a third person, e.g. a relative or spouse) liable to influence, or appearing to influence, the impartial and objective performance of his or her official duties.*<sup>143</sup> *The issue of conflicts of interest is addressed in international conventions and soft law.*<sup>144</sup> *Legislation on lobbying and the control of campaign finance may also contribute to preventing and sanctioning conflicts of interest.*<sup>145</sup>

## 2. Collection of data and surveillance

### a. Collection and processing of personal data

How is personal data protection ensured?

- i. Are personal data undergoing automatic processing sufficiently protected with regard to their collection, storing and processing by the State as well as by private actors? What are the safeguards to secure that personal data are:
- processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject (“lawfulness, fairness and transparency”);

- collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes (“purpose limitation”)?
  - adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed (“data minimisation”)?
  - accurate and, where necessary, kept up to date (“accuracy”)?
  - kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed (“storage limitation”);
  - processed in a way that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage (“integrity and confidentiality”)?<sup>146</sup>
- iii. Is the data subject provided at least with information on:
- the existence of an automated personal data file, its main purposes;
  - the identity and the contact details of the controller and of the data protection officer;
  - the purposes of the processing for which the personal data are intended;
  - the period for which the personal data will be stored;
  - the existence of the right to request from the controller access to and rectification or erasure of the personal data concerning the data subject or to object to the processing of such personal data;
  - the right to lodge a complaint to the supervisory authority and the contact details of the supervisory authority; the recipients or categories of recipients of the personal data;
  - where the personal data are not collected from the data subject, from which source the personal data originate;
  - any further information necessary to guarantee fair processing in respect of the data subject.<sup>147</sup>
- iii. Does a specific independent authority ensure compliance with the legal conditions under domestic law giving effect to the international principles and requirements with regard to the protection of individuals and of personal data?<sup>148</sup>
- iv. Are effective remedies provided for alleged violations of individual rights by collection of data?<sup>149</sup>

117. *The increasing use of information technology has made the collection of data possible to an extent which was unthinkable in the past. This has led to the development of national and international legal protection of individuals with regard to automatic processing of personal information relating to them. The most important requirements of such protection are enumerated above. These are also applicable mutatis mutandis to data processing for security purposes.*

*b. Targeted surveillance*

What are the guarantees against abuse of targeted surveillance?

- i. Is there a mandate in the primary legislation and is it restricted by principles like the principle of proportionality?
- ii. Are there norms providing for procedural controls and oversight?
- iii. Is an authorisation by a judge or an independent body required?
- iv. Are there sufficient legal remedies available for an alleged violation of individual rights?<sup>150</sup>

118. *Surveillance may seriously infringe the right to private life. The developments of technical means make it easier and easier to use. Ensuring that it does not provide the State an unlimited power to control the life of individuals is therefore crucial.*

119. *Targeted surveillance must be understood as covert collection of conversations by technical means, covert collection of telecommunications and covert collection of metadata.*<sup>151</sup>

*c. Strategic surveillance*

What are the legal provisions related to strategic surveillance which guarantee against abuse?

- i. Are the main elements of strategic surveillance regulated in statute form, including the definition of the agencies which are authorised to collect such intelligence, the detailed purposes for which strategic surveillance can be collected and the limits, including the principle of proportionality, which apply to the collection, retention and dissemination of the data collected?<sup>152</sup>
- ii. Does the legislation extend data protection/privacy also to non-citizens/non-residents?
- iii. Is strategic surveillance submitted to preventive judicial or independent authorisation? Are there independent review and oversight mechanisms in place?<sup>153</sup>
- iv. Are effective remedies provided for alleged violations of individual rights by strategic surveillance?<sup>154</sup>

120. *Signals intelligence must be understood as means and methods for the interception of radio – including satellite and cell phone and cable-borne communications.*<sup>155</sup>

121. *“One of the most important developments of intelligence oversight in recent years has been that signals intelligence... can now involve monitoring “ordinary telecommunications” (it is “surveillance”) and it has a much greater potential for affecting human rights.”*<sup>156</sup>

*d. Video surveillance*

What are the guarantees against abuse of video surveillance, especially of public places?<sup>157</sup>

- i. Is video surveillance performed on grounds of security or safety requirements, or for the prevention and control of criminal offences, and submitted in law and in practice to the requirements laid down in Article 8 ECHR?<sup>158</sup>
- ii. Are people notified of their being surveyed in places accessible to the public?
- iii. Do people have access to any video surveillance that may relate to them?

### III. SELECTED STANDARDS

#### III.a. General Rule of Law Standards

##### 1. Hard Law

Council of Europe, European Convention on Human Rights (1950)  
<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>

European Union (EU), Charter of Fundamental Rights of the EU (2009)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2010.083.01.0389.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0389.01.ENG)

United Nations (UN), International Covenant on Civil and Political Rights (1966) (ICCPR) <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3aa0.pdf>

Council of Europe, Statute of the Council of Europe, Preamble (1949)  
<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001>

OAS, American Convention on Human Rights ('Pact of San Jose') (1969)

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

African Union (AU), Constitutive Act

[http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct\\_EN.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf)

African Union (AU) Charter on Democracy, Elections and Governance (2007), Article 3

[http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN\\_CHARTER\\_ON\\_DEMOCRACY\\_ELECTIONS\\_AND\\_GOVERNANCE.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf)

##### 2. Soft Law

###### a. Council of Europe

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law, CDL-AD (2011)003rev

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

Council of Europe Committee of Ministers, 'The Council of Europe and the Rule of Law', CM(2008)170

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170_en.pdf)

The European Commission for the Efficiency of Justice's Evaluation of European Judicial Systems project

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes6S\\_uivi\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes6S_uivi_en.pdf)

###### b. European Union

EU, Justice Scoreboard (ongoing annual reports)

[http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm)

Communication from the European Commission to the European Parliament and the Council, 'A new EU Framework to strengthen the Rule of Law', COM(2014) 158 final/2.

[http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com\\_2014\\_158\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2014_158_en.pdf)

Council of the EU, Conclusions on fundamental rights and rule of law and on the Commission 2012 Report on the Application of the Charter of Fundamental

Rights of the European Union (2013)  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf)

EU Accession Criteria ('Copenhagen Criteria')

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_DOC-93-3\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-93-3_en.htm?locale=en)

###### c. Other International Organisations

Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE, now OSCE), Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE ("the Copenhagen document") (1989)

<http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true>

Organization for Security and Co-operation in Europe, Decision No. 7/08, 'Further strengthening the rule of law in the OSCE area' (2008).

<http://www.osce.org/mc/35494?download=true>

Organization of American States (OAS), Inter-American Democratic Charter (2001), [http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic_Charter.htm)

Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE, now OSCE), Document of the Moscow meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE ("the Moscow document") (1991)

<http://www.osce.org/odihr/elections/14310?download=true>

###### d. Rule of Law Indicators

World Justice Project Rule of Law Index

[http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp\\_rule\\_of\\_law\\_index\\_2014\\_report.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf)

Vera-Altus Rule of Law Indicators

[http://www.altus.org/pdf/dimrol\\_en.pdf](http://www.altus.org/pdf/dimrol_en.pdf)

The United Nations Rule of Law Indicators

[http://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un\\_rule\\_of\\_law\\_indicators.pdf](http://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un_rule_of_law_indicators.pdf)

World Bank's World Governance Indicators

<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>

### III.b. Standards relating to the Benchmarks

#### A. Legality

##### 1. Hard Law

ECHR Articles 6ff, in particular 6.1, 7, 8.2, 9.2, 10.2 and 11.2

EU, Charter of Fundamental Rights of the EU (2009), Article 49 (concerning the principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties)

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

UN, ICCPR Articles 14ff, in particular 14.1, 15, 18.3, 19.3, 21; 22.3

UN, International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 4 (emergency derogations must be strict), 15 (nullum crimen, nullum poena)

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3aa0.pdf>

UN, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990), Articles 16(4), 19

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Article 22

[http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf)

AU Charter on Democracy, Elections and Governance (2007), Article 10

[http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN\\_CHARTER\\_ON\\_DEMOCRACY\\_ELECTIONS\\_AND\\_GOVERNANCE.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf)

OAS, American Convention on Human Rights ('Pact of San Jose') (1969), Article 27

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

##### 2. Soft Law

UN, Universal Declaration of Human Rights (1948), Article 11(2) (concerning criminal offences and penalties)

<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

Organization of American States (OAS), American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), Article XXV (protection from arbitrary arrest)

<http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf>

Commonwealth (Latimer House) Principles on the Accountability of and the Relationship Between the Three Branches of Government (1998), Principles II, VIII

<http://www.cmja.org/downloads/latimerhouse/comm-printhreearms.pdf>

Charter of the Commonwealth (2013), Sections VI, VIII

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/page/documents/CharteroftheCommonwealth.pdf>

Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Human Rights Declaration (2012), para 20(2)

Available at <http://aichr.org/documents>

#### B. Legal certainty

##### 1. Hard Law

ECHR Articles 6ff, in particular 6.1, 7, 8.2, 9.2, 10.2 and 11.2

OAS, American Convention on Human Rights ('Pact of San Jose') (1969), Article 9

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

AU, African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter) (1981), Article 7(2)

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

League of Arab States (LAS), Arab Charter on Human Rights (Revised) (2004), Article 16

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>

##### 2. Soft Law

UN, Universal Declaration of Human Rights (1948), Article 11  
<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

UN, Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (2012), para 8

[http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=192](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192)

ASEAN, Human Rights Declaration (2012), para 20(3)

Available at <http://aichr.org/documents>

**C. Prevention of abuse of powers**

**1. Hard Law**

UN, International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Article 17 (interference with freedoms)

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

UN, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990), Articles 14 (interference with freedoms), 15 (deprivation of property)

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

UN, Convention on the Rights of the Child (1989), Article 37(b) (arbitrary arrest or detention)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

AU, African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter) (1981), Article 14

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

**2. Soft Law**

Council of Europe Committee of Ministers, 'The Council of Europe and the Rule of Law', CM(2008)170, section 46

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170_en.pdf)

UN, Universal Declaration of Human Rights (1948), Articles 9, 12, 17 <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

Commonwealth (Latimer House) Principles on the Accountability of and the Relationship Between the Three Branches of Government (1998), Principle VII

<http://www.cmja.org/downloads/latimerhouse/comm-printhreearms.pdf>

ASEAN Human Rights Declaration (2012), paras 11-12, 21 (arbitrary deprivations of life, liberty, privacy)

Available at <http://aichr.org/documents>

**D. Equality before the law and non-discrimination**

**1. Hard Law**

*a. Council of Europe*

ECHR (1950), Article 14

*b. European Union*

Charter of Fundamental Rights of the EU (2009), Articles 20-21

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

EU Equality Directives, including Council Directive 2000/78/EC

of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation and Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin

*c. Other international organisations*

UN, International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Articles 2, 14(1), 26 (equality before courts and tribunals)

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

UN, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) (1969), especially Article 5

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

UN, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990), Articles 1, 7, 18

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

UN, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), Article 3

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

UN, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) (1979)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

UN, Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) (2006)

<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

UN, Convention on the Rights of the Child (1989), Article 2

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

International Committee of the Red Cross and Red Crescent Societies, Geneva Conventions (1949), Common Article 3

<https://www.icrc.org/ihl/WebART/375-590006>

AU, African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter) (1981), Articles 3, 19

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

AU Charter on Democracy, Elections and Governance (2007), Article 8

[http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN\\_CHARTER\\_ON\\_DEMOCRACY\\_ELECTIONS\\_AND\\_GOVERNANCE.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf)

OAS, American Convention on Human Rights ('Pact of San Jose') (1969), Articles 3, 24

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

LAS, Arab Charter on Human Rights (Revised) (2004), Articles 2, 9  
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>

## 2. Soft Law

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member States on good administration, Article 3

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877>

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the scope and lifting of parliamentary immunities, CDL-AD(2014)011

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-e)

UN, Universal Declaration of Human Rights (1948), Articles 1, 2, 6-7, 16-17, 22-23

<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

UN Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (2012), sections 12, 14

[http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=192](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192)

UN Human Rights Committee, General Comment No. 32 (2007), Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial  
<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom32.html>

The Commonwealth, Harare Commonwealth Declaration (1991), para 4

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Harare%20Commonwealth%20Declaration%201991.pdf>

The Commonwealth, Singapore Declaration of Commonwealth Principles (1971), Principle 6

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Singapore%20Declaration.pdf>

ASEAN, Human Rights Declaration (2012), paras 2, 7-9

Available at <http://aichr.org/documents>

OAS, American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), Articles II, XVII

<http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf>

OAS, Inter-American Democratic Charter (2001), Article 9  
[http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democractic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democractic_Charter.htm)

South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC), Charter of Democracy (2011)  
<http://saarc-sec.org/SAARC-Charter-of-Democracy/88/>

## E. Access to justice

### 1. Hard Law

ECHR (1950), Article 6

Charter of Fundamental Rights of the EU (2009), Articles 41, 47, 48, 50

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1455724770445&uri=CELEX:32010L0064>

Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1455724843769&uri=CELEX:32012L0013>

Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1455724901649&uri=CELEX:32013L0048>

UN, International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Articles 9, 14

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

UN, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1969), Article 6

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

UN, Convention on the Rights of the Child (1989), Articles 12(2), 40

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

UN, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990), Articles 16, 18  
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

Rome Statute of the International Criminal Court (1998), Article 55

[http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf)

OAS, American Convention on Human Rights ('Pact of San Jose') (1969), Articles 8, 25

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

LAS, Arab Charter on Human Rights (Revised) (2004), Articles 7, 9

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>

LAS, The Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation (1983), Articles 3-4

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38d8.html>

## 2. Soft Law

### a. Council of Europe

Council of Europe Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, CDL-AD(2010)004

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)

Venice Commission, Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II - the Prosecution Service, CDL-AD(2010)040

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)040-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e)

Venice Commission, Report on Judicial Appointments, CDL-AD(2007)028

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282007%29028-e>

Venice Commission, Compilation of Venice Commission opinions, reports and studies on Constitutional Justice, CDL-PI(2015)002

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29002-e>

Venice Commission, Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Prosecutors, CDL-PI(2015)009

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29009-e>

Venice Commission, Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges, CDL-PI(2015)001

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29001-e>

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(94)12 of the Committee of Ministers to member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges (1994)

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=524871&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member States on judges: independence, efficiency and responsibilities

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecution in the criminal justice system

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2719990&SecMode=1&DocId=366374&Usage=2>

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2012)11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1979395&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Consultative Council of European Judges (CCJE), Opinion No. 1 on standards concerning the independence of the judiciary and the irremovability of judges (2001)

[https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201_EN.pdf)

Council of Europe, Recommendation No. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=380771&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

### b. European Union

European Network of Councils for the Judiciary, Dublin Declaration on Standards for the Recruitment and Appointment of Members of the Judiciary (2012)

[http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj\\_dublin\\_declaration\\_def\\_dclaration\\_de\\_dublin\\_recj\\_def.pdf](http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj_dublin_declaration_def_dclaration_de_dublin_recj_def.pdf)

European Network of Councils for the Judiciary, Judicial Ethics: Principles, Values and Qualities (2010)

<http://encj.eu/images/stories/pdf/ethics/judicialethicsdeontologiefinal.pdf>

European Network of Councils for the Judiciary, Resolution on Transparency and Access to Justice (2009)

[http://encj.eu/images/stories/pdf/opinions/resolution-bucharest29may\\_final.pdf](http://encj.eu/images/stories/pdf/opinions/resolution-bucharest29may_final.pdf)

Council of Bars and Law Societies in Europe, Charter of Core Principles of the European Legal Profession (2006) and Code of Conduct for European Lawyers (1988, latest amendment 2006)

[http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/EN\\_CCBE\\_CoCpdf1\\_1382973057.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf)

European Association of Judges, Judges' Charter in Europe (1997)  
<http://www.richtervereinigung.at/international/eurojus1/eurojus15a.htm>

*c. United Nations*

UN, Universal Declaration of Human Rights (1948), Articles 8, 10

<http://www.un.org/en/documents/udhr/>

UN Human Rights Council Resolution 25/4, Integrity of the judicial system (2014)

[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/25/4](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/25/4)

UN Human Rights Council, Resolution 23/6, Independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers (2013)

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/148/94/PDF/G1314894.pdf?OpenElement>

UN Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels (2012), para 13

[http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=192](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192)

UN Human Rights Committee, General Comment No. 32 (2007), Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom32.html>

UN Office on Drugs and Crime Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, The Bangalore Principles of Judicial Conduct (2002)

[http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf)

UN OHCHR, Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles) (1993), section 2 (Composition and guarantees of independence and pluralism)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>

UN Basic Principles on the Role of Lawyers (welcomed by General Assembly resolution 45/166, 1990)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>

UN Guidelines on the Role of Prosecutors (welcomed by General Assembly resolution 45/166, 1990)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>

UN Draft Universal Declaration on the Independence of Justice ("Singhvi Declaration") (referenced by UN Commission on Human Rights, resolution 1989/32)

<http://www.icj.wplengine.net/dna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/03/SR-Independence-of-Judges-and-Lawyers-Draft-universal-declaration-independence-justice-Singhvi-Declaration-instruments-1989-eng.pdf>

UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary (endorsed by General Assembly resolutions 40/32 and 40/146, 1985)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>

United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems

[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN\\_principles\\_and\\_guidelines\\_on\\_access\\_to\\_legal\\_aid.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf)

International Association of Prosecutors, Standards of professional responsibility and Statement of the essential duties and rights of prosecutors (1999)

[http://www.iap-association.org/getattachment/34e49dfd5db-4598-91da-16183bb12418/Standards\\_English.aspx](http://www.iap-association.org/getattachment/34e49dfd5db-4598-91da-16183bb12418/Standards_English.aspx)

OSCE Ministerial Council Decision No. 12/05 on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Criminal Justice Systems (Ljubljana)

<http://www.osce.org/mc/17347?download=true>

OSCE, Brussels Declaration on Criminal Justice Systems (2006)

<http://www.osce.org/mc/23017?download=true>

*d. The Commonwealth of Nations*

Charter of the Commonwealth (2013), section 7

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/page/documents/CharteroftheCommonwealth.pdf>

Commonwealth (Latimer House) Principles on the Accountability of and the Relationship Between the Three Branches of Government (2003), Principles III-VI

<http://www.cmja.org/downloads/latimerhouse/comm-printhreearms.pdf>

Harare Commonwealth Declaration (1991), para 4

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Harare%20Commonwealth%20Declaration%201991.pdf>

Limassol Conclusions on Combating Corruption within the Judiciary (2002)

<http://www.cmja.org/downloads/limassolconclusionwith-annexe.pdf>

*e. Organization for Security and Co-operation in Europe*

Organization for Security and Co-operation in Europe, Office for Democratic Institutions and Human Rights, 'Kyiv Recommendations on Judicial Independence in Eastern Europe, South Caucasus and Central Asia: Judicial Administration, Selection and Accountability' (2010)

<http://www.osce.org/odihr/KyivRec?download=true>

Organization for Security and Co-operation in Europe, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Legal Digest of International Fair Trial Rights, <http://www.osce.org/odihr/94214>.

*f. Other International Organisations*

OAS, American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), Articles XVII, XXVI

<http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf>

OAS, Inter-American Democratic Charter (2001), Articles 2-4 [http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic_Charter.htm)

African Union (AU), Constitutive Act (2000), Article 4(m)

[http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct\\_EN.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf)

AU, African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter) (1981), Articles 7, 26

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

ASEAN, Human Rights Declaration (2012), para 5

Available at <http://aichr.org/documents>

SAARC, Charter of Democracy (2011)

<http://saarc-sec.org/SAARC-Charter-of-Democracy/88/>

*g. Other*

American Bar Association Rule of Law Initiative – Arab Council for Judicial and Legal Studies, Justice Sector Benchmarks – A User's Guide for Civil Society Organizations

<http://www.albersconsulting.eu/justicebenchmarks.html>

The Appointment, Tenure and Removal of Judges under Commonwealth Principles: A Compendium and Analysis of Best Practice (J. van Zyl Smit, Report of Research Undertaken by Bingham Centre for the Rule of Law) (2015)

[http://www.biicl.org/documents/689\\_bingham\\_centre\\_compendium.pdf](http://www.biicl.org/documents/689_bingham_centre_compendium.pdf)

Bingham Center for the Rule of Law, Cape Town Principles on the Role of Independent Commissions in the Selection and Appointment of Judges (2016)

[http://www.biicl.org/documents/868\\_cape\\_town\\_principles\\_-\\_february\\_2016.pdf](http://www.biicl.org/documents/868_cape_town_principles_-_february_2016.pdf)

**F. Examples of particular challenges to the Rule of Law**

**1. Hard Law**

*a. Corruption*

Council of Europe, Criminal Convention against Corruption, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>

Council of Europe, Civil Convention on Corruption, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>

Council of Europe, Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/191>

UN, Convention Against Corruption (2003)

<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

OAS, Inter-American Convention against Corruption (1996)

<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>

*b. Collection of data and surveillance*

Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>

European Union, Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

**2. Soft Law***a. Corruption*

Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2000)10 of the Committee of Ministers to members States on codes of conduct for public officials,

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=353945&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

CM/Res (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593789&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Group of States Against Corruption (GRECO), Immunities of public officials as possible obstacles in the fight against corruption, in Lessons learned from the three Evaluation Rounds (2000-2010) - Thematic Articles

[https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium\\_Thematic\\_Articles\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium_Thematic_Articles_EN.pdf)

European Union, regular EU-Anti Corruption report, e.g. COM(2014) 38 final as of 3 February 2015

*b. Collection of data and surveillance*

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on Video Surveillance in Public Places by Public Authorities and the Protection of Human Rights, CDL-AD(2007)014

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282007%29014-e>

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Report on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies, CDL-AD(2015)011

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282015%29011-e>

- 1 See, for example, FRA (Fundamental Rights Agency) (2016), Fundamental rights: challenges and achievements in 2015 – FRA Annual report 2013, Luxembourg, Publications Office of the European Union (Publications Office), Chapter 7 (upcoming).
- 2 Cf. CDL-AD(2011)003rev, § 30ff.
- 3 CDL-AD(2011)003rev.
- 4 See Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Motion for a resolution presented by Mr Holovaty and others, The principle of the rule of law, Doc. 10180, § 10. In this context, see also the Copenhagen document of the CSCE, para. 2: “[participating States] consider that the rule of law does not mean merely a formal legality which assures regularity and consistency in the achievement and enforcement of democratic order, but justice based on the recognition and full acceptance of the supreme value of the human personality and guaranteed by institutions providing a framework for its fullest expression.”
- 5 Tom Bingham, *The Rule of Law* (2010).
- 6 Council conclusions on fundamental rights and rule of law and on the Commission 2012 Report on the Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Justice and Home Affairs Council Meeting, Luxembourg, 6-7 June 2013, part c, available at: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf).
- 7 Communication from the European Commission to the European Parliament and the Council, ‘A new EU Framework to strengthen the Rule of Law’, COM(2014) 158 final/2, [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com\\_2014\\_158\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2014_158_en.pdf).
- 8 This document is a joint publication of the United Nations Department of Peacekeeping Operations (DPKO) and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR).
- 9 See FRA (2014), An EU internal strategic framework for fundamental rights: joining fundamental rights: joining forces to achieve better results. Luxembourg, Publications Office of the European Union (Publications Office).
- 10 On the issue, see in particular the Report on the Rule of Law adopted by the Venice Commission, CDL-AD(2011)003rev, § 59-61. The report also underlines (§ 41) that “[a] consensus can now be found for the necessary elements of the Rule of Law as well as those of the Rechtsstaat which are not only formal but also substantial or material” (emphasis added).
- 11 Rule of Law. A Guide for Politicians, HIIL, Lund/The Hague, 2012, p. 6.
- 12 Venice Commission Report on the Rule of Law, CDL-AD(2011)003rev, § 37.
- 13 See for example ECtHR, *Centro Europe 7 and di Stefano v. Italy*, 38433/09, 7 June 2012, § 134, 156; *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08, 12 January 2016, § 52ff.

- 14 See ECtHR, *Sylvester v. Austria*, 36812/97 and 40104/98, 24 April 2003, § 63; *P.P. v. Poland*, 8677/03, 8 January 2008, § 88.
- 15 As Rule of Law guarantees apply not only to human rights law but to all laws.
- 16 The principle of legality is explicitly recognised as an aspect of the Rule of Law by the European Court of Justice, see ECJ, C-496/99 P, *Commission v. CAS Succhi di Frutta*, 29 April 2004, § 63.
- 17 This results from the principle of separation of powers, which also limits the discretion of the executive: cf. CM(2008)170, *The Council of Europe and the Rule of Law*, § 46.
- 18 The Venice Commission is in principle favourable to full review of constitutionality, but a proper implementation of the Constitution is sufficient: cf. CDL-AD(2008)010, *Opinion on the Constitution of Finland*, § 115ff. See especially the section on Constitutional Justice (II.E.3).
- 19 On the hierarchy of norms, see CDL-JU(2013)020, *Memorandum – Conference on the European standards of Rule of Law and the scope of discretion of powers in the member States of the Council of Europe (Yerevan, Armenia, 3-5 July 2013)*.
- 20 The reference to « law » for acts and decisions affecting human rights is to be found in a number of provisions of the European Convention on Human Rights, including Article 6.1, 7 and Articles 8.2, 9.2, 10.2 and 11.2 concerning restrictions to fundamental freedoms. See, among many other authorities, ECtHR *Amann v. Switzerland*, 27798/95, 16 February 2000, § 47ff; *Slivenko v. Latvia*, 48321/99, 9 October 2003, § 100; *X. v. Latvia*, 27853/09, 26 November 2013, § 58; *Kurić and Others v. Slovenia*, 26828/06, 12 March 2014, § 341.
- 21 Discretionary power is, of course, permissible, but must be controlled. See below II.C.1.
- 22 Cf. below II.A.8.
- 23 For a recent reference to positive obligations of the State to ensure the fundamental rights of individuals vis-à-vis private actors, see ECtHR *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08, 12 January 2016, § 52ff (concerning Article 8 ECHR).
- 24 Law “comprises statute law as well as case-law”, ECtHR *Achour v. France*, 67335/01, 29 March 2006, § 42; cf. *Kononov v. Latvia [GC]*, 36376/04, 17 May 2010, § 185.
- 25 ECtHR *The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)*, 6538/74, 26 April 1979, § 46ff. On the conditions of accessibility and foreseeability, see, e.g., ECtHR *Kurić and Others v. Slovenia*, 26828/06, 26 June 2012, § 341ff; *Amann v. Switzerland*, 27798/95, 16 February 2000, § 50; *Slivenko v. Latvia*, 48321/99, 9 October 2003, § 100. The Court of the European Union considers that the principles of legal certainty and legitimate expectations imply that “the effect of Community legislation must be clear and expectable to those who are subject to it”: ECJ, 212 to 217/80, *Amministrazione delle finanze dello Stato v. SRL Meridionale Industria Salumi and Others*, 12 November

- 1981, § 10; or “that legislation be clear and precise and that its application be foreseeable for all interested parties”: CJEU, C-585/13, *Europäisch-Iranische Handelsbank AG v. Council of the European Union*, 5 March 2015, § 93; cf. ECJ, C-325/91, *France v Commission*, 16 June 1993, § 26. For more details, see II.B (legal certainty).
- 26 Cf. Article 26 (*pacta sunt servanda*) and Article 27 (internal law and observance of treaties) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties; CDL-STD(1993)006, *The relationship between international and domestic law*, § 3.6 (treaties), 4.9 (international custom), 5.5 (decisions of international organisations), 6.4 (international judgments and rulings); CDL-AD(2014)036, *Report on the Implementation of Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts*, § 50.
- 27 Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; see also Article 46 (Provisions of internal law regarding the competence to conclude treaties).
- 28 See Article 80 of the German Constitution; Article 76 of the Italian Constitution; Article 92 of the Constitution of Poland; Article 290.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which States that “[the] essential elements of an area shall be reserved for the legislative act and accordingly shall not be the subject of a delegation of power”.
- 29 ECtHR *Sunday Times*, above note 25.
- 30 On the need to clarify and streamline legislative procedures, see e.g. CDL-AD(2012)026, § 79; cf. CDL-AD(2002)012, *Opinion on the draft revision of the Romanian Constitution*, § 38ff.
- 31 According to the European Court of Human Rights, exacting and pertinent review of (draft) legislation, not only a posteriori by the judiciary, but also a priori by the legislature, makes restrictions to fundamental rights guaranteed by the Convention more easily justifiable: ECtHR *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, 48876/08, 22 April 2013, §106ff.
- 32 UN Human Rights Committee, General Comment No. 25 (1996), Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote) - The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service, – provides that “[citizens] also take part in the conduct of public affairs by exerting influence through public debate” (§ 8). Available at [http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=453883fc22&skip=0&query=general comment 25](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=453883fc22&skip=0&query=general%20comment%2025). The CSCE Copenhagen Document provides that legislation is “adopted at the end of a public procedure” and the 1991 Moscow Document (<http://www.osce.org/odihr/elections/14310>) states that “[Legislation] will be formulated and adopted as the result of an open process” (§ 18.1).
- 33 ECtHR *Hatton v. the United Kingdom*, 36022/97, 8 July 2003, § 128: “A governmental decision-making process concerning complex issues of environmental and economic policy such as in the present case must necessarily involve appropriate investigations and studies in order to allow them to strike

- a fair balance between the various conflicting interests at stake.” See also *Evans v. the United Kingdom*, 6339/05, 10 April 2007, § 64. About the absence of real parliamentary debate since the adoption of a statute, which took place in 1870, see *Hirst (No. 2) v. the United Kingdom*, 74025/01, 6 October 2005, § 79. In Finland, the instructions for law-drafting include such a requirement.
- 34 Cf. Article 15 ECHR (“derogation in time of emergency”); Article 4 ICCPR; Article 27 ACHR. For an individual application of Article 15 ECHR, see *ECtHR A. and Others v. the United Kingdom*, 3455/05, 19 February 2009, § 178, 182: a derogation to Article 5 § 1 ECHR was considered as disproportionate. On emergency powers, see also CDL-STD(1995)012, *Emergency Powers*; CDL-AD(2006)015, *Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations*.
- 36 Article 15 ECHR: Article 4 ICCPR; Article 27 ACHR.
- 37 CDL-AD(2006)015, § 9. On derogations under Article 15 ECHR, see more generally CDL-AD(2006)015, § 9ff, and the quoted case-law.
- 38 On the need for effective and dissuasive sanctions, see e.g. CDL-AD(2014)019, § 89; CDL-AD(2013)021, § 70.
- 39 The need for ensuring proper implementation of the legislation is often underlined by the Venice Commission: see e.g. CDL-AD(2014)003, § 11: “the key challenge for the conduct of genuinely democratic elections remains the exercise of political will by all stakeholders, to uphold the letter and the spirit of the law, and to implement it fully and effectively”; CDL-AD(2014)001, § 85.
- 40 Cf. Article 124 of the Constitution of Finland: “A public administrative task may be delegated to others than public authorities only by an Act or by virtue of an Act, if this is necessary for the appropriate performance of the task and if basic rights and liberties, legal remedies and other requirements of good governance are not endangered.”
- 41 *ECtHR Fazlyiski v. Bulgaria*, 40908/05, 16 April 2013, § 64-70, in particular § 65; *Ryakib Biryukov v. Russia*, 14810/02, 17 January 2008, in particular § 30ff; cf. *Kononov v. Latvia*, 36376/04, 17 May 2010, § 185.
- 42 *ECtHR The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)*, 6538/74, 26 April 1979, § 46ff; *Rekvényi v. Hungary*, 25390/94, 20 May 1999, § 34ff.
- 43 *ECtHR The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)*, 6538/74, 26 April 1979, § 49.
- 44 The Venice Commission has addressed the issue of stability of legislation in the electoral field: *Code of Good Practice in Electoral Matters*, CDL-AD(2002)023rev, II.2; *Interpretative Declaration on the Stability of the Electoral Law*, CDL-AD(2005)043.
- 45 For example, individuals who have been encouraged to adopt a behaviour by Community measures may legitimately expect not to be subject, upon the expiry of this undertaking, to restrictions which specifically affect them precisely because they availed themselves of the possibilities offered by the Community provisions: *ECJ*, 120/86, *Mulder v. Minister van Landbouw en*

- Visserij*, 28 April 1988, § 21ff. In the case-law of the European Court of Human Rights, the doctrine of legitimate expectations essentially applies to the protection of property as guaranteed by Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights: see e.g. *ECtHR Anhaeuser-Busch Inc. v. Portugal [GC]*, 73049/01, 11 January 2007, § 65; *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic [GC] (dec.)*, 39794/98, 10 July 2002, § 68ff; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 21319/93, 21449/93, 21675/93, 21319/93, 21449/93 and 21675/93, 23 October 1997, § 62ff.
- 46 See Article 7.1 ECHR, Article 15 ICCPR, Article 9 ACHR, Article 7.2 of the African (Banjul) Charter on Human and Peoples’ Rights [ACHPR] for criminal law; Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties for international treaties.
- 47 The principle of non-retroactivity does not apply when the new legislation places individuals in a more favourable position. The European Court of Human Rights considers that Article 7 ECHR includes the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law: see *Scoppola v. Italy (No. 2)*, 10249/03, 17 September 2009.
- 48 Article 4 Protocol 7 ECHR, Article 14.7 ICCPR, Article 8.4 ACHR (in the penal field); on the respect of the principle of *res judicata*, see e.g. *ECtHR Brumărescu v. Romania*, 28342/95, 28 October 1999, § 62; *Kulkov and Others v. Russia*, 25114/03, 11512/03, 9794/05, 37403/05, 13110/06, 19469/06, 42608/06, 44928/06, 44972/06 and 45022/06, 8 January 2009, § 27; *Duca v. Moldova*, 75/07, 3 March 2009, § 32. The Court considers respect of *res judicata* as an aspect of legal certainty. Cf. *Marckx v. Belgium*, 6833/74, 13 June 1979, § 58.
- 49 Cf. *The Council of Europe and the Rule of Law - An overview*, CM(2008)170, 21 November 2008, § 48.
- 50 Protection against arbitrariness was mentioned by the European Court of Human Rights in a number of cases. In addition to those quoted in the next note, see e.g. *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, 7511/13, 24 July 2014, § 521ff; *Hassan v. the United Kingdom*, 29750/09, 16 September 2014, § 106; *Georgia v. Russia (I)*, 13255/07, 3 July 2014, § 182ff (Article 5 ECHR); *Ivinović v. Croatia*, 13006/13, 18 September 2014, § 40 (Article 8 ECHR). For the Court of Justice of the European Union, see e.g. *ECJ*, 46/87 and 227/88, *Hoechst v. Commission*, 21 September 1989, § 19; T-402/13, *Orange v. European Commission*, 25 November 2014, § 89. On the limits of discretionary powers, see Appendix to Recommendation of the Committee of Ministers on good administration, CM/Rec(2007)7, Article 2.4 (“Principle of lawfulness”): “[Public authorities] shall exercise their powers only if the established facts and the applicable law entitle them to do so and solely for the purpose for which they have been conferred”.

- 51 CM(2008)170, The Council of Europe and the Rule of Law, § 46; ECtHR Malone, 8691/79, 2 August 1984, § 68; Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden, 62332/00, 6 June 2006, § 76 (Article 8). The complexity of modern society means that discretionary power must be granted to public officials. The principle by which public authorities must strive to be objective (“sachlich”) in a number of States such as Sweden and Finland goes further than simply forbidding discriminatory treatment and is seen as an important factor buttressing confidence in public administration and social capital.
- 52 See e.g. Article 41.1.c of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Cf. also item II.E.2.c.vi and note 126.
- 53 See for example, Article 14 ECHR; Protocol 12 ECHR; Articles 12, 26 ICCPR, Article 24 ACHR; Article ACHPR.
- 54 Cf. e.g. CDL-AD(2014)010, § 41-42; CDL-AD(2013)032, Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia, § 44ff: equality should not be limited to citizens and include a general non-discrimination clause.
- 55 CDL-AD(2014)011, Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities (§ 200); ECtHR Cordova v. Italy, No. 1 and No. 2, 40877/98 and 45649/99, 30 January 2003, § 58-67.
- 56 ECRI (European Commission against Racism and Intolerance) Recommendation No. 7, § 5.
- 57 For example, Article 1.2 Protocol 12 ECHR makes clear that “any public authority” - and not only the legislator - has to respect the principle of equality. Article 26 ICCPR States that “All persons are equal before the law and are entitled without discrimination to the equal protection of the law”. “The principle of equal treatment is a general principle of European Union law, enshrined in Articles 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”: CJEU, C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission, 14 September 2010, § 54.
- 58 A distinction is admissible if the situations are not comparable and/or if it is based on an objective and reasonable justification: See ECtHR Hämäläinen v. Finland, 37359/09, 26 July 2014, § 108: “The Court has established in its case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in treatment of persons in relevantly similar situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a difference in treatment (see *Burden v. the United Kingdom* GC, no. 13378/05, § 60, ECHR 2008)”.
- 59 Cf. Article 13 ECHR; Article 2.3 ICCPR ; Article 25 ACHR ; Article 7.1.a ACHPR.
- 60 Cf. Article 1.4 and 2.2 of the International Convention on the Elimination of

- All Forms of Racial Discrimination (CEDR); Article 4 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW); Article 5.4 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).
- 61 On the issue of access to justice and the Rule of Law, see SG/Inf(2016)3, Challenges for judicial independence and impartiality in the member States of the Council of Europe, Report prepared jointly by the Bureau of the CCJE and the Bureau of the CCPE for the attention of the Secretary General of the Council of Europe as a follow-up to his 2015 report entitled “State of Democracy, Human Rights and the Rule of Law in Europe – a shared responsibility for democratic security in Europe.
- 62 CDL-AD(2010)004, § 22: “The basic principles ensuring the independence of the judiciary should be set out in the Constitution or equivalent texts”.
- 63 Cf. CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member States on judges: independence, efficiency and responsibilities, § 49ff; CDL-AD(2010)004, § 33ff; for constitutional justice, see “The Composition of Constitutional Courts”, Science and Technique of Democracy No. 20, CDL-STD(1997)020, p. 18-19.
- 64 “Judges... should enjoy functional – but only functional – immunity (immunity from prosecution for acts performed in the exercise of their functions, with the exception of intentional crimes, e.g. taking bribes)”: CDL-AD(2010)004, § 61.
- 65 OSCE Kyiv Recommendations on Judicial Independence, § 9.
- 66 Cf. CM/Rec(2010)12, § 44.
- 67 The Venice Commission considers it appropriate to establish a Judicial Council having decisive influence on decisions on the appointment and career of judges: CDL-AD(2010)004, § 32.
- 68 “A substantial element or a majority of the members of the Judicial Council should be elected by the Judiciary itself”: CDL-AD(2007)028, § 29.
- 69 CDL-AD(2010)038, Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of the “the former Yugoslav Republic of Macedonia” on amending several laws relating to the system of salaries and remunerations of elected and appointed officials.
- 70 Recommendation CM/Rec(2012)11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system; CDL-AD(2010)040, § 81-83; CDL-AD(2013)025, Joint Opinion on the draft law on the public prosecutor’s office of Ukraine, § 16-28.
- 71 See in particular ECtHR Campbell and Fell v. the United Kingdom, 28 June 2014, 7819/77 and 7878/77, § 78.
- 72 Cf. CDL-AD(2010)004, § 43.
- 73 CDL-AD(2010)004, § 32.
- 74 Cf. Recommendation (94)12 of the Committee of Ministers on the Independence, Efficiency and Role of Judges (Principle I.2.a), which reflects a preference for a judicial council but accepts other systems.

- 75 CDL-AD(2007)028, Report on Judicial Appointments, § 44ff. The trend in Commonwealth countries is away from executive appointments and toward appointment commissions, sometimes known as judicial services commissions. See J. van Zyl Smit (2015), *The Appointment, Tenure and Removal of Judges under Commonwealth Principles: A Compendium and Analysis of Best Practice* (Report of Research Undertaken by Bingham Centre for the Rule of Law), available at [http://www.biicl.org/documents/689\\_bingham\\_centre\\_compendium.pdf](http://www.biicl.org/documents/689_bingham_centre_compendium.pdf).
- 76 CDL-AD(2002)021, Supplementary Opinion on the Revision of the Constitution of Romania, § 21, 22.
- 77 See CDL-PI(2015)001, Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges, ch. 4.2, and the references.
- 78 CDL-INF(1999)005, Opinion on the reform of the judiciary in Bulgaria, § 28; see also, e.g., CDL-AD(2007)draft, Report on Judicial Appointments by the Venice Commission, § 33; CDL-AD(2010)026, Joint opinion on the draft law on the judicial system and the status of judges of Ukraine, § 97, concerning the presence of ministers in the judicial council.
- 79 CM/Rec(2010)12, § 33ff; CDL-AD(2010)004, § 52ff.
- 80 CDL-AD(2010)040, § 71ff.
- 81 Cf. CDL-AD(2012)014, Opinion on Legal Certainty and the Independence of the Judiciary in Bosnia and Herzegovina, § 81.
- 82 CDL-AD(2010)004, § 78; see e.g. European Commission on Human Rights, *Zand v. Austria*, 7360/76, 16 May 1977, D.R. 8, p. 167; ECtHR *Fruni v. Slovakia*, 8014/07, 21 June 2011, § 134ff.
- 83 On the allocation of cases, see CM/Rec(2010)12, § 24; CDL-AD(2010)004, § 73ff. The OSCE Kyiv Recommendations cite as a good practice either random allocation of cases or allocation based on predetermined, clear and objective criteria (§ 12).
- 84 CM/Rec(2010)12, § 22ff; CDL-AD(2010)004, § 68ff; CM/Rec(2000)19 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecution in the criminal justice system, § 19; CDL-AD(2010)004, Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, § 72.
- 85 CDL-AD(2010)004, § 79.
- 86 Article 6.1 ECHR; Article 14.1 ICCPR; Article 8.1 ACHR; Article 7.1.d ACHPR. See also the various aspects of impartiality in the Bangalore principles of judicial conduct, Value 2, including absence of favour, bias or prejudice.
- 87 See e.g. ECtHR *Micallef v. Malta* [GC], 17056/06, 15 October 2009, § 99-100.
- 88 On corruption, see in general II.F.1.
- 89 See e.g. ECtHR *De Cubber v. Belgium*, 9186/80, 26 October 1984, § 26; *Micallef v. Malta*, 17056/06, 15 October 2009, § 98; *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, 21722/11, 9 January 2013, § 106.
- 90 CDL-AD(2011)017, Opinion on the introduction of changes to the constitutional law "on the status of judges" of Kyrgyzstan, § 15.

- 91 See in particular CM/Rec(2000)19, § 11ff; CDL-AD(2010)040, § 23ff.
- 92 Cf. CDL-AD(2010)040, § 22.
- 93 Cf. CDL-AD(2010)040, § 53ff.
- 94 CDL-AD(2010)040, § 34ff, 47ff.
- 95 CDL-AD(2010)040, Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II - the Prosecution Service, § 39.
- 96 CDL-AD(2010)040, § 52.
- 97 CDL-AD(2010)040, § 69.
- 98 See II.A.1.
- 99 CDL-AD(2010)040, § 7, 53ff.
- 100 See II.E.1.a.xiv for judges.
- 101 See Recommendation No. R(2000)21 of the Committee of Ministers to member States on the freedom of exercise of the profession of lawyer.
- 102 International Bar Association – International Principles of Conduct for the Legal Profession, 1.1.
- 103 *Ibid.*, 2.1.
- 104 *Ibid.*, 3.1.
- 105 *Ibid.*, 5.1.
- 106 Article 6 ECHR, Article 14 ICCPR, Article 8 ACHR, Article 7 ACHPR. The right to a fair trial was recognised by the European Court of Justice, as “inspired by Article 6 of the ECHR”: *C-174/98 P and C-189/98 P, Netherlands and Van der Wal v Commission*, 11 January 2000, § 17. See now Article 47 of the Charter of Fundamental Rights.
- 107 “The degree of access afforded by the national legislation must also be sufficient to secure the individual’s “right to a court”, having regard to the principle of the Rule of Law in a democratic society. For the right of access to be effective, an individual must have a clear, practical opportunity to challenge an act that is an interference with his rights”, ECtHR *Bellet v. France*, 23805/94, 4 December 1995, § 36; cf. ECtHR *M.D. and Others v. Malta*, 64791/10, 17 July 2012, § 53.
- 108 Article 6.3.b-c ECHR, Article 14.3 ICCPR; Article 8.2 ACHR; the right to defence is protected by Article 6.1 ECHR in civil proceedings, see e.g. ECtHR *Oferta Plus SRL v. Moldova*, 14385/04, 19 December 2006, § 145. It is recognised in general by Article 7.1.c ACHPR.
- 109 Article 6.3.c ECHR, Article 14.3.d ICCPR for criminal proceedings; the right to legal aid is provided up to a certain extent by Article 6.1 ECHR for civil proceedings: see e.g. ECtHR *A. v. the United Kingdom*, 35373/97, 17 December 2002, § 90ff; for constitutional courts in particular, see CDL-AD(2010)039rev, Study on individual access to constitutional justice, § 113.
- 110 For constitutional justice, see CDL-AD(2010)039rev, § 125.
- 111 For constitutional justice, see CDL-AD(2010)039rev, § 112; for time limits for taking the decision, see § 149.
- 112 On excessive court fees, see e.g. ECtHR *Kreuz v. Poland* (no. 1), 28249/95,

- 19 June 2001, § 60-67; *Weissman and Others v. Romania*, 63945/00, 24 May 2006, § 32ff; *Scordino v. Italy*, 36813/97, 29 March 2006, § 201; *Sakhnovskiy v. Russia*, 21272/03, 2 November 2010, § 69; on excessive security for costs, see e.g. *ECtHR Ait-Mouhoub v. France*, 22924/93, 28 October 1998, § 57-58; *Garcia Manibardo v. Spain*, 38695/97, 15 February 2000, § 38-45; for constitutional justice, see CDL-AD(2010)039rev, § 117.
- 113 On the need for an effective right of access to court, see e.g. *Golder v. the United Kingdom*, 4451/70, 21 January 1975, § 26ff; *Yagtzilar and Others v. Greece*, 41727/98, 6 December 2001, § 20ff.
- 114 Article 6.2 ECHR; Article 15 ICCPR; Article 8.2 ACHR; Article 7.1.b ACHPR.
- 115 ECtHR *Allenet de Ribemont v. France*, 15175/89, 10 February 1995, § 32ff. On the involvement of authorities not belonging to the judiciary in issues linked to a criminal file, see CDL-AD(2014)013, *Amicus Curiae Brief in the Case of Rywin v. Poland* (Application Nos 6091/06, 4047/07, 4070/07) pending before the European Court of Human Rights (on Parliamentary Committees of Inquiry). The European Court of Human Rights decided on the *Rywin* case on 18 February 2016: see in particular § 200ff. On the issue of the systematic follow-up to prosecutors' requests (prosecutorial bias), see item II.E.1.a.xiii.
- 116 ECtHR *Saunders v. the United Kingdom*, 19187/91, 17 December 1996, § 68-69; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, 5809/02 and 25624/02, 29 June 2007, § 46ff, and the quoted case-law. On the incrimination of members of one's family, see e.g. *International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence, Rule 75.1*.
- 117 Cf. Article 5.3 ECHR.
- 118 "The burden of proof is on the prosecution": ECtHR *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain*, 10590/83, 6 December 1988, § 77; *Telfner v. Austria*, 33501/96, 20 March 2001, § 15; cf. *Grande Stevens and Others v. Italy*, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 and 18698/10, 4 March 2014, § 159.
- 119 Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007), IV.
- 120 See e.g. *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, 28901/95, 16 February 2000, § 60.
- 121 See e.g. *Jalloh v. Germany*, 54810/00, 17 July 2006, § 94ff, 104; *Göçmen v. Turkey*, 72000/01, 17 October 2006, § 75; *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, 5809/02 and 25624/02, 29 June 2007, § 60.
- 122 Article 6.1 ECHR; Article 8.1 ACHR; Article 7.1.d ACHPR (« within reasonable time »).
- 123 CDL-AD(2010)039rev, § 94. See e.g. ECtHR *Panju v. Belgium*, 18393/09, 28 October 2014, § 53, 62 (the absence of an effective remedy in case of exces-

- sive length of proceedings goes against Article 13 combined with Article 6.1 ECHR).
- 124 This right is inferred in criminal matters from Article 6.3.b ECHR (the right to have adequate time and facilities for the preparation of one's defence): see e.g. *Foucher v. France*, 22209/93, 18 March 1993, § 36.
- 125 Cf. ECtHR *Micallef v. Malta*, 17056/06, 15 October 2009, § 78ff; *Neziraj v. Germany*, 30804/07, 8 November 2012, § 45ff.
- 126 "Article 6 § 1 (Article 6-1) obliges the courts to give reasons for their judgments": ECtHR *Hiro Balani v. Spain*, 18064/91, 9 September 1994, § 27; *Jokela v. Finland*, 28856/95, 21 May 2002, § 72; see also *Taxquet v. Belgium*, 926/05, 16 November 2010, § 83ff. Under the title "Right to good administration", Article 41.2.c of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides for "the obligation of the administration to give reasons for its decisions".
- 127 On appeals procedures, see ODIHR Legal Digest of International Fair Trial Rights, p. 227.
- 128 See e.g. *Hirschhorn v. Romania*, 29294/02, 26 July 2007, § 49; *Hornsby v. Greece*, 18357/91, 19 March 1997, § 40; *Burdov v. Russia*, 59498/00, 7 May 2002, § 34ff ; *Gerasimov and Others v. Russia*, 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11, 60822/11, 1 July 2014, § 167ff.
- 129 CDL-AD(2010)039rev, Study on individual access to constitutional justice, § 96.
- 130 CDL-AD(2010)039rev, § 62, 93, 165.
- 131 CDL-AD(2010)039rev, § 202; CDL-AD(2002)005 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, § 9, 10.
- 132 CDL-AD(2004)043, Opinion on the Proposal to Amend the Constitution of the Republic of Moldova (introduction of the individual complaint to the constitutional court), § 18, 19; CDL-AD(2008)030, Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of Montenegro, § 19; CDL-AD(2011)040, Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the Constitutional Court of Turkey, § 24.
- 133 CDL-AD(2011)010, Opinion on the draft amendments to the Constitution of Montenegro, as well as on the draft amendments to the law on courts, the law on the State prosecutor's office and the law on the judicial council of Montenegro, § 27; CDL-AD(2012)024, Opinion on two Sets of draft Amendments to the Constitutional Provisions relating to the Judiciary of Montenegro, § 33; CDL-AD(2009)014, Opinion on the Law on the High Constitutional Court of the Palestinian National Authority, § 13; *The Composition of Constitutional Courts, Science and Technique of Democracy* No. 20, CDL-STD(1997)020, pp. 7, 21.
- 134 CDL-AD(2008)010, Opinion on the Constitution of Finland, § 115ff.
- 135 There is only one (limited) exception in the Council of Europe member States with a constitutional jurisdiction: CDL-AD(2010)039rev, § 1, 52-53.

- 136 CDL-AD(2010)039rev, § 1ff, 54-55, 56 ff.
- 137 Cf. CDL-AD(2008)030, Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of Montenegro, § 71.
- 138 CDL-STD(1997)020, p. 21.
- 139 On the issue of corruption, see Group of States Against Corruption (GRECO), Immunities of public officials as possible obstacles in the fight against corruption, in Lessons learned from the three Evaluation Rounds (2000-2010) - Thematic Articles.
- 140 On the issue of corruption in the judiciary, see II.E.1.c.ii.
- 141 See Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistle-blowers, of the Council of Europe's Committee of Ministers.
- 142 See for example the United Nations Convention against Corruption; Criminal Law Convention on Corruption (CETS 173); Civil Law Convention on Corruption (CETS 174); Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption (CETS 191); CM/Rec(2000)10 on codes of conduct for public officials; CM/Res (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption. 143 CM/Rec(2000)10 on codes of conduct for public officials, Article 13. 144 United Nations Convention against Corruption, in particular Article 8.5; CM/Rec(2000)10, Appendix - Model code of conduct for public officials, Articles 13ff; cf. CM/Res (97) 24 on the twenty guiding principles for the fight against corruption.
- 145 The Venice Commission adopted in 2013 a Report on the Role of Extra-Institutional Actors in the Democratic System (Lobbying) (CDL-AD(2013)011). The European Committee on Legal Co-operation (CDCJ) carried out in 2014 a feasibility study on a Council of Europe legal instrument concerning the legal regulation of lobbying activities. It is expected that the draft recommendation will be submitted for approval to the CDCJ plenary meeting in November 2016.
- 146 An early document (of 1981) is Article 5 of the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS 108) ; see also Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Articles 6, 7; in the meantime in the EU a "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)" has been agreed on (Interinstitutional File 2012/0011 (COD) of Dec 15, 2015). Principles of data protection are enshrined in Art. 5. See also a "Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purpose of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free

- movement of such data" (Interinstitutional file: 2012/0010 (COD) of 16 December 2015. In 2013 the OECD adopted "The OECD Privacy Framework", with "principles" in Part 2.
- 147 See the Proposal for a Regulation quoted in the previous footnote, Article 14; Directive 95/46/EC, Articles 10-11; CETS 108, Article 8.
- 148 CDL-AD(2007)014, § 83.
- 149 Cf. Articles 8 and 13 ECHR.
- 150 Cf. Articles 8 and 13 ECHR.
- 151 The level of the interference metadata collection involves in private life is disputed. The CJEU has extended privacy protection to metadata as well. The case law of the ECtHR so far accepts that lesser safeguards can apply for less serious interferences with private life. see CDL-AD(2015)006 §62, 63, 83. Where no prior judicial authorisation is provided for metadata collection, there must at least be strong independent post hoc review..
- 152 CDL-AD(2015)011, § 8, 69, 129; cf. ECtHR Liberty and others v. the United Kingdom, 58240/00, 1 July 2008, § 59 ff; Weber and Saravia v. Germany (dec.) 54934/00, 29 June 2006, § 85 ff.
- 153 CDL-AD(2015)011, § 24-27, 115ff, 129.
- 154 Cf. Articles 8 and 13 ECHR; CDL-AD(2015)011, § 26, 126 ff.
- 155 CDL-AD(2015)011, § 33.
- 156 CDL-AD(2015)011, § 1.
- 157 See e.g. CJEU, C-212/13, František Ryneš v. Úřad pro ochranu osobních údajů, 11 December 2014.
- 158 CDL-AD(2007)014, § 82.



Страсбург, 18 марта 2016 г.  
Исследование № 711/2013

CDL-AD(2016)007  
Or. Engl.

**ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ  
ЧЕРЕЗ ПРАВО  
(ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ)**

**КОНТРОЛЬНЫЙ СПИСОК ВОПРОСОВ ДЛЯ ОЦЕНКИ  
СОБЛЮДЕНИЯ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА**

Принят на 106-м пленарном заседании  
Венецианской комиссии

(Венеция, 11-12 марта 2016 г.)

на основании комментариев

г-на Серджио БАРТОЛЕ

(заместитель члена Комиссии, Италия)

г-жи Вероники БИЛКОВОЙ (член Комиссии, Чехия)

г-жи Сары КЛИВЛЕНД

(член Комиссии, Соединенные Штаты Америки)

г-на Пола КРЭЙГА

(заместитель члена Комиссии, Соединенное  
Королевство)

г-на Яна ХЕЛЬГЕСЕНА (член Комиссии, Норвегия)

г-на Вольфганга ХОФФМАННА-РИМА

(член Комиссии, Германия)

г-на Каарло ТУОРИ (член Комиссии, Финляндия)

г-на Питера ВАН ДЕЙКА

(бывший член Комиссии, Нидерланды)

сэра Джеффри ДЖОУЭЛЛА (бывший член Комиссии,  
Соединенное Королевство)

**СОДЕРЖАНИЕ**

I. ВВЕДЕНИЕ .....	5
A. Цель и предмет исследования .....	5
B. Верховенство права в благоприятных условиях .....	10
II. КРИТЕРИИ .....	13
A. Законность .....	13
1. Примат закона .....	13
2. Соблюдение законов .....	13
3. Соотношение международных и внутренних правовых норм .....	14
4. Законодательные полномочия исполнительной власти ..	15
5. Законодательные процедуры .....	15
6. Исключения в чрезвычайных ситуациях .....	16
7. Обязанность исполнения закона .....	17
8. Субъекты частного сектора, выполняющие государственные задачи .....	17
B. Правовая определенность .....	18
1. Доступность законодательства .....	18
2. Доступность решений судов.....	18
3. Предсказуемость законов .....	18
4. Стабильность и последовательность закона .....	19
5. Правомерные ожидания .....	19
6. Отсутствие обратной силы .....	19
7. Принципы nullum crimen sine lege и nulla poena sine lege .....	19
8. Res judicata .....	20
C. Предотвращение злоупотребления (превышения) полномочий .....	20
D. Равенство перед законом и недискриминация .....	21
1. Принцип .....	21
2. Недискриминация .....	21
3. Равенство в законодательстве .....	22
4. Равенство перед законом .....	22
E. Доступ к правосудию .....	24

1. Независимость и беспристрастность .....	24
a. Независимость судебной системы .....	24
b. Независимость отдельных судей .....	26
c. Беспристрастность судебных органов .....	27
d. Прокурорская служба: самостоятельность и контроль .....	28
e. Независимость и беспристрастность адвокатуры...	29
2. Справедливый суд .....	30
a. Доступ к судам .....	30
b. Презумпция невиновности .....	31
c. Прочие аспекты права на справедливый суд.....	31
3. Конституционное правосудие (если это применимо) ..	32
F. Примеры проблем на пути обеспечения верховенства права .....	35
1. Коррупция и конфликт интересов .....	35
a. Меры по предупреждению коррупции .....	35
b. Меры уголовно-правового воздействия .....	36
c. Эффективность соблюдения и применения превентивных и репрессивных мер .....	36
2. Сбор данных и наблюдение .....	38
a. Сбор и обработка персональных данных .....	38
b. Целенаправленное слежение .....	39
c. Стратегическое наблюдение .....	39
d. Видеонаблюдение .....	40
III. ИЗБРАННЫЕ НОРМЫ .....	41
III.a. Общие стандарты верховенства права .....	41
1. Нормы жесткого права .....	41
2. Нормы мягкого права .....	41
a. Совет Европы .....	41
b. Европейский союз .....	41
c. Другие международные организации .....	42
d. Показатели верховенства права .....	42
III.b. Стандарты, относящиеся к критериям оценки .....	42
A. Законность .....	42
1. Нормы жесткого права .....	42
2. Нормы мягкого права .....	43

V. Правовая определенность .....	43
1. Нормы жесткого права .....	43
2. Нормы мягкого права .....	44
C. Предотвращение злоупотребления властью .....	44
1. Нормы жесткого права .....	44
2. Нормы мягкого права .....	44
D. Равенство перед законом и недискриминация .....	45
1. Нормы жесткого права .....	45
a. Совет Европы .....	45
b. Европейский союз .....	45
c. Другие международные организации .....	45
2. Нормы мягкого права .....	46
E. Доступ к правосудию.....	47
1. Нормы жесткого права .....	47
2. Нормы мягкого права .....	48
a. Совет Европы .....	48
b. Европейский союз .....	49
c. Организация Объединенных Наций .....	49
d. Содружество наций .....	50
e. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе .....	51
f. Другие международные организации .....	51
g. Прочие .....	51
F. Примеры проблем на пути обеспечения верховенства права .....	52
1. Нормы жесткого права .....	52
a. Коррупция .....	52
b. Сбор данных и наблюдение .....	52
2. Нормы мягкого права .....	52
a. Коррупция .....	52
b. Сбор данных и наблюдение .....	53

**I. ВВЕДЕНИЕ**

1. На своем 86-ом пленарном заседании (в марте 2011 г.) Венецианская комиссия одобрила Доклад по вопросам о верховенстве права (CDL-AD(2011)003rev). В этом докладе были обозначены основные элементы верховенства права (Rule of Law), *Rechtstaat* и *Etat de droit*. В приложении к докладу имелся первый вариант контрольного списка вопросов для оценки соблюдения верховенства права в отдельно взятом государстве.

2. 2 марта 2012 г. Венецианская комиссия при содействии британского Председателя Комитета министров Совета Европы и при сотрудничестве с Министерством иностранных дел и по делам Содружества Соединенного Королевства и с Центром Бингхэма по вопросам верховенства права провела конференцию «Верховенство права как практический принцип». В решении этой конференции было заявлено, что Венецианской комиссией будет разработан контрольный список вопросов с учетом, помимо прочего, некоторых предложений, прозвучавших на этой конференции.

3. Группа экспертов в составе г-на Бартоле, г-жи Билковой, г-жи Кливленд, г-на Крэйга, г-на Хельгесена, г-на Хоффманна-Рима, г-на Туори, г-на Ван Дейка и сэра Джеффри Джоуэлла подготовила данный вариант подробного контрольного списка вопросов.

4. Венецианская комиссия благодарит Центр Бингхэма по вопросам верховенства права, в частности, за составление списка нормативных актов Раздела III. Кроме того, Комиссия благодарит за оказанное содействие секретариаты Консультативного совета европейских судей (КЕСС), Европейской комиссии против расизма и нетерпимости (ЕКРН), Рамочной конвенции по защите национальных меньшинств и Группы государств по борьбе с коррупцией (ГРЕКО), а также БДИПЧ ОБСЕ и Агентство Европейского союза по основным правам (АОП).

5. В вводной части (I) разъясняется цель и предмет доклада, а затем раскрывается взаимосвязь между верховенством права, с одной стороны, и демократией и правами человека – с другой («верховенство права в благоприятной среде»).

6. Вторая часть (II, контрольные показатели) является основной контрольного списка вопросов. Она раскрывает различные аспекты верховенства права, определенные в докладе от 2011 г.: законность; правовая определенность; предотвращение зло-

О Контрольном списке верховенства права

употребления властью; равенство перед законом, недискриминация и доступ к правосудию. В последней главе приводятся два примера посягательств на верховенство права (связанных с коррупцией и конфликтом интересов, а также со сбором информации и слежкой).

7. В третьей части (III, избранные нормы) перечисляются наиболее важные нормы обязательного и рекомендательного характера, касающиеся вопроса о верховенстве права.

8. Данный контрольный список вопросов обсуждался на Подкомиссии по верховенству права 17 декабря 2015 г. и 10 марта 2016 г. и был затем одобрен Венецианской комиссией на ее 106-ом пленарном заседании (Венеция, 11-12 марта 2016 г.).

**A. Цель и предмет исследования**

9. Верховенство права – универсальный принцип. «Необходимость всеобщего обеспечения и соблюдения верховенства права как на национальном, так и на международном уровне» была признана всеми государствами-членами ООН в 2005 году в Итоговом документе Всемирной встречи на высшем уровне (§ 134). Как указано в Преамбуле и в статье 2 Договора о Европейском союзе (ДЕС), верховенство права – это одна из базовых ценностей, разделяемых Европейским союзом и его членами<sup>1</sup>. В своем документе от 2014 г. «Новые принципы для укрепления верховенства права» Европейская комиссия напоминает, что «принцип верховенства права неуклонно становится доминирующей организационной моделью современного конституционного законодательства и международных организаций /.../ регулирующей осуществление государственной власти» (стр. 3-4). Все большее число государств в своих национальных конституциях ссылаются на принцип верховенства права<sup>2</sup>.

10. ООН провозгласила верховенство права всеобщим базовым принципом, например, в Показателях верховенства права. На региональном уровне это было сделано Организацией американских государств, в частности, в Межамериканской демократической хартии, и Африканским союзом, в частности, в его Учредительном акте. Ссылки на верховенство права можно также встретить в различных документах Лиги арабских государств.

11. Верховенство права упоминается в Преамбуле Устава Совета Европы в качестве одного из трех «принципов, составляющих основу подлинной демократии», наряду со свободой

личности и политическими свободами. В Статье 3 Устава говорится о том, что предварительным условием для приема нового государства в члены Организации является его уважение принципа верховенства права. Таким образом, верховенство права, наряду с демократией и правами человека, является одним из трех переплетающихся и частично дублирующих друг друга основных принципов Совета Европы. Тесная взаимосвязь между верховенством права и демократическим обществом подчеркивается в различных формулировках Европейского суда по правам человека, например: «демократическое общество, признающее верховенство права», «демократическое общество, основанное на верховенстве права», и, в более общем смысле – «верховенство права в демократическом обществе». Обеспечение этих трех принципов – уважения прав человека, плюралистической демократии и верховенства права – считается единой и главной целью Совета Европы.

12. В основных политических документах Совета Европы, а также в различных конвенциях и рекомендациях систематически упоминается верховенство права. О нем, в частности, говорится как об элементе общего наследия в Преамбуле Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ). Верховенство права называется базовым принципом европейских демократий в Резолюции Res(2002)12, учреждающей Европейскую комиссию по вопросам эффективности отправления правосудия (СЕРЕУ), а в Уставе Венецианской комиссии о нем говорится как о приоритетной задаче. При этом ни в одном из документов Совета Европы не дается определения верховенства права. Совет Европы также не создал никаких специальных механизмов контроля по вопросам верховенства права.

13. Несмотря на это, в ряде случаев Совет Европы предпринял действия в целях распространения и укрепления верховенства права посредством своих институтов, в частности, через Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), Европейскую комиссию по вопросам эффективности отправления правосудия (СЕРЕУ), Консультативный совет европейских судей (КСЕС), Группу государств по борьбе с коррупцией (ГРЕКО), Комитет по наблюдению Парламентской ассамблеи Совета Европы, Уполномоченного по правам человека и Венецианскую комиссию.

14. В своем докладе о верховенстве права от 2011 г.<sup>3</sup> Венецианская комиссия рассмотрела принцип верховенства права в

свете Резолюции 1594(2007) Парламентской ассамблеи, указавшей на необходимость обеспечить правильную интерпретацию термина «верховенство права», «Rechtstaat» и «Etat de droit» или «prééminence du droit» в духе принципа законности и надлежащей правовой процедуры.

15. Венецианская комиссия проанализировала определения, предложенные различными авторами, представляющими различные системы права и государственной организации, а также различные правовые культуры. Комиссия пришла к выводу, что понятие верховенства права подразумевает четкую и предсказуемую правовую систему, при которой каждый гражданин имеет право на достойное, равноправное и разумное отношение в соответствии с законом со стороны всех лиц, обладающих властью, а также имеет возможность оспорить их решения в независимых и беспристрастных судах в рамках справедливого судебного разбирательства. Комиссия предостерегла от чисто формального подхода к понятию верховенства права, требующего лишь, чтобы действия чиновника были разрешены законом. «Правление силой закона», или «Правление с помощью закона», или даже «Правосудие по закону» - все это является искажением понятия верховенства права<sup>4</sup>.

16. Комиссия подчеркнула также, что на индивидуальные права человека имеют влияние не только органы государственной власти, но и смешанные (государственно-частные) субъекты, а также организации частного сектора, которые выполняют задачи, ранее бывшие прерогативой органов государственной власти, или которые принимают односторонние решения, затрагивающие интересы большого количества людей, а также международные и наднациональные организации. Комиссия рекомендовала, чтобы в этих областях также применялся принцип верховенства права.

17. Принцип верховенства права должен применяться на всех уровнях государственной власти. С соответствующими изменениями принцип верховенства права применим также к частным правовым отношениям. Следующее определение, данное Томом Бингхэмом, наиболее полно отражает основные элементы принципа верховенства права: «Все лица, публичные и частные, а также органы власти в государстве должны подчиняться и иметь право пользоваться законами, которые приняты публично, имеют действие (как правило) в будущем, и отправляются публичным образом в судах»<sup>5</sup>.

18. В своем докладе Комиссия заключила, что несмотря на различия в мнениях существует консенсус в отношении основополагающих элементов верховенства права (Rule of Law), а также в отношении Rechtsstaat и Etat de droit. Эти элементы являются не только формальными, но также предметными или материальными (materieller Rechtsstaatsbegriff). Это: (1) Законность, включающая в себя транспарентный, подотчетный и демократический процесс законотворчества; (2) Правовая определенность; (3) Запрет произвола; (4) Доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судах, включая судебный контроль над административными актами; (5) Уважение прав человека; и (6) Недискриминация и равенство перед законом.

19. Доклад от 2011 г. был призван способствовать правильному и единообразному пониманию и толкованию понятия верховенства права, поэтому, с целью облегчить практическое применение принципов верховенства права, к докладу прилагался «контрольный список вопросов для оценки соблюдения верховенства права в отдельных государствах», в котором были перечислены шесть вышеуказанных элементов, каждый из которых был разбит на несколько подпунктов.

20. В 2012 г. на своей конференции в Лондоне, организованной Венецианской комиссией под эгидой Министерства иностранных дел Соединенного Королевства и в сотрудничестве с Центром Бингхэма по вопросам верховенства права, Комиссия приступила к осуществлению проекта по дальнейшей разработке контрольного списка вопросов в качестве инновационного и эффективного способа оценки соблюдения верховенства права в том или ином государстве.

21. В 2013 г. Совет Европейского союза приступил на ежегодной основе к реализации нового Диалога с государствами-членами по вопросам верховенства права. Совет подчеркнул, что «соблюдение принципа верховенства права является необходимым условием защиты основных прав», и призвал Комиссию к «продвижению диалога, в соответствии с Договорами, в отношении возможной необходимости и поиска коллективного и систематического способа разрешения этих вопросов»<sup>6</sup>. В 2014 г. Европейская комиссия одобрила механизм разрешения системных проблем верховенства права в государствах-членах Европейского союза (ЕС). Эта «новая Рамочная программа ЕС для укрепления верховенства права» устанавливает механизм раннего предупреждения, основанный

на «свидетельствах, полученных из имеющихся источников и от признанных организаций включая Совет Европы»; «для получения экспертного мнения по конкретным вопросам, связанным с верховенством права в государствах-членах, (Европейская) Комиссия ... в соответствующих случаях будет как правило обращаться в Совет Европы и/или в его Венецианскую комиссию»<sup>7</sup>.

22. На уровне Организации Объединенных Наций, после публикации в 2011 г. «Показателей верховенства права»<sup>8</sup>, Генеральная Ассамблея ООН в 2012 г. приняла Декларацию заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях, в которой признается, что «верховенство права одинаково применимо ко всем государствам и международным организациям».

23. Повестка дня устойчивого развития, включающая 17 Целей устойчивого развития (ЦУР) и 169 задач, которые должны быть реализованы к 2030 г., была единогласно принята Генеральной Ассамблеей ООН в сентябре 2015 г. Цели устойчивого развития, каждая из которых разбита на некоторое число задач, имеют в виду достижение радикальных изменений и оказание серьезного влияния на реализацию этой повестки дня для создания «[мира], в котором демократия, благое управление государственными делами и верховенство права, а также благоприятные условия на национальном и международном уровнях являются важной предпосылкой для устойчивого развития...» Цель №16 обязывает государства «способствовать установлению мирных и открытых обществ в целях устойчивого развития, обеспечить всем доступ к правосудию и создавать эффективные, подотчетные и открытые институты на всех уровнях». Достижение цели №16 будет оцениваться по выполнению ряда задач, некоторые из которых включают в себя элементы верховенства права, такие как создание эффективных, подотчетных и транспарентных институтов (задача 16.6), а также гибких, открытых, опирающихся на широкое участие и репрезентативных процессов принятия решений на всех уровнях (задача 16.7). Однако именно задача 16.3, обязывающая государства «способствовать развитию верховенства права на национальном и международном уровнях и обеспечить равный доступ к правосудию для всех», предоставляет уникальную возможность вдохнуть жизнь в отношения между гражданами и государством. Предлагаемый контрольный список вопросов мог бы стать важнейшим инструментом, позволяющим давать качественную и количественную

оценку показателей верховенства права в контексте Целей устойчивого развития.

24. Настоящий контрольный список вопросов в целях дальнейшего развития верховенства права призван обеспечить механизм оценки соблюдения верховенства права в конкретной стране с точки зрения ее конституциональной и правовой структуры, действующего законодательства и судебной практики. Его задачей является обеспечить объективную, подробную, транспарентную и единообразную оценку.

25. Контрольный список вопросов ориентирован в основном на оценку правовых гарантий. При этом надлежащее применение закона является не менее важным аспектом верховенства права, и в связи с этим оно также должно приниматься во внимание. Поэтому контрольный список вопросов включает также некоторое количество дополнительных контрольных показателей, относящихся к правоприменению. Эти контрольные показатели не являются исчерпывающими.

26. Для оценки соответствия параметрам необходимы источники проверки (нормы). В отношении правовых параметров это – действующее законодательство и, кроме того, например, для Европы – его правовая оценка Европейским судом по правам человека, Венецианской комиссией, контрольными органами Совета Европы и другими институтами. Для проверки параметров, относящихся к правоприменительной практике, должны использоваться многочисленные источники, включая институциональные, такие как СЕРЕУ и Агентство по основным правам Европейского союза.

27. Контрольный список вопросов предназначен для использования в качестве инструмента оценки различными субъектами, целью которых является проведение такой оценки. Это могут быть парламенты и другие органы государственной власти при проведении ими реформ законодательства, организации гражданского общества и международные организации, в том числе региональные, а именно Совет Европы и Европейский союз. Оценки необходимо производить с учетом всего контекста, избегая механического применения тех или иных элементов контрольного списка вопросов.

28. Венецианская комиссия не имеет мандата на проведение по собственной инициативе оценки состояния верховенства права в конкретных странах. При этом, однако, предполагается, что когда Комиссия по запросу рассматривает вопросы верхо-

венства права в рамках подготовки заключения в отношении какой-либо страны, она в рамках своей компетенции будет основывать свой анализ на параметрах контрольного списка вопросов.

29. Верховенство права осуществляется на различных последовательных уровнях: чем ниже уровень верховенства права, тем сильнее ощущается потребность в нем. Достижение полного верховенства права все еще остается неосуществленной задачей даже в странах с устоявшейся демократией. На этом фоне должно быть понятно, что для положительной оценки состояния верховенства права совсем не обязательно соответствие всем имеющимся параметрам контрольного списка вопросов. При оценке необходимо учитывать, какие параметры не соблюдены, до какой степени, в каком сочетании и т.п. При этом вопрос требует регулярного пересмотра.

30. Контрольный список вопросов не является ни исчерпывающим, ни окончательным. Его целью является отражение основополагающих элементов верховенства права. Контрольный список вопросов может со временем измениться и быть расширенным для отражения прочих аспектов или для их детализации. Могут возникнуть новые проблемы, которые также потребуют его пересмотра. В этой связи Венецианская комиссия обеспечит его регулярный пересмотр и актуализацию.

31. Как будет показано в следующей главе, верховенство права и права человека тесно взаимосвязаны. Без соблюдения прав человека верховенство права будет лишь пустой формой, лишенной содержания. И наоборот, защита и развитие прав человека реализуются только через соблюдение верховенства права: сильный режим, соблюдающий верховенство права, является необходимым условием защиты прав человека. Кроме того, верховенство права и некоторые из прав человека (такие как справедливый суд и свобода выражения мнений) являются взаимопересекающимися понятиями<sup>9</sup>. Понимая, что верховенство права может быть полным образом реализовано только при условии соблюдения прав человека, контрольный список вопросов обращается к проблемам прав человека, только если они связаны с конкретными аспектами верховенства права<sup>10</sup>.

32. Поскольку Венецианская комиссия является организацией Совета Европы, контрольный список вопросов сосредотачивается на правовой ситуации в Европе, что, в частности, выражается в использовании правоприменительной практики Европейс-

кого суда по правам человека, а также Судебной палаты Европейского союза в рамках ее компетенции. Верховенство права, однако, является универсальным принципом, и данный документ там, где это необходимо, ссылается также на международную правовую практику и практику других регионов мира, в частности в части III, где приводятся международные нормы.

#### **В. Верховенство права в благоприятных условиях**

33. Верховенство права связано не только с правами человека, но и с демократией, т.е. с третьей основной ценностью Совета Европы. Демократия означает вовлеченность людей в процесс принятия решений; цель прав человека – защита людей от произвольного и чрезмерного посягательства на их права и свободы, а также защита их человеческого достоинства. Верховенство права фокусируется на ограничении власти и независимом контроле за деятельностью государственных органов. Верховенство права способствует развитию демократии, устанавливая подотчетность лиц, осуществляющих государственную власть, и отстаивая права человека, призванные защитить меньшинство от произвола правления большинства.

34. Верховенство права стало «глобальным идеалом и устремлением»,<sup>11</sup> основные принципы которого действуют во всем мире. Это, однако, не означает, что его реализация везде должна быть одинаковой вне зависимости от конкретных юридических, исторических, политических, социальных и географических условий. В то время как основные компоненты или «ингредиенты»<sup>12</sup> верховенства права остаются неизменными, конкретные способы его реализации в разных странах могут различаться в зависимости от местных условий, в частности, от конституционного устройства и традиций соответствующей страны. Эти условия могут также определять взаимное соотношение различных компонентов верховенства права.

35. Исторически верховенство права развивалось как средство ограничения власти государства (правительства). Права человека рассматривались как средство защиты от посягательств носителей этой власти («негативные права»). Со временем понимание прав человека во многих государствах и в европейском международном праве претерпело изменения. Несмотря на имеющиеся различия в деталях, просматривается общая тенденция к расширению сферы действия гражданских и политических прав, в особенности в сфере признания позитив-

ных обязательств государства по обеспечению юридической защиты прав человека от посягательств субъектов частного сектора. Соответствующими терминами являются «позитивные обязательства по защите», «горизонтальное действие основополагающих прав» или «Drittwirkung der Grundrechte».

36. Европейский суд по правам человека признал наличие позитивных обязательств в нескольких областях, к примеру, в связи со Статьей 8 ЕКПЧ<sup>13</sup>. В некоторых своих решениях Суд установил конкретные позитивные обязательства, связав Статью 8 ЕКПЧ с верховенством права<sup>14</sup>. Несмотря на то, что в рассмотренных судом делах позитивные обязательства по защите не могли быть выведены исключительно из понятия верховенства права, принцип верховенства права создает дополнительные обязательства для государства обеспечить гражданам, находящимся под его юрисдикцией, доступ к эффективным правовым средствам для защиты своих прав, в частности, в ситуациях, когда их права нарушаются субъектами частного сектора. Таким образом, верховенство права создает критерий для оценки качества законов, защищающих права человека: правовые положения в этой области (впрочем, как и в других)<sup>15</sup> должны быть, кроме всего прочего, четкими, предсказуемыми и недискриминационными, и они должны применяться независимыми судами и с теми же процессуальными гарантиями, какие применяются при разрешении конфликтов, связанных с нарушением прав человека органами государственной власти.

37. Один из важнейших элементов контекста, в котором осуществляется принцип верховенства права, является правовая система в целом. Источники права, которые создают правовые нормы и этим обеспечивают правовую определенность, неодинаковы в различных странах: некоторые государства, включая особые случаи, используют в основном статутное право, в то время как другие придерживаются системы общего права, основанного на судебной практике.

38. В различных государствах могут также использоваться различные процедуры уголовного судопроизводства, например, в том, что относится к принципу справедливого суда (состязательная система или следственная система, система с жюри присяжных или решение уголовных дел судьями). Материальные средства, являющиеся инструментом обеспечения справедливого суда, такие как юридическая и прочая помощь, могут также принимать различные формы.

39. Распределение полномочий между различными органами государственной власти может также влиять на контекст, в котором применяется контрольный список вопросов. Оно должно быть хорошо сбалансировано при помощи системы контроля и противовесов. Осуществление функций законодательной и исполнительной власти должно подлежать проверке на конституционность и законность независимым и беспристрастным судебным органом. Безупречное функционирование судебных органов, решения которых эффективно реализуются, имеет важнейшее значение для поддержания и расширения верховенства права.

40. На международном уровне требования и применения принципа верховенства права отражают состояние международной правовой системы. Во многих отношениях эта система гораздо менее развита по сравнению с национальными конституционными и правовыми системами. За исключением особых региональных систем, таких как система Европейского союза, в международных системах отсутствует постоянный законодательный орган и, в большинстве случаев, судебная система с обязательной юрисдикцией, при том, что демократичность принятия решений все еще весьма слаба.

41. Наднациональный характер Европейского союза побудил его разработать концепцию верховенства права в качестве общего правового принципа, применимого к его собственной правовой системе. В соответствии со сложившейся судебной практикой Судебной палаты Европейского союза верховенство права включает в себя примат закона, институциональный баланс, судебный надзор, основные (процедурные) права, включая право на судебную защиту, а также принципы равноправия и соразмерности.

42. Контекстуальные элементы верховенства права не ограничиваются только правовыми факторами. Наличие (или отсутствие) в обществе общей правовой культуры, а также то, как эта культура соотносится с существующей правовой системой, помогают определить, до какой степени и насколько конкретно те или иные элементы верховенства права должны быть недвусмысленно прописаны в законах. Так, например, национальные традиции в области разрешения споров и конфликтов должны влиять на то, какие конкретные гарантии справедливого суда даются в данной стране. Очень важно, чтобы в каждом государстве крепкая политическая и правовая культура стояла за

конкретными механизмами и процедурами верховенства права, которые необходимо постоянно контролировать, изменять и совершенствовать.

43. Верховенство права может успешно осуществляться только в стране, население которой ощущает коллективную ответственность за претворение в жизнь этого принципа и хочет сделать его неотъемлемой частью своей собственной правовой, политической и общественной культуры.

## II. КРИТЕРИИ

### A. Законность<sup>16</sup>

#### 1. Примат закона

Признается ли примат закона?

- i. Имеется ли письменная конституция?
- ii. Обеспечивается ли соответствие законодательства конституции?
- iii. Принимается ли законодательство без задержек в случаях, когда этого требует конституция?
- iv. Соответствуют ли действия исполнительной ветви власти конституции и прочим законам?<sup>17</sup>
- v. Принимаются ли подзаконные акты без задержек в случаях, когда этого требует законодательство?
- vi. Имеется ли эффективный судебный контроль за соответствием закону действий и решений исполнительной власти?
- vii. Распространяется ли такой судебный контроль также и на действия и решения независимых организаций и субъектов частного сектора, выполняющих государственные функции?
- viii. Гарантирована ли эффективная юридическая защита индивидуальных прав человека от посягательств субъектов частного сектора?

44. Действия государства должны осуществляться в соответствии с законом и быть разрешены им. В то время как необходимость судебного контроля за действиями и решениями органов исполнительной власти и прочих субъектов, выполняющих государственные задачи, признана повсеместно, национальная практика способов обеспечения соответствия законодательства

конституции весьма различается. Несмотря на то, что судебный контроль является эффективным средством достижения этой цели, могут существовать и другие средства, гарантирующие надлежащее осуществление конституции с целью обеспечения соблюдения верховенства права, такие как предварительное рассмотрение специальным комитетом<sup>18</sup>.

## 2. Соблюдение законов<sup>19</sup>

Действуют ли органы государственной власти на основе и в соответствии с действующим законодательством?<sup>20</sup>

- i. Определены ли полномочия органов государственной власти законом?<sup>21</sup>
- ii. Является ли четким разграничение полномочий между различными органами власти?
- iii. Установлены ли законом процедуры, которым должны следовать органы государственной власти?
- iv. Могут ли органы государственной власти действовать без соответствующей правовой основы? Достаточно ли оправданы такие случаи?
- v. Исполняют ли органы государственной власти свои позитивные обязательства, обеспечивая соблюдение и эффективную защиту прав человека?
- vi. В случаях, когда государственные задачи делегируются субъектам частного сектора, устанавливает ли закон аналогичные гарантии?<sup>22</sup>

45. Основным требованием принципа верховенства права является определение законом полномочий органов государственной власти. В той мере, в какой понятие законности определяет действия государственных должностных лиц, оно также требует, чтобы закон позволял эти действия, и чтобы затем они действовали в рамках данных им властных полномочий, соблюдая нормы процессуального права и материального законодательства. Аналогичные гарантии должны быть установлены законом для всех случаев, когда государственные полномочия делегируются субъектам частного сектора. Особенно, но не исключительно, это относится к правам принуждения. Кроме того, органы государственной власти должны активно защищать основные индивидуальные права человека от посягательств субъектов частного сектора<sup>23</sup>.

46. Понятие “Закон” включает в себя не только конституцию, международное законодательство и нормативные акты, но также и - там, где это применимо, - законы, создаваемые судьями<sup>24</sup>, такие как нормы общего права, имеющие обязательную силу. Любой закон должен быть доступен и предсказуем<sup>25</sup>.

## 3. Соотношение международных и внутренних правовых норм

Обеспечивает ли внутреннее законодательство соблюдение государством связывающих его обязательств по международному праву? В частности:

- i. Обеспечивает ли оно соблюдение норм в области прав человека, в том числе исполнение имеющих обязательную силу решений международных судов?
- ii. Имеются ли во внутреннем законодательстве четкие нормы в отношении исполнения этих обязательств<sup>26</sup>?

47. В международном законодательстве принцип *pacta sunt servanda* (соглашения должны выполняться) является выражением принципа законности. Он не определяет, каким способом международное обычное или договорное право реализуется во внутренней правовой системе, однако, государство «не вправе ссылаться на свое внутреннее законодательство в оправдание своего невыполнения договора»<sup>27</sup> или несоблюдения норм обычного международного права.

48. Принцип верховенства права не диктует выбора между монизмом и дуализмом, однако принцип *pacta sunt servanda* применяется вне зависимости от национального подхода к соотношению между международными и внутренними нормами. Так или иначе, полное соблюдение на внутригосударственном уровне международного законодательства является ключевым критерием. Когда международное законодательство является составной частью внутреннего законодательства, оно является обязательным к исполнению, как это описано в предыдущем пункте о соблюдении законов (II.A.2). Это, однако, не означает, что оно всегда должно иметь верховенство над конституцией или обычным правом.

#### 4. Законодательные полномочия исполнительной власти

Обеспечено ли верховенство законодательной власти?

- i. Включены ли в закон о парламенте или в основанный на нем подзаконный акт общие нормы абстрактного характера, не считая ограниченных исключений, предусмотренных конституцией?
- ii. Каковы эти исключения? Ограничены ли они во времени? Контролируются ли они парламентом или судебной системой? Существует ли действенное средство защиты от злоупотреблений?
- iii. В случаях, когда законодательные полномочия делегируются парламентом органам исполнительной власти, определяет ли законодательный акт точные цели, содержание и объем делегируемых полномочий<sup>28</sup>.

49. *Неограниченные полномочия исполнительной власти, de jure или de facto, являются главным признаком абсолютистских и диктаторских систем. Современный конституционализм был создан для борьбы с такими системами, и поэтому он гарантирует верховенство законодательной власти<sup>29</sup>.*

#### 5. Законодательные процедуры

Является ли процесс принятия законов прозрачным, подотчетным, предусматривающим участие всех сторон и демократичным?

- i. Предусмотрены ли четкие конституционные нормы законодательной процедуры<sup>30</sup>?
- ii. Обеспечено ли верховенство парламента в определении содержания закона?
- iii. Обсуждаются ли публично в парламенте предлагаемые законопроекты, и предоставляется ли их надлежащее обоснование (например, в пояснительных докладах)<sup>31</sup>?
- iv. Имеет ли общественность доступ к составлению законопроектов, по крайней мере, после представления их в парламент? Имеется ли у общественности возможность существенно влиять на законопроекты<sup>32</sup>?
- v. Производится ли, когда это необходимо, оценка воздействия законов до их принятия (например, воздействие в сфере прав человека или на бюджет)<sup>33</sup>?

- vi. Участвует ли парламент в процессе составления, принятия, инкорпорации в законодательство и выполнения международных договоров?

50. *Как было показано в вводной части, верховенство права связано с демократией в том смысле, что оно обеспечивает подотчетность и доступ к правам, ограничивая тем самым власть большинства.*

#### 6. Исключения в чрезвычайных ситуациях

Предусмотрены ли законом исключения для чрезвычайных ситуаций?

- i. Существуют ли специальные национальные законоположения для чрезвычайных ситуаций (войны или других чрезвычайных ситуаций, угрожающих жизни нации)? Возможны ли по национальному законодательству отступления от прав человека в таких ситуациях? Каковы обстоятельства и критерии, определяющие возможность применения таких исключений?
- ii. Запрещает ли национальное законодательство отступление от определенных прав человека даже в чрезвычайных ситуациях? Адекватны ли эти отступления, то есть ограничены ли они по длительности, обстоятельствам и объему<sup>34</sup>?
- iii. Ограничены ли также по длительности, обстоятельствам и объему возможности органов исполнительной власти нарушать в чрезвычайной ситуации нормальное разделение властей?
- iv. Какова процедура объявления чрезвычайной ситуации? Имеется ли парламентский и судебный контроль за наличием и длительностью чрезвычайной ситуации, а также за спектром любых отступлений, связанных с ней?

51. *Безопасность государства и его демократических институтов, а также безопасность его представителей и населения представляют собой жизненные интересы, заслуживающие защиты, что может вылиться во временные отступления от некоторых прав человека и в чрезвычайном разделении властей. Однако авторитарные правительства неоднократно злоупотребляли чрезвычайными полномочиями для того, чтобы сохранить свою власть, заткнуть рот оппозиции и ограничить права чело-*

века в целом. В этой связи первостепенное значение приобретает строгое ограничение длительности, обстоятельств и объема таких полномочий. Государственная и общественная безопасность может быть эффективно обеспечена только в условиях демократии, в полной мере реализующей верховенство права<sup>35</sup>. Во избежание злоупотреблений требуется наличие парламентского и судебного контроля по вопросу наличия и продолжительности объявленной чрезвычайной ситуации.

52. Соответствующие положения Международного пакта о гражданских и политических правах, Европейской конвенции по правам человека и Американской конвенции по правам человека аналогичны.<sup>36</sup> Они предусматривают возможность отступления (не путать с ограничением гарантированных прав) только в крайне исключительных обстоятельствах. Среди прочего, невозможны отступления от «так называемых абсолютных прав: права на жизнь, запрета на использование пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, а также рабства и отступление от принципа *nullum crimen, nulla poena*»<sup>37</sup>. Требование этих соглашений обобщаются в Пункте II.A.6.i.

### 7. Обязанность исполнения закона

Какие меры принимаются в целях обеспечения исполнения закона органами государственной власти?

- i. Изучаются ли до и после принятия закона препятствия для его исполнения?
- ii. Существуют ли эффективные правовые средства защиты от неисполнения законов?
- iii. Предусмотрены ли в законодательстве четкие и конкретные санкции за неисполнение закона<sup>38</sup>?
- iv. Существует ли прочная и последовательная правоохранительная система, позволяющая органам государственной власти применение этих санкций?
- v. Применяются ли последовательно такие санкции?

53. Несмотря на то, что полное применение норм законности представляется возможным лишь в редких случаях, основным требованием принципа верховенства права является уважение к закону. В частности, это означает, что государственные органы должны эффективно осуществлять законы. Сама суть верховенства права была бы поставлена под вопрос, если закон суще-

ствовал бы только в книгах, но не применялся и не осуществлялся действенным образом<sup>39</sup>. Обязанность исполнения закона состоит из трех элементов, подразумевая соблюдение закона индивидуумами, обязанность разумного осуществления закона государством и обязанность государственных должностных лиц действовать в рамках предоставленных им полномочий.

54. Препятствия к эффективному осуществлению закона могут возникнуть не только в результате незаконных или небрежных действий властей, но и из-за того, что качество законодательства делает трудным его исполнение. Поэтому так важна оценка того, насколько исполним закон на практике, до его принятия, а также и проверка *a posteriori*, может ли он эффективно осуществляться и осуществляется ли фактически. Это означает, что, с точки зрения верховенства права, должна производиться оценка законодательства *ex ante* и *ex post*.

55. Надлежащему осуществлению закона также может препятствовать отсутствие достаточных санкций (*lex imperfecta*), а также недостаточное или избирательное применение соответствующих санкций.

### 8. Субъекты частного сектора, выполняющие государственные задачи

Гарантирует ли закон, что негосударственные субъекты, которые полностью или частично взяли на себя выполнение традиционно государственных задач, действия и решения которых имеют такое же влияние на жизнь обычных граждан, как действия и решения органов государственной власти, подпадают под действие требований верховенства права и подотчетности в той же или похожей мере, что и органы государственной власти<sup>40</sup>?

56. Существует ряд областей, где смешанные (государственно-частные) субъекты или частные предприятия осуществляют полномочия, которые традиционно были прерогативой органов государственной власти, в том числе управление тюрьмами и здравоохранение. Принцип верховенства права также должен быть применим и в этих ситуациях.

**В. Правовая определенность**

**1. Доступность законодательства**

Доступны ли законы?

- i. Публикуются ли все законодательные акты до их вступления в силу?
- ii. Легко ли получить к ним доступ, например, через интернет и/или в официальном бюллетене?

**2. Доступность решений судов**

Имеется ли доступ к решениям судов?

- i. Имеют ли граждане легкий доступ к решениям судов<sup>41</sup>?
- ii. Достаточно ли оправданы существующие исключения?

57. Поскольку решения судов могут устанавливать, уточнять и разъяснять закон, их доступность является частью понятия правовой определенности. Ограничения могут быть оправданы, если их целью является защита индивидуальных прав, например, прав несовершеннолетних в уголовных делах.

**3. Предсказуемость законов**

Предсказуемо ли действие закона<sup>42</sup>?

- i. Вразумительны ли формулировки законов?
- ii. Указывается ли четко в новых законах, отменяют ли или изменяют ли они предыдущее законодательство (и какое)? Включаются ли изменения в консолидированную и общедоступную версию закона?

58. Предсказуемость означает не только то, что закон должен, по возможности, быть провозглашен прежде, чем начнется его применение, и что его действие должно быть предсказуемо. Он также должен быть достаточно точно и ясно сформулирован, чтобы субъекты права могли согласовывать с ним свои действия<sup>43</sup>.

59. Необходимая степень предсказуемости зависит от характера закона. Особенно она важна в уголовном законодательстве. Заблаговременное предупреждение о возможности конкретной опасности приобретает сейчас все большее значение. Такое развитие вполне оправдано в связи с возрастанием рисков в результате изменяющихся технологий. При этом в тех сферах, где применяется закон о предостережении, например, в

законодательстве о рисках, требования к действиям государства выражены в сравнительно более широких и менее точных терминах. И все же верховенство права подразумевает, что и здесь нельзя пренебрегать принципом предсказуемости.

**4. Стабильность и последовательность закона**

Являются ли законы стабильными и последовательными?

- i. Являются ли законы стабильными в том смысле, что они изменяются только после надлежащего предупреждения<sup>44</sup>?
- ii. Является ли их применение последовательным?

60. Нестабильность и непоследовательность законов или актов исполнительной власти может повлиять на возможность граждан планировать свои действия. Стабильность, однако, сама по себе не является целью: законодательство должно быть способно приспосабливаться к изменяющимся обстоятельствам. Закон можно изменять, но только после общественного обсуждения и уведомления и так, чтобы не произошло нарушение принципа правомерных ожиданий (см. следующий пункт).

**5. Правомерные ожидания**

Обеспечивается ли соблюдение принципа правомерных ожиданий?

61. Принцип правомерных ожиданий является частью общего принципа правовой определенности в законодательстве Европейского союза, который взят из национальных законодательств. Он также выражает идею о том, что органы государственной власти должны соблюдать не только закон, но и свои обещания и порожденные ими ожидания. В соответствии с доктриной правомерных ожиданий, лица, добросовестно действующие на основании закона (как он есть), не должны быть обмануты в своих правомерных ожиданиях. Однако в исключительных случаях возникшие новые ситуации могут оправдывать изменения в законодательстве, ведущие к обману правомерных ожиданий. Данная доктрина применима не только к законодательству, но и к индивидуальным решениям политической власти<sup>45</sup>.

6. Отсутствие обратной силы

Запрещена ли обратная сила закона?

- i. Запрещена ли обратная сила в уголовном законодательстве?
- ii. До какой степени имеется также общий запрет обратной силы в прочих законах<sup>46</sup>?
- iii. Существуют ли исключения и, если да, на каких условиях?

7. Принципы *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege*

Реализуются ли принципы *nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege* (нет преступления, нет наказания без устанавливающего его закона)?

62. Граждане должны быть предупреждены заранее о последствиях своих действий. Это подразумевает предсказуемость (см. выше II.В.3) и отсутствие обратной силы, особенно в уголовном законодательстве. В гражданском и административном праве обратная сила может иметь отрицательное воздействие на права и законные интересы<sup>47</sup>. Однако за пределами области уголовного права ограничение прав граждан или возложение на них новых обязанностей в результате обратного действия (в том числе, временное) может быть допустимо, но только в интересах общества и в соответствии с принципом пропорциональности. Законодатель не должен вмешиваться в применение существующих законов судами.

8. *Res judicata*<sup>48</sup>

Соблюдается ли принцип *res judicata*?

- i. Обеспечено ли соблюдение принципа *ne bis in idem* (запрет вторичного привлечения к ответственности за одно и то же преступление)?
- ii. Могут ли пересматриваться окончательные решения судов?
- iii. Если да, то при каких условиях?

63. Принцип *res judicata* подразумевает, что, когда вынесено окончательное решение по апелляции, дальнейшие апелляции невозможны. Окончательные решения судов должны исполняться, если только нет веских причин для их пересмотра<sup>49</sup>.

**С. Предотвращение злоупотребления (превышения) полномочий<sup>50</sup>**

Имеются ли правовые гарантии против произвола и злоупотребления полномочиями (*détournement de pouvoir*) со стороны органов власти?

- i. Если да, каков правовой источник этих гарантий (конституция, статутное право, прецедентное право)?
- ii. Имеются ли четкие правовые ограничения дискреционных полномочий, особенно осуществляемых органом исполнительной власти при принятии административных мер<sup>51</sup>?
- iii. Существуют ли механизмы предотвращения, исправления и наказания за злоупотребление дискреционными полномочиями (*détournement de pouvoir*)? Когда дискреционные полномочия предоставляются официальному лицу, существует ли судебный контроль за исполнением таких полномочий?
- iv. Обязаны ли органы государственной власти представлять надлежащее обоснование своих решений, в особенности, когда они затрагивают права отдельных лиц? Является ли непредставление обоснований законным основанием для опротестования таких решений в суде?

64. Осуществление полномочий, ведущее к принятию явно несправедливых, необоснованных, неразумных или репрессивных решений, является нарушением принципа верховенства права.

65. Неограниченные полномочия исполнительных органов противоречат принципу верховенства права. Следовательно, в целях защиты от произвола, закон должен определять объем любых таких полномочий.

66. Злоупотребление дискреционными полномочиями должно подлежать судебному или другому независимому контролю. Существующие средства правовой защиты должны быть четко прописаны и доступны.

67. Возможно, было бы также целесообразно обеспечить доступ к защите при помощи омбудсмена или использование другой формы особого производства.

68. Обязанность представления обоснований должна относиться также и к административным решениям<sup>52</sup>.

**D. Равенство перед законом и недискриминация****1. Принцип**

Закреплен ли в конституции принцип равного обращения, обязательство государства содействовать достижению равенства, а также право граждан на свободу от дискриминации?

**2. Недискриминация<sup>53</sup>**

Обеспечен ли принцип недискриминации?

- i. Запрещена ли дискриминация конституцией?
- ii. Имеется ли в законе эффективная гарантия против дискриминации?
- iii. Содержится ли в конституции и/или законодательстве четкое определение и недвусмысленный запрет как прямой, так и косвенной дискриминации?

69. Принцип недискриминации предусматривает запрет любого несправедливого неравного обращения в соответствии с законом и/или со стороны закона, а также то, чтобы все лица получали гарантированную равную и эффективную защиту против дискриминации по таким основаниям как раса, цвет кожи, пол, язык, вероисповедание, политические или другие взгляды, национальное или социальное происхождение, принадлежность к национальному меньшинству, имущественное или сословное положение.

**3. Равенство в законодательстве**

Гарантировано ли равенство в законодательстве?

- i. Имеется ли в Конституции требование соблюдения в законодательстве (включая подзаконные акты) принципа равенства в законодательстве<sup>54</sup>? Предусмотрено ли в ней, что установленные различия должны быть объективно оправданы?
- ii. Может ли закон, нарушающий принцип равенства в законодательстве, быть оспорен в суде?
- iii. Существуют ли лица или группы, имеющие особые правовые привилегии? Имеют ли эти исключения и/или привилегии законную цель и соблюден ли в них принцип соразмерности?
- iv. Предусмотрены ли недвусмысленные позитивные меры в пользу особых групп, в том числе национальных меньшинств, с целью преодоления структурного неравенства?

70. В законодательстве должен соблюдаться принцип равенства: оно должно обеспечивать равный подход в сходных ситуациях и отличный подход в отличных ситуациях, а также гарантировать равенство при наличии любых оснований для потенциальной дискриминации.

71. Например, законы о парламентском иммунитете и, в частности, законы о неприкосновенности «должны ... регулироваться ограничительным образом, и всегда должна быть возможность для снятия такого иммунитета через четкую и беспристрастную процедуру. Неприкосновенность, если она существует, должна сниматься, за исключением случаев, когда ее наличие оправдано обстоятельствами рассматриваемого дела и необходима для защиты демократических процедур в парламенте и прав оппозиции»<sup>55</sup>.

72. «Закон должен иметь в виду, что запрет дискриминации не противоречит существованию или принятию особых временных мер, направленных на предотвращение или ликвидацию менее выгодного положения, в котором находятся отдельные лица или группы населения в связи с принадлежностью к какой-либо конкретной группе населения, или на обеспечение их полного участия во всех сферах жизни. Такие меры не должны продолжаться существовать после достижения тех целей, для которых они были предназначены»<sup>56</sup>.

**4. Равенство перед законом**

Обеспечивается ли равенство перед законом?

- i. Предусматривает ли национальная правовая система четкое соблюдение принципа того, что законы относятся в равной степени ко всем гражданам вне зависимости от расы, цвета кожи, пола, языка, вероисповедания, политических или других взглядов, национального или социального происхождения, имущественного или сословного положения<sup>57</sup>? Предусмотрено ли в ней, что установленные различия должны быть объективно оправданы, основаны на разумной цели и соответствовать принципу соразмерности<sup>58</sup>?
- ii. Имеются ли эффективные средства правовой защиты против дискриминационного или неравноправного применения закона<sup>59</sup>?

73. Принцип верховенства права требует всеобщего подчинения закону. Он подразумевает, что закон должен применяться в равной степени ко всем и последовательно реализовываться. Равенство, однако, не является чисто формальным критерием, оно должно вести к реально равному обращению. К примеру, в некоторых обстоятельствах меры оказания предпочтения могут быть средством обеспечения реального равенства, исправляя имевшееся в прошлом невыгодное положение или изоляцию<sup>60</sup>.

### **Е. Доступ к правосудию<sup>61</sup>**

#### **1. Независимость и беспристрастность**

##### **а. Независимость судебной системы**

Имеются ли достаточные конституционные и законодательные гарантии независимости судебных органов?

- i. Закреплены ли в конституции или обычном законодательстве основные принципы независимости судебных органов, включая объективную процедуру и критерии назначения судей, срок их пребывания в должности, правила дисциплины и смещения судей<sup>62</sup>?
- ii. Назначаются ли судьи пожизненно или до достижения ими пенсионного возраста? Ограничены ли основания для их смещения серьезными нарушениями дисциплины или установленных законом норм уголовного права, или обстоятельствами, когда судья не в состоянии далее выполнять судебные функции? Четко ли прописана соответствующая процедура в законе? Имеются ли средства правовой защиты конкретного судьи от решений по его смещению<sup>63</sup>?
- iii. Четко ли определены основания для принятия дисциплинарных мер, и ограничены ли основания для санкций совершением умышленных преступлений и допущением грубой небрежности<sup>64</sup>?
- iv. Отвечает ли за эти процедуры независимый орган<sup>65</sup>?
- v. Состоит ли этот орган не исключительно из судей?
- vi. Основывается ли назначение и продвижение судей на существенных факторах, таких как способности, честность и опыт<sup>66</sup>? Закреплены ли эти критерии в законе?
- vii. При каких условиях возможен перевод судьи в другой суд? Необходимо ли для этого согласие судьи? Может ли судья оспорить решение о своем переводе?

- viii. Имеется ли независимый судебный совет? Основано ли его существование на конституции или законе о судебных органах<sup>67</sup>? Если да, обеспечивает ли он адекватное представительство судей, а также юристов и общественности<sup>68</sup>?
- ix. Могут ли судьи обращаться в судебный совет в случаях нарушения их независимости?
- x. Гарантирована ли финансовая независимость судебных органов? В частности, достаточны ли средства, выделяемые судам, и существует ли специальная статья в бюджете для финансирования судебных органов, исключающая возможность сокращений решением органов исполнительной власти, кроме случаев общих сокращений зарплат<sup>69</sup>? Участвуют ли судебные органы или судебный совет в бюджетном процессе?
- xi. Ограничены ли задачи прокуроров в основном областью уголовного правосудия<sup>70</sup>?
- xii. Воспринимается ли судебная система как независимая? Каково мнение населения о возможности политического влияния или манипуляций на назначение и продвижение судей/прокуроров, а также на их решения по конкретным делам? Если это имеет место, обеспечивает ли судебный совет эффективную защиту судей от таких поползновений?
- xiii. Выполняют ли судьи систематически запросы прокуратуры («обвинительный уклон»)?
- xiv. Достаточны ли и справедливы ли размеры зарплат судей?

74. Судебные органы должны быть независимы. Независимость означает, что судебные органы свободны от внешнего давления и не подвержены политическому влиянию или манипуляциям, особенно со стороны органов исполнительной ветви власти. Это требование является неотъемлемой частью основного демократического принципа разделения властей. Судьи не должны подвергаться политическому давлению или манипуляциям.

75. Европейский суд по правам человека выделяет четыре элемента независимости судей: способ назначения, срок полномочий, наличие гарантий от внешнего давления – в том числе, в бюджетных вопросах – и то, воспринимаются ли судебные органы как независимые и беспристрастные<sup>71</sup>.

76. Ограниченный или возобновляемый срок полномочий может поставить судей в зависимость от органа власти, который их назначил или имеет право на их переназначение на следующий срок.

77. Законодательство о смещении судей может создавать условия для завуалированных санкций.

78. Нарушения, ведущие к дисциплинарным санкциям, и их правовые последствия должны быть четко определены законом. Дисциплинарная система должна соответствовать требованиям справедливой процедуры, предусматривающей справедливое разбирательство и возможность апелляции (апелляций) (см. ниже раздел II.E.2).

79. Важно, чтобы назначение и продвижение судей не основывалось на политических или личных соображениях. Эта система должна постоянно контролироваться в целях выполнения данного условия.

80. Хотя перевод судьи без его согласия в другой суд может применяться в некоторых случаях как законная санкция, точно так же он может использоваться в качестве инструмента политического давления, завуалированного под санкцию<sup>72</sup>. Однако такой перевод в принципе может быть оправдан в случае законной институциональной реорганизации.

81. «Надлежащим методом обеспечения независимости судебных органов является решающее влияние судебного совета на решения о назначении и продвижении судей». Состав судебных советов «должен быть смешанным, и значительное число, если не большинство его членов должны быть судьями»<sup>73</sup>. Это самый эффективный способ обеспечить, чтобы решения относительно подбора и продвижения судей были независимы от правительства и администрации<sup>74</sup>. Могут, однако, существовать и другие приемлемые способы назначения независимых судей.

82. Наделение этими полномочиями органов исполнительной власти допустимо только в государствах, где власть таких органов ограничена правовой культурой и традициями, сформировавшимися в течение долгого периода времени, и там, где передача этих функций парламенту вызывает опасность политизации процесса<sup>75</sup>. Если этим будут заниматься исключительно судьи, возникает риск вмешательства идей самозащиты, защиты личных интересов и кумовства. Что же касается состава судебного совета, при его создании необходимо избегать как

политизации, так и корпоративизма<sup>76</sup>. Должен быть найден надлежащий баланс между судьями и представителями несудейских профессий<sup>77</sup>. Включение в совет представителей других ветвей власти не должно создавать угрозы неподобающего давления на членов совета и судебский корпус в целом<sup>78</sup>.

83. Наличие достаточного количества ресурсов является обязательным условием для обеспечения независимости судебных органов от госучреждений и частных лиц, с тем чтобы судебные органы могли честно и эффективно выполнять свои обязанности, укрепляя тем самым веру общественности в справедливость и верховенство права<sup>79</sup>. Возможность органов исполнительной власти урезать бюджеты судебной системы является одним из примеров того, как финансирование судебной системы может служить инструментом неподобающего давления.

84. Прокуратуре не должно быть позволено вмешиваться в судебные дела за пределами своей обычной роли в системе уголовного правосудия. Возможность такого вмешательства поставила бы под вопрос работу судебной системы и угрожала бы ее независимости<sup>80</sup>.

85. Вопросы xii-xiv относятся в первую очередь к общественному восприятию независимости судебных органов. Обвинительный уклон – один из примеров отсутствия независимости. Ему может способствовать возможность санкций в случае вынесения «неправильных» решений. И, наконец, справедливое и достаточное вознаграждение представляет из себя конкретный аспект финансовой независимости судебных органов. Такое вознаграждение является средством предотвращения коррупции, которая может угрожать независимости судебных органов не только от других ветвей власти, но и от частных лиц<sup>81</sup>.

#### **b. Независимость отдельных судей**

Имеются ли достаточные конституционные и законодательные гарантии независимости отдельных судей?

i. Подлежит ли деятельность судов – за рамками работы по рассмотрению апелляций - надзору судами высших инстанций, председателями судов, органами исполнительной власти или другими государственными органами?

ii. Гарантировано ли в конституции право предстать перед компетентным судьей («компетентный судья по установленному законодательству»)<sup>82</sup>?

iii. Имеется ли в законе четкое определение того, какой суд является компетентным? Установлены ли в нем правила разрешения любых конфликтов компетенций?

iv. Производится ли распределение дел по объективным и прозрачным критериям? Исключено ли отстранение судьи от рассмотрения дела, кроме тех случаев, когда отвод судьи одной из сторон или его самоотвод признан обоснованным<sup>83</sup>?

86. Независимость отдельных судей от законодательной и, особенно, от исполнительной ветви власти должна быть обеспечена точно так же, как и независимость судебной системы в целом.

87. Возможность апелляции на решения судов в суды более высокой инстанции является общим элементом судебных систем, и это должно быть единственной формой контроля работы судей по применению закона. Судьи не должны подвергаться контролю со стороны своих коллег-судей и, а fortiori, со стороны любых этажей исполнительной власти, осуществляемой, например, государственными чиновниками. Такой контроль нарушал бы их индивидуальную независимость и, как следствие, противоречил принципу верховенства права<sup>84</sup>.

88. «У этой гарантии подразумеваются два аспекта. Один из них относится к суду в целом. Другой относится к конкретному судье или коллегии судей, рассматривающей дело... Недостаточно только того, чтобы компетентность суда (или судебного органа) для рассмотрения какого-либо дела определялась заранее. Необходим порядок, в соответствии с которым конкретный судья (или коллегия судей) данного суда был бы определен заранее. Такой порядок был бы основан на общих принципах объективности»<sup>85</sup>.

### с. Беспристрастность судебных органов<sup>86</sup>

Существуют ли в конституции и законодательстве положения, обеспечивающие непристрастность судебных органов<sup>87</sup>?

i. Каково общественное восприятие непристрастности судебных органов и конкретных судей?

ii. Существует ли коррупция в судебных органах? Имеются ли конкретные меры по предотвращению коррупции в судебных органах (например, декларирование доходов и имущества)? Каково общественное восприятие этой проблемы<sup>88</sup>?

89. *Беспристрастность судебных органов должна быть обеспечена как на практике, так и в законодательстве. Классическая формула, как она выражена, например, в судебной практике Европейского суда по правам человека, такова: «правосудие должно быть не только действенным, но и наглядным»<sup>89</sup>. Это подразумевает как объективную, так и субъективную непристрастность. Восприятие со стороны общества может помочь в оценке того, насколько судебные органы беспристрастны на практике.*

90. *Декларирование доходов и имущества является средством борьбы с коррупцией, поскольку оно может высветить конфликт интересов и привести к проверке источников необычных доходов<sup>90</sup>.*

### d. Прокурорская служба: самостоятельность и контроль

Обеспечивается ли в достаточной степени самостоятельность прокурорской службы?

i. Имеет ли прокуратура достаточную самостоятельность в структуре государства? Основываются ли ее действия на законе, а не на политической целесообразности<sup>91</sup>?

ii. Позволяется ли органам исполнительной власти давать конкретные указания прокуратуре в отношении тех или иных дел? Если да, обосновывается ли это письменно и подлежит ли контролю общественности<sup>92</sup>?

iii. Может ли вышестоящий прокурор давать прямые указания по конкретным делам нижестоящему прокурору? Если да, обосновываются ли эти указания в письменной форме?

iv. Существует ли механизм, в соответствии с которым нижестоящий прокурор может оспорить такие указания на основании их незаконного характера или отсутствия для них достаточных оснований?

v. Может ли также прокурор, оспаривающий такие указания, попросить о своей замене<sup>93</sup>?

- vi. Допускается ли прекращение срока полномочий только по достижении прокурором пенсионного возраста, либо по дисциплинарным причинам, или, в качестве альтернативы, назначаются ли прокуроры на относительно долгий срок без возможности продления полномочий<sup>94</sup>?
- vii. Прописаны ли ясным образом в законе все эти вопросы, а также основания для смещения прокуроров<sup>95</sup>?
- viii. Существуют ли способы правовой защиты отдельного прокурора на случай решения о его смещении<sup>96</sup>?
- ix. Основано ли назначение, перевод и продвижение по службе прокуроров на объективных факторах, в частности, на их способностях, честности и опыте, а не на политических соображениях? Закреплены ли эти принципы в законодательстве?
- x. Является ли размер вознаграждения прокуроров справедливым и достаточным<sup>97</sup>?
- xi. Существует ли в обществе ощущение, что политика прокуратуры допускает избирательное применение закона?
- xii. Подлежат ли действия прокуратуры судебному контролю?

91. *Общих стандартов организации прокурорской службы не существует, особенно в том, что касается полномочий по назначению прокуроров или внутренней организации работы прокурорской службы. Однако необходимо, чтобы ей была обеспечена достаточная самостоятельность в целях защиты органов прокуратуры от неподобающего политического влияния. В соответствии с принципом законности, прокурорская служба должна действовать исключительно на основании и в соответствии с законом<sup>98</sup>. Это не мешает тому, чтобы закон предоставлял органам прокуратуры некоторую свободу усмотрения относительно того, возбуждать или нет уголовное разбирательство (принцип целесообразности)<sup>99</sup>.*

92. *Самостоятельность также должна обеспечиваться внутри прокурорской службы. Прокуроры не должны подчиняться строгим иерархическим указаниям, даваемым без всяких оснований, и должны быть вправе не выполнять указания, противоречащие закону.*

93. *Соображения относительно судебной системы относятся, mutatis mutandis, и к прокурорской службе, включая важность оценки как правовых норм, так и практики.*

94. *Здесь опять же<sup>100</sup> достаточное вознаграждение является важным элементом самостоятельности и защиты от коррупции.*

95. *Предвзятость со стороны прокурорской службы может вести к необоснованному преследованию или к избирательному преследованию, особенно в отношении людей, обладающих властью или близких к ней. Это поставило бы под угрозу осуществление правовой системы и тем самым представляет опасность для принципа верховенства права. Для идентификации такой предвзятости необходим учет восприятия этой проблемы в обществе.*

96. *Как и в прочих сферах, наличие средств правовой защиты, доступных для граждан, чьи права ущемляются, является необходимым условием соблюдения принципа верховенства права.*

#### **е. Независимость и беспристрастность адвокатуры**

Обеспечивается ли независимость и беспристрастность адвокатуры?

- i. Существует ли признанная, организованная и независимая профессия адвокатов (адвокатура)<sup>101</sup>?
- ii. Существует ли законодательная база деятельности адвокатуры, основанной на принципах независимости, конфиденциальности и профессиональной этики, и не допускающей конфликта интересов?
- iii. Регулируется ли доступ к адвокатуре в объективной и достаточно открытой форме, в том числе в отношении вопросов о вознаграждении и оказании правовой помощи?
- iv. Существуют ли в адвокатуре эффективные и справедливые дисциплинарные процедуры?
- v. Каково общественное восприятие в отношении независимости адвокатуры?

97. *При оценке судебной системы состояние адвокатуры имеет фундаментальное значение. Поэтому ключевое значение имеет такая ее организация, которая обеспечивала бы ее независимость и надлежащее функционирование. Под этим подразумевается, что законодательство обеспечивает основные условия ее независимости, и что доступ к адвокатуре достаточно свободен, делая эффективным право на юридическую помощь. Эффективные и четкие уголовные и дисциплинарные процедуры необходимы для обеспечения независимости и непредвзятости адвокатов.*

98. Профессиональная этика подразумевает, *inter alia*, что «адвокат должен сохранять независимость и пользоваться защитой, которую дает такая независимость, предоставляя клиентам непредвзятую правовую помощь и представительство»<sup>102</sup>. Он «должен всегда соблюдать высочайшие стандарты честности, добросовестности и справедливости в отношении своих клиентов в суде в отношениях с коллегами и со всеми, с кем он вступает в профессиональный контакт»<sup>103</sup>, «не должен допускать создания ситуаций, когда интересы клиента конфликтуют с интересами адвоката»<sup>104</sup> и «превыше всего должен ставить интересы клиента»<sup>105</sup>.

## 2. Справедливый суд<sup>106</sup>

### а. Доступ к судам

Имеют ли индивидуальные граждане эффективный доступ к судам?

- i. *Locus standi* (право обращения в суд): имеет ли индивидуальный гражданин легкодоступную и эффективную возможность оспорить действия властей или частных лиц, затрагивающие его/ее интересы<sup>107</sup>?
- ii. Гарантировано ли право на защиту, включая эффективную правовую помощь<sup>108</sup>? Если да, каков правовой источник такой гарантии?
- iii. Доступна ли правовая помощь сторонам, не имеющим достаточных средств для ее оплаты, в случаях, когда этого требуют интересы правосудия<sup>109</sup>?
- iv. Разумны ли формальные требования<sup>110</sup>, сроки<sup>111</sup> и судебные сборы<sup>112</sup>?
- v. Легко ли на практике доступ к правосудию<sup>113</sup>? Какие меры предпринимаются для его облегчения?
- vi. Доступна ли публичная необходимая информация о работе судебных органов?

99. Индивидуальные граждане, как правило, не в состоянии самостоятельно обратиться с иском в суд. В этой связи правовая помощь имеет ключевое значение и должна быть общедоступна. Правовая помощь должна предоставляться в том числе и лицам, не способным оплатить ее.

100. Этот вопрос имеет в виду многочисленные процедурные препятствия, могущие поставить под угрозу доступность право-

судия. Излишние формальные требования могут привести к тому, что даже серьезные и хорошо обоснованные дела могут быть не приняты к рассмотрению. Сложность этих требований может сделать необходимым обращение к юристам даже по простым делам, не вызывающим серьезных финансовых последствий. Для упрощения юридических процедур должны иметься простые, стандартизированные и доступные публичной форме.

101. Слишком короткие сроки на практике могут мешать индивидуальным гражданам осуществлять свои права. Высокие судебные сборы могут препятствовать многим индивидуальным гражданам, особенно лицам с низким доходом, обращаться в суд.

102. Ответы на предыдущие вопросы относительно процедурных препятствий должны позволить составить предварительное заключение о том, насколько гарантирован доступ к судам. Однако полное заключение должно учитывать также общественное восприятие этих аспектов.

103. Судебные органы не должны восприниматься как далекие от народа и окутанные тайной. Наличие, в частности, в интернете четкой информации о том, как обратиться в суд, является одним из способов обеспечить эффективную взаимосвязь общественности с судебной системой. Информация должна быть легко доступной всем, включая уязвимые группы населения, а также предоставляться на языках национальных меньшинств и/или мигрантов. Суды низших инстанций должны быть хорошо распределены по территории страны, а помещения судов – легкодоступны.

### б. Презумпция невиновности<sup>114</sup>

Гарантирована ли презумпция невиновности?

- i. Гарантирована ли презумпция невиновности законом?
- ii. Существуют ли ясные и справедливые правила в отношении бремени доказывания?
- iii. Существуют ли средства правовой защиты, не позволяющие другим ветвям государственной власти делать заявления относительно виновности обвиняемого<sup>115</sup>?
- iv. Обеспечивается ли законом на практике право хранить молчание и право не давать показаний против себя и членов своей семьи<sup>116</sup>?
- v. Существуют ли гарантии от чрезмерно продолжительного содержания под стражей до суда<sup>117</sup>?

104. Презумпция невиновности является самым главным условием, обеспечивающим право на справедливый суд. Для гарантии презумпции невиновности бремя доказывания должно быть возложено на обвинителя<sup>118</sup>. Правила и практика относительно необходимых доказательств должны быть ясными и справедливыми. Не должно допускаться непреднамеренное или преднамеренное оказание влияния на компетентный судебный орган другими ветвями государственной власти путем высказывания ими до суда своей оценки фактов. То же самое относится к некоторым частным источникам мнений, таким как средства массовой информации. Чрезмерно продолжительное содержание под стражей до суда может рассматриваться как признание обвиняемого виновным до суда<sup>119</sup>.

#### **с. Прочие аспекты права на справедливый суд**

Закреплены ли в законе дополнительные нормы справедливого суда и применяются ли они на практике?

- i. Гарантировано ли законом равенство состязательных возможностей? Обеспечивается ли оно на практике<sup>120</sup>?
- ii. Существуют ли правила, исключающие использование доказательств, полученных незаконным путем<sup>121</sup>?
- iii. Начинаются ли судебные разбирательства и выносятся ли судебные решения без излишней задержки<sup>122</sup>? Имеются ли средства правовой защиты от чрезмерной продолжительности судебных разбирательств<sup>123</sup>?
- iv. Обеспечено ли право своевременного доступа сторон к документам суда<sup>124</sup>?
- v. Гарантировано ли право быть выслушанным в суде<sup>125</sup>?
- vi. Хорошо ли обосновываются судебные решения<sup>126</sup>?
- vii. Являются ли слушания и вынесение приговоров публичными, за исключением случаев, обусловленных статьей 6.1 ЕКПЧ, или заочных разбирательств?
- viii. Имеются ли процедуры апелляции, особенно по уголовным делам<sup>127</sup>?
- ix. Обеспечивается ли надлежащая и скорая доставка извещений суда?

105. Право на подачу апелляции на решение суда в области уголовного правосудия недвусмысленно гарантировано

статьей 2 Протокола 7 ЕКПЧ и статьей 14.5 МПГПП и, в целом, статьей 8.2.h АКПЧ. Это общий принцип верховенства права, который часто гарантируется на конституционном или законодательном уровне государства, в особенности в области уголовного права. Если решения суда не могут быть оспорены, это создает опасность вынесения необоснованных решений.

106. Все вышеописанные аспекты права на справедливый суд могут быть выведены из права на справедливый суд, как оно определено в статье 6 ЕКПЧ и развито в судебной практике Европейского суда по правам человека. Они обеспечивают надлежащую вовлеченность субъектов права в судебный процесс.

#### **d. Эффективность судебных решений**

Эффективны ли судебные решения?

- i. Исполняются ли решения судов быстро и эффективно<sup>128</sup>?
- ii. Часты ли обращения в национальные суды и в Европейский суд по правам человека в связи с неисполнением судебных решений?
- iii. Каково общественное восприятие эффективности судебных решений?

107. Судебные решения имеют важнейшее значение для осуществления конституции и законодательства. Неисполнение судебных решений лишает какого-либо содержания право на справедливый суд и верховенство права в целом.

#### **3. Конституционное правосудие (если это применимо)**

Обеспечено ли конституционное правосудие в тех государствах, где предусмотрен контроль конституционности (специальным конституционным или верховным судом)?

- i. Имеют ли отдельные лица эффективный доступ к конституционному правосудию для подачи протеста против общих законов, т.е. могут ли отдельные лица потребовать проверки конституционности закона путем подачи прямого иска или конституционного протеста в обычный суд<sup>129</sup>? Как определяется их «право на предъявление иска»?
- ii. Имеют ли отдельные лица эффективный доступ к конституционному правосудию для подачи протеста против индивидуальных актов, затрагивающих их интересы, т.е. могут ли отдельные лица потребовать проверки конституционности

административных актов или решений судов путем подачи прямого иска или конституционного протеста<sup>130</sup>?

- iii. Обязан ли парламент и органы исполнительной власти при принятии новых законов или нормативных положений учитывать аргументы, представленные конституционным судом или аналогичным органом? Учитывают ли они их на практике?
- iv. Устраняет ли в разумные сроки парламент или органы исполнительной власти лакуны в законодательстве, обнаруженные конституционным судом или аналогичным органом?
- v. В тех случаях, когда решения обычных судов отменяются после разбора конституционной жалобы, происходит ли возобновление дел и пересмотр их обычными судами с учетом аргументов, представленных конституционным судом или аналогичным органом<sup>131</sup>?
- vi. Если конституционные судьи избираются парламентом, требуется ли при голосовании по этому вопросу квалифицированное большинство<sup>132</sup>, и существуют ли другие гарантии для обеспечения сбалансированного состава<sup>133</sup>?
- vii. Применяется ли предварительный контроль конституционности органами исполнительной или законодательной власти?

108. Венецианская комиссия обычно рекомендует создание конституционного суда или аналогичного органа. Ключевую роль играет эффективная гарантия соответствия конституции деятельности органов власти, включая законодательную деятельность. Такое соответствие может обеспечиваться и другими способами. Например, финское законодательство одновременно предусматривает как априорный контроль конституционности Комитетом по конституционному праву, так и апостериорный судебный контроль в случае, если применение какого-либо законодательного положения приведет к явному противоречию с конституцией. В данном конкретном национальном контексте это оказалось достаточной мерой<sup>134</sup>.

109. Полный судебный контроль конституционности необходим как наиболее эффективное средство обеспечения соблюдения конституции и включает в себя ряд аспектов, которые подробно затронуты выше. Во-первых, весьма важен вопрос *locus standi*: ограничение права требовать проверки конституционности только органами законодательной и исполнительной власти может серьезно сократить количество обращений и, как следствие,

объем контроля. Поэтому в большинстве стран, по крайней мере в Европе, предоставлен доступ к конституционному правосудию индивидуальным лицам<sup>135</sup>. Такой доступ может быть прямым или непрямым (когда протест подается в обычный суд, который затем передает его в конституционный суд)<sup>136</sup>. Во-вторых, не должно быть ограничений в отношении того, какие виды актов могут быть подвергнуты конституционному контролю: это должно быть возможно как в отношении (общих) нормативных, так и в отношении индивидуальных (административных или судебных) актов. При этом в отношении индивидуальных заявителей может существовать требование наличия личного интереса.

110. Право на справедливый суд предусматривает исполнение всех решений судов, в том числе конституционных. Простая отмена закона, нарушающего конституцию, не является достаточной мерой для устранения всех последствий такого нарушения, а в случаях неконституционных законодательных упущений это вообще невозможно.

111. Именно поэтому в данном документе подчеркивается важность того, чтобы парламент при принятии законов руководствовался решениями конституционного суда или аналогичного органа<sup>137</sup>. То, что было сказано в отношении органов законодательной и исполнительной власти, справедливо также и для судов: они обязаны пересматривать и исправлять те дела, в которых орган конституционного правосудия нашел несоответствия с конституцией, в свете аргументов, представленных этим органом.

112. «Легитимность органа конституционного правосудия и общественное восприятие его решений может в значительной мере зависеть от учета судом различных общественных ценностей, несмотря на то что обычно на их место ставят общепринятые ценности. В этой связи правила, определяющие состав таких судов, должны обеспечивать их сбалансированность в целях учета ими самых разнообразных чувствительных аспектов»<sup>138</sup>. Избрание квалифицированным большинством предполагает политический компромисс и является одним из средств обеспечения сбалансированного состава органа конституционного правосудия в тех случаях, когда ни одна партия или коалиция не обладает таким большинством.

113. Даже в тех государствах, где возможен контроль *ex post* конституционным или верховным судом, контроль *ex ante* органами исполнительной или законодательной власти помогает избегать несоответствий конституции.

**Ф. Примеры проблем на пути обеспечения верховенства права**

114. Существует множество примеров того, как отдельные действия и решения нарушают верховенство права. В этом разделе представлены два таких примера, поскольку именно они являлись самыми актуальными и распространенными во время составления данного документа: это (1) коррупция и конфликт интересов, а также (2) сбор информации и наблюдение.

**1. Коррупция<sup>139</sup> и конфликт интересов  
а. Меры по предупреждению коррупции**

Каковы предпринимаемые меры по предупреждению коррупции?

- i. Существуют ли особые правила поведения государственных должностных лиц при исполнении государственных обязанностей? Предусматривают ли эти правила:
  - (1) поощрение честности в государственной жизни через исполнение общих обязанностей (непредвзятость, беспристрастность и т.п.);
  - (2) ограничение получения подарков и прочих благ;
  - (3) защиту против использования общественных ресурсов и информации, не предназначенной для публичного распространения;
  - (4) правила в отношении контактов с третьими сторонами и лицами, пытающимися оказать влияние на решения органов власти, в том числе на работу правительства и парламента?
- ii. Существуют ли правила, направленные на предотвращение конфликта интересов при принятии решений государственным должностным лицом, например, требование предварительного раскрытия любого конфликта интересов?
- iii. Распространяются ли перечисленные выше меры на все категории государственных должностных лиц, например, на государственных чиновников, избираемых или назначаемых старших должностных лиц государственного и местного уровня, судей и других должностных лиц, исполняющих судебные функции, прокуроров и т.п.?
- iv. Подвержены ли определенные категории государственных должностных лиц требованию раскрытия доходов,

имущества и интересов, или другим требованиям при вступлении и уходе с государственной должности или при начале и окончании срока полномочий, например, особым требованиям к честности и профессиональной квалификации при назначении, ограничениям на определенные занятия после оставления должности (для предотвращения «системы вращающихся дверей» или так называемого «пантуфляжа»)?

- v. Принимаются ли специальные превентивные меры в особых секторах, подверженных высокому риску коррупции, например, для обеспечения необходимого уровня прозрачности и контроля при проведении государственных тендеров, при финансировании политических партий и избирательных кампаний?

**б. Меры уголовно-правового воздействия**

Каковы меры уголовно-правового воздействия, принимаемые против коррупции?

- i. В какой мере подкуп государственного должностного лица является преступным деянием?
- ii. Дано ли определение коррупции, соответствующее международным стандартам, в директивных или прочих документах? Существуют ли положения уголовного законодательства, направленные на поддержание добросовестности государственных служащих, в частности, на борьбу со злоупотреблением влиянием в корыстных целях, злоупотреблением служебным положением, нарушением должностных обязанностей?
- iii. Какие должностные лица государства подпадают под действие таких мер, например, государственные служащие, избираемые или назначаемые высокопоставленные должностные лица, включая главу государства, членов правительства и законодательных органов, судей и прочих должностных лиц, исполняющих судебные функции, прокуроров и т.п.?
- iv. Какие дополнительные санкции применяются в случае вынесения обвинительного приговора по преступлению, связанному с коррупцией? Применяются ли такие дополнительные санкции как запрет на занятия государственных должностей или конфискация доходов?

**с. Эффективность соблюдения и применения превентивных и репрессивных мер**

Насколько эффективно обеспечивается соблюдение вышеперечисленных мер?

- i. Каково общественное восприятие внутри страны общего уровня соблюдения мер и стратегий, направленных на борьбу с коррупцией?
- ii. Признаются ли государством результаты международного мониторинга в этой области?
- iii. Являются ли эффективными, соразмерными и действенными уголовные и административные санкции, предусмотренные за деяния, связанные с коррупцией, и за несоблюдение превентивных мер?
- iiii. Предоставлены ли органам, ответственным за борьбу с коррупцией и обеспечение добросовестности государственных служащих, достаточные ресурсы, в том числе следственные полномочия, персонал и финансирование? Обладают ли эти органы достаточной оперативной независимостью от исполнительной и законодательной власти<sup>140</sup>?
- iv. Существуют ли меры, обеспечивающие доступность этих органов для индивидуальных лиц и поощряющие выявление возможных коррупционных деяний, в частности, «горячие линии» для сообщений и политика защиты информаторов<sup>141</sup> от преследования на работе и других негативных последствий?
- v. Производится ли оценка государством эффективности его антикоррупционной политики, и принимаются ли при необходимости адекватные меры по ее корректировке?
- vi. Были ли отмечены явления, свидетельствующие о неэффективности или недобросовестности антикоррупционных усилий, например, манипуляция законодательным процессом, несоблюдение и неисполнение судебных решений и санкций, иммунитет, препятствование действиям антикоррупционных и прочих ответственных органов (включая политическое запугивание), использование в личных целях определенных государственных органов, запугивание журналистов и членов гражданского общества, выявляющих коррупцию?

115. Коррупция ведет к произволу и злоупотреблению властью, поскольку решения принимаются не в соответствии с законом, а это, в свою очередь, ведет к тому, что решения приобретают произвольный характер. Кроме того, коррупция может нарушать равенство применения закона, тем самым подрывая само основание верховенства права. И хотя это относится ко всем трем ветвям власти, особую озабоченность вызывает коррупция в судебных, прокурорских и правоохранительных органах, являющихся инструментом, обеспечивающим эффективность антикоррупционных усилий. Предотвращение и наказание коррупционных деяний является важным элементом антикоррупционных мер, обусловленных рядом международных конвенций и других документов<sup>142</sup>.

116. Важным элементом борьбы с коррупцией является предотвращение конфликта интересов. Конфликт интересов может возникать, когда государственное должностное лицо имеет частный интерес (в том числе через третье лицо, например, родственника или супругу/супруга), и этот частный интерес может повлиять или влияет на беспристрастное и объективное исполнение этим лицом своих должностных обязанностей<sup>143</sup>. Вопрос конфликта интересов затрагивается в ряде международных конвенций и документов рекомендательного характера<sup>144</sup>. Законодательство о лоббировании и контроле за финансированием политических кампаний также может использоваться для предотвращения и наказания случаев конфликта интересов<sup>145</sup>.

**2. Сбор данных и наблюдение****а. Сбор и обработка персональных данных**

Как обеспечивается защита персональных данных?

- i. В достаточной ли мере защищены персональные данные, подвергающиеся автоматической обработке, в отношении их сбора, хранения и обработки государством и субъектами частного сектора? Каковы гарантии того, что личные данные:
  - обрабатываются законным, справедливым и транспарентным образом в отношении субъекта этих данных («законность, справедливость и транспарентность»);
  - собираются для конкретных, понятных и законных целей и не обрабатываются в дальнейшем в форме, несовместимой с этими целями («ограничение цели»)?

- адекватны, уместны и ограничены тем, что необходимо для целей, в которых они обрабатываются («минимизация данных»)?
  - точны и, если это необходимо, поддерживаются в актуальном состоянии («точность»)?
  - хранятся в форме, позволяющей идентификацию субъектов этих данных, не дольше, чем это необходимо в тех целях, для которых обрабатываются эти данные («ограничение хранения»);
  - обрабатываются способом, обеспечивающим надлежащую безопасность персональных данных, в том числе от случайной потери, уничтожения или повреждения («добросовестность и конфиденциальность»)<sup>146</sup>?
- ii. Субъекту данных предоставляется, как минимум, следующая информация:
- о существовании электронного файла персональных данных и его основных целях;
  - идентификационная и контактная информация контролера и лица, ответственного за защиту информации;
  - цель обработки персональных данных;
  - срок, в течение которого будут храниться персональные данные;
  - о наличии права требовать от контролера доступа к своим данным, а также их исправления или уничтожения, а также возражать против обработки своих персональных данных;
  - о праве обратиться с жалобой в вышестоящую инстанцию и контактная информация такой вышестоящей инстанции; о получателях или категориях получателей персональных данных;
  - в случае, если персональные данные получаются не непосредственно от их субъекта, об источнике происхождения таких данных;
  - любая дальнейшая информация, необходимая для обеспечения справедливой обработки данных и уважения к их субъекту<sup>147</sup>.
- iii. Существует ли специальный независимый орган, обеспечивающий соответствие требованиям внутреннего закона, воплощающего международные принципы и требования относительно защиты личности и персональных данных<sup>148</sup>?
- iv. Имеются ли средства правовой защиты на случай нарушения индивидуальных прав при сборе данных<sup>149</sup>?

*117. Возрастающая роль информационных технологий сделала возможным сбор данных в таком размахе, который был немалым в прошлом. Это привело к развитию национальных и международных средств правовой защиты граждан в связи с автоматической обработкой их персональной информации. Выше перечислены наиболее важные требования такой защиты. С соответствующими изменениями они также применимы к обработке данных в целях безопасности.*

#### **b. Целенаправленное слежение**

Каковы гарантии правовой защиты от злоупотребления целенаправленным слежением?

- i. Оговорены ли условия целенаправленного слежения в первичном законодательстве и ограничены ли они принципом соразмерности?
- ii. Существуют ли нормы процедурного и другого контроля?
- iii. Необходимо ли разрешение судьи или независимого органа?
- iv. Существуют ли достаточные средства правовой защиты от возможных нарушений индивидуальных прав<sup>150</sup>?

*118. Целенаправленное слежение может существенно нарушать право на личную жизнь. Развитие технических средств все более облегчает его использование. В этой связи ключевое значение приобретает ограничение возможностей государства контролировать жизнь индивидуумов.*

*119. Под слежением должно пониматься скрытое прослушивание разговоров при помощи технических средств, скрытый контроль телекоммуникаций и скрытый сбор метаданных<sup>151</sup>.*

#### **c. Стратегическое наблюдение**

Каковы гарантии правовой защиты от злоупотребления стратегическим наблюдением?

- i. Регулируются ли основные элементы стратегического наблюдения статутным законодательством, включая определение органов, уполномоченных на сбор такой информации, подробное определение целей, ради которых может проводиться стратегическое наблюдение, и ограничения, в том числе по принципу соразмерности, которые определяют сбор, хранение и распространение собранной информации<sup>152</sup>?

120. Радиоэлектронная разведка должна определяться как средство и метод перехвата электронных сигналов, включая спутниковые сигналы, сигналы сотовой связи и сигналы, передаваемые по кабельным коммуникациям<sup>155</sup>.

121. «Одним из наиболее важных достижений разведывательного наблюдения в последние годы стало то, что теперь средства радиоэлектронной разведки... могут контролировать «повседневные телекоммуникации» («отслеживание») и тем самым потенциально гораздо сильнее затрагивать права человека»<sup>156</sup>.

#### d. Видеонаблюдение

Каковы гарантии против злоупотребления видеонаблюдением, особенно в общественных местах<sup>157</sup>?

- i. Ведется ли видеонаблюдение в целях сохранности и безопасности или для предотвращения и контроля за преступлениями, и подчиняется ли оно по закону и на практике требованиям, установленным в статье 8 ЕКПЧ<sup>158</sup>?
- ii. Уведомляются ли люди о ведущемся видеонаблюдении в местах, доступных для публики?
- iii. Имеют ли люди доступ к материалам видеонаблюдения, которые могут иметь к ним отношение?

### III. ИЗБРАННЫЕ НОРМЫ

#### III.a. Общие стандарты верховенства права

##### 1. Нормы жесткого права

Совет Европы, Европейская конвенция по правам человека (1950)

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>

Европейский Союз (ЕС), Хартия основных прав ЕС (2009)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2010.083.01.0389.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0389.01.ENG)

Организация Объединенных Наций (ООН), Международный пакт о гражданских и политических правах (1966) (МПГПП)

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3aa0.pdf>

Европейский союз, Устав Совета Европы, Преамбула (1949)

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/001>

ОАГ, Американская конвенция о правах человека («Пакт Сан-Хосе») (1969)

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

32\_American\_Convention\_on\_Human\_Rights.htm

Африканский Союз (АС), Учредительный акт

[http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct\\_EN.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf)

Хартия Африканского союза (АС) по вопросам демократии, выборов и управления (2007), статья 3

[http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN\\_CHARTER\\_ON\\_DEMOCRACY\\_ELECTIONS\\_AND\\_GOVERNANCE.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf)

##### 2. Нормы мягкого права

###### a. Совет Европы

Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Доклад по вопросам верховенства права, CDL-AD (2011)003rev

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

Комитет министров Совета Европы, «Совет Европы и верховенство права», CM(2008)170

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170_en.pdf)

Проект по оценке европейских судебных систем Европейской комиссии по эффективности правосудия

[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes6Sui\\_vi\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes6Sui_vi_en.pdf)

*b. Европейский союз*

Ежегодная оценка системы правосудия ЕС (ежегодные доклады)

[http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm)

Сообщение Европейской комиссии Европейскому парламенту и Совету, «Новая рамочная программа ЕС для укрепления верховенства права», COM(2014) 158 оконч./2.

[http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com\\_2014\\_158\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2014_158_en.pdf)

Совет ЕС, Выводы об основных правах, верховенстве права и о Комиссии 2012, Доклад о выполнении Хартии основных прав Европейского союза (2013)

[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf)

Критерии для вступления в ЕС («Копенгагенские критерии»)

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_DOC-93-3\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-93-3_en.htm?locale=en)

*c. Другие международные организации*

Совещание по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ, ныне ОБСЕ), Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ («Копенгагенский документ») (1989)

<http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true>

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Решение № 7/08, «Дальнейшее укрепление верховенства права в зоне ОБСЕ» (2008).

<http://www.osce.org/mc/35494?download=true>

Организация американских государств (ОАГ), Межамериканская демократическая хартия (2001), [http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democractic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democractic_Charter.htm)

Совещание по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ, ныне ОБСЕ), Документ Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ («Московский документ») (1991)

<http://www.osce.org/odihr/elections/14310?download=true>

*d. Показатели верховенства права*

Индекс верховенства права Всемирного проекта правосудия

О Контрольном списке верховенства права

[http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp\\_rule\\_of\\_law\\_index\\_2014\\_report.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/wjp_rule_of_law_index_2014_report.pdf)

Показатели верховенства права организации Vera-Altus [http://www.altus.org/pdf/dimrol\\_en.pdf](http://www.altus.org/pdf/dimrol_en.pdf)

Показатели верховенства права Организации Объединенных Наций

[http://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un\\_rule\\_of\\_law\\_indicators.pdf](http://www.un.org/en/events/peacekeepersday/2011/publications/un_rule_of_law_indicators.pdf)

Показатели управления Всемирного банка

<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>

**III.b. Стандарты, относящиеся к критериям оценки**

**A. Законность**

*1. Нормы жесткого права*

ЕКПЧ статьи 6 и далее, в особенности 6.1, 7, 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2

ЕС, Хартия основных прав ЕС (2009), Статья 49 (о принципах законности и соразмерности уголовных преступлений и наказаний)

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)  
- 43 - CDL-AD(2016)007

ООН, МПГПП статьи 14 и далее, в частности, 14.1, 15, 18.3, 19.3, 21, 22.3

ООН, Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), статья 4 (отступления в чрезвычайных ситуациях должны быть точно оговорены), 15 (nullum crimen, nullum poena [нет наказания без устанавливающего его закона])

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3aa0.pdf>

ООН, Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990), статьи 16(4), 19

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

Римский статут Международного уголовного суда (1998), статья 22

[http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf)

АС, Хартия по вопросам демократии, выборов и управления (2007), статья 10

[http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN\\_CHARTER\\_ON\\_DEMOCRACY\\_ELECTIONS\\_AND\\_GOVERNANCE.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf)

ОАГ, Американская конвенция о правах человека («Пакт Сан-Хосе») (1969), Статья 27

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_V-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_V-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

2. Нормы мягкого права

ООН, Всеобщая декларация прав человека (1948), статья 11(2) (об уголовных преступлениях и наказаниях)

<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

Организация американских государств (ОАГ), Американская декларация прав и обязанностей человека (1948), Статья XXV (защита от произвольного ареста)

<http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf>

Принципы Содружества (Латимер Хаус) в отношении подотчетности и взаимоотношений между тремя ветвями власти (1998), Принципы II, VIII

<http://www.cmja.org/downloads/latimerhouse/commprinthreear.ms.pdf>

Устав Содружества (2013), Разделы VI, VIII

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/page/documents/CharteroftheCommonwealth.pdf>

Декларация прав человека Ассоциации стран Юго-Восточной Азии (АСЕАН) (2012), пар. 20(2)

Имеется на сайте <http://aichr.org/documents>

**В. Правовая определенность**

1. Нормы жесткого права

ЕКПЧ, статьи 6 и далее, в частности, 6.1, 7, 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2

ОАГ, Американская конвенция о правах человека («Пакт Сан-Хосе») (1969), статья 9

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_V-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_V-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

CDL-AD(2016)007 - 44 -

АС, Африканская хартия прав человека и народов (Банжульская хартия) (1981), статья 7(2)

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

Лига арабских государств (ЛАГ), Арабская хартия прав человека (последняя редакция) (2004), статья 16

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>

2. Нормы мягкого права

ООН, Всеобщая декларация прав человека (1948), статья 11  
<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

ООН, Декларация заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях (2012), пар. 8

[http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=192](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192)

АСЕАН, Декларация прав человека (2012), пар. 20(3)

Имеется на сайте <http://aichr.org/documents>

**С. Предотвращение злоупотребления властью**

1. Нормы жесткого права

ООН, Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), статья 17 (посягательство на свободы)

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

ООН, Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990), статьи 14 (посягательство на свободы), 15 (лишение имущества)

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

ООН, Конвенция о правах ребенка (1989), статья 37(b) (произвольный арест и задержание)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

АС, Африканская хартия прав человека и народов (Банжульская хартия) (1981), статья 14

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

2. Нормы мягкого права

Комитет министров Совета Европы, «Совет Европы и верховенство права», СМ(2008)170, раздел 46

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CM%20170_en.pdf)

ООН, Всеобщая декларация прав человека (1948), статьи 9, 12, 17 <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

Принципы Содружества (Латимер Хаус) в отношении подотчетности и взаимоотношений между тремя ветвями власти (1998), Принцип VII

<http://www.cmja.org/downloads/latimerhouse/commprinthreear.ms.pdf>

АСЕАН, Декларация прав человека (2012), пар. 11-12, 21 (произвольное лишение жизни, свободы, имущества)

Имеется на сайте <http://aichr.org/documents>

- 45 - CDL-AD(2016)007

**D. Равенство перед законом и недискриминация**

*1. Нормы жесткого права*

*a. Совет Европы*

ЕКПЧ (1950), статья 14

*b. Европейский союз*

Хартия основных прав ЕС (2009), статьи 20-21

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)

Директивы ЕС по равенству, в том числе, Директива Совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г., устанавливающая общие рамки равного обращения в сфере труда и занятости, и Директива Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г., вводящая принцип равного обращения со всеми лицами, независимо от их расовой или этнической принадлежности

*c. Другие международные организации*

ООН, Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), статьи 2, 14(1), 26 (равенство перед судами и трибуналами)

<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

ООН, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (CERD) (1969), в частности статья 5

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

ООН, Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990), статьи 1, 7, 18

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>

ООН, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966), статья 3

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

ООН, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (КЛДЖ) (1979)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

ООН, Конвенция о правах инвалидов (КПИ) (2006)

<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

ООН, Конвенция о правах ребенка (1989), статья 2

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Международный комитет сообществ Красного Креста и Красного Полумесяца, Женевские конвенции (1949), Общая статья 3

<https://www.icrc.org/ihl/WebART/375-590006>

АС, Африканская хартия прав человека и народов (Банжульская хартия) (1981), статьи 3, 19

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

Хартия АС по вопросам демократии, выборов и управления (2007), статья 8

[http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN\\_CHARTER\\_ON\\_N\\_DEMOCRACY\\_ELECTIONS\\_AND\\_GOVERNANCE.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/AFRICAN_CHARTER_ON_N_DEMOCRACY_ELECTIONS_AND_GOVERNANCE.pdf)

ОАГ, Американская конвенция о правах человека («Пакт Сан-Хосе») (1969), статьи 3, 24

[http://www.oas.org/dil/treaties\\_V-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_V-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

ЛАГ, Арабская хартия прав человека (последняя редакция) (2004), статьи 2, 9

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>

*2. Нормы мягкого права*

Совет Европы, Рекомендация CM/Rec(2007)7 Комитета министров государствам-членам по вопросам надлежащего управления, статья 3

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877>

Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Доклад о рамках и снятии парламентского иммунитета, CDL-AD(2014)011

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-e)

ООН, Всеобщая декларация прав человека (1948), статьи 1, 2, 6-7, 16-17, 22-23

<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>

ООН, Декларация заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях (2012), разделы 12, 14

[http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=192](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192)

Комитет по правам человека ООН, Замечание общего порядка № 32 (2007), статья 14: Право на равенство перед судами и трибуналами и на справедливый суд

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom32.html>

Британское Содружество, Харарская декларация Содружества (1991), пар. 4

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Harare%20Commonwealth%20Declaration%201991.pdf>

Британское Содружество, Сингапурская декларация Содружества о принципах Содружества (1971), Принцип 6  
<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Singapore%20Declaration.pdf>  
 АСЕАН, Декларация прав человека (2012), пар. 2, 7-9  
 Имеется на сайте <http://aichr.org/documents>  
 ОАГ, Американская декларация прав и обязанностей человека (1948), статьи II, XVII  
<http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf>  
 ОАГ, Межамериканская демократическая хартия (2001), статья 9  
[http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democractic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democractic_Charter.htm)  
 Ассоциация регионального сотрудничества Южной Азии (СААРК), Демократическая хартия (2011)  
<http://saarc-sec.org/SAARC-Charter-of-Democracy/88/>

### ***Е. Доступ к правосудию***

#### ***1. Нормы жесткого права***

ЕКПЧ (1950), статья 6  
 Хартия основных прав ЕС (2009), статьи 41, 47, 48, 50  
[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf)  
 Директива 2010/64/EU Европейского парламента и Совета от 20 октября 2010 г. о праве на устный и письменный перевод в уголовном производстве  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1455724770445&uri=CELEX:32010L0064>  
 Директива 2012/13/EU Европейского парламента и Совета от 22 мая 2012 г. о праве на информацию в уголовном производстве  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1455724843769&uri=CELEX:32012L0013>  
 Директива 2013/48/EU Европейского парламента и Совета от 22 октября 2013 г. о праве доступа к адвокату в уголовном производстве и в производстве по Европейскому ордеру на арест, а также о праве на информирование третьей стороны при лишении свободы и на связь с третьими лицами и с консульскими службами при лишении свободы  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1455724901649&uri=CELEX:32013L0048>

ООН, Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), статьи 9, 14  
<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>  
 ООН, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1969), статья 6  
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>  
 ООН, Конвенция о правах ребенка (1989), статьи 12(2), 40  
<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>  
 ООН, Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990), статьи 16, 18  
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>  
 Римский статут Международного уголовного суда (1998), статья 55  
[http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome\\_statute\\_english.pdf](http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf)  
 ОАГ, Американская конвенция о правах человека («Пакт Сан-Хосе») (1969), статьи 8, 25  
[http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)  
 ЛАГ, Арабская хартия прав человека (последняя редакция) (2004), статьи 7, 9  
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38540.html>  
 ЛАГ, Эр-Риядское соглашение между арабскими странами о сотрудничестве в правовой сфере (1983), статьи 3-4  
<http://www.refworld.org/docid/3ae6b38d8.html>

#### ***2. Нормы мягкого права***

##### ***а. Совет Европы***

Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Доклад о независимости судебной системы Часть I: Независимость судей, CDL-AD(2010)004  
[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e)  
 Венецианская комиссия, Доклад о европейских стандартах в отношении независимости судебной системы: Часть II – Прокурорская служба, CDL-AD(2010)040  
[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)040-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e)  
 Венецианская комиссия, Доклад о назначении судей, CDL-AD(2007)028

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282007%29028-e>

Венецианская комиссия, Сборник заключений, докладов и исследований Венецианской комиссии по вопросам конституционного правосудия, CDL-PI(2015)002

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29002-e>

Венецианская комиссия, Сборник заключений и докладов Венецианской комиссии о прокурорах, CDL-PI(2015)009

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29009-e>

Венецианская комиссия, Сборник заключений и докладов Венецианской комиссии о судах и судьях, CDL-PI(2015)001

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI%282015%29001-e>

Совет Европы, Рекомендация CM/Rec(94)12 Комитета министров государствам-членам о независимости, эффективности и роли судей (1994)

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=524871&Site=CM&BackColorIntranet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Совет Европы, Рекомендация CM/Rec(2010)12 Комитета министров государствам-членам о судьях: независимость, эффективность и ответственность

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>

Совет Европы, Рекомендация CM/Rec(2000)19 Комитета министров государствам-членам о роли государственного обвинения в системе уголовного правосудия

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2719990&SecMode=1&DocId=366374&Usage=2>

Совет Европы, Рекомендация CM/Rec(2012)11 Комитета министров государствам-членам о роли государственных обвинителей за рамками системы уголовного правосудия

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1979395&Site=CM&BackColorIntranet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Консультативный совет европейских судей (КЕСС), Заключение № 1 о стандартах независимости судебных органов и несменяемости судей (2001)

[https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201_EN.pdf)

Совет Европы, Рекомендация № R(2000)21 Комитета министров государствам-членам о свободе осуществления профессии адвоката

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=380771&Site=CM&BackColorIntranet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

#### *b. Европейский союз*

Европейская сеть советов судей, Дублинская декларация о стандартах набора и назначения работников судебной системы (2012)

[http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj\\_dublin\\_declaration\\_def\\_dclaration\\_de\\_dublin\\_recj\\_def.pdf](http://www.encj.eu/images/stories/pdf/GA/Dublin/encj_dublin_declaration_def_dclaration_de_dublin_recj_def.pdf)

Европейская сеть советов судей, Судебная этика: принципы, ценности и качества (2010)

<http://encj.eu/images/stories/pdf/ethics/judicialethicsdeontologiefinal.pdf>

Европейская сеть советов судей, Резолюция о прозрачности и доступе к правосудию (2009)

[http://encj.eu/images/stories/pdf/opinions/resolution-bucharest29may\\_final.pdf](http://encj.eu/images/stories/pdf/opinions/resolution-bucharest29may_final.pdf)

Совет европейских ассоциаций адвокатов и юристов, Хартия основных принципов европейской юридической профессии (2006) и Кодекс поведения европейских адвокатов (1988, последние поправки от 2006)

[http://www.ccbe.eu/fileadmin/user\\_upload/NTCdocument/EN\\_CCBE\\_CoCpdf1\\_1382973057.pdf](http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf)

Европейская ассоциация судей, Хартия судей Европы (1997)

<http://www.richtervereinigung.at/international/eurojus1/eurojus15a.htm>

#### *c. Организация Объединенных Наций*

ООН, Всеобщая декларация прав человека (1948), статьи 8, 10

<http://www.un.org/en/documents/udhr/>  
Резолюция Совета ООН по правам человека 25/4,

Целостность судебной системы (2014)

[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/25/4](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/25/4)  
Резолюция Совета ООН по правам человека 23/6,

Независимость и беспристрастность судебных органов, при-

сyjnych и заседателей, а также независимость адвокатов (2013)  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/148/94/PDF/G1314894.pdf?OpenElement>

ООН, Декларация заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи о верховенстве права на национальном и международном уровнях (2012), пар. 13

[http://www.unrol.org/article.aspx?article\\_id=192](http://www.unrol.org/article.aspx?article_id=192)

Комитет ООН по правам человека, Замечание общего порядка № 32 (2007), статья 14: Право на равенство перед судами и трибуналами и на справедливый суд

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom32.html>

Управление ООН по наркотикам и преступности, Судейская группа по вопросу об укреплении честности и неподкупности судей, Бангалорские принципы поведения судей (2002)

[http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial\\_group/Bangalore\\_principles.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf)

УПН ООН, Принципы, касающиеся статуса национальных институтов (Парижские принципы) (1993), раздел 2 (Состав и гарантии независимости и плюрализма)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>

Основные принципы ООН о роли юристов (которые Генеральная Ассамблея приветствовала в своей резолюции 45/166, 1990)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfLawyers.aspx>

Руководящие принципы ООН, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование (которые Генеральная Ассамблея приветствовала в своей резолюции 45/166, 1990)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>

Проект всеобщей декларации ООН о независимости правосудия («Декларация Сингхви») (на который ссылается Комиссия Организации Объединенных Наций по правам человека, резолюция 1989/32)

<http://icj.wplengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/03/SR-Independence-of-Judges-and-Lawyers-Draft-universal-declaration-independence-justice-Singhvi-Declaration-instruments-1989-eng.pdf>

ООН, Основные принципы независимости судебных органов (поддержанные резолюциями Генеральной Ассамблеи 40/32 и 40/146, 1985)

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>

Принципы и руководящие положения Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа к юридической помощи в системах уголовного правосудия

[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN\\_principles\\_and\\_guidelines\\_on\\_access\\_to\\_legal\\_aid.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf)

Международная ассоциация прокуроров, Стандарты профессиональной ответственности и Декларация основных обязанностей и прав сотрудников прокуратуры (1999)

[http://www.iap-association.org/getattachment/34e49dfe-d5db-4598-91da-16183bb12418/Standards\\_English.aspx](http://www.iap-association.org/getattachment/34e49dfe-d5db-4598-91da-16183bb12418/Standards_English.aspx)

Решение Совета министров ОБСЕ № 12/05 о поддержании верховенства права в системах уголовного правосудия (Любляна)

<http://www.osce.org/mc/17347?download=true>

ОБСЕ, Брюссельская декларация о системах уголовного правосудия (2006)

<http://www.osce.org/mc/23017?download=true>

#### *d. Содружество наций*

Хартия Содружества (2013), раздел 7

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/page/documents/CharteroftheCommonwealth.pdf>

Принципы Содружества (Латимер Хаус) в отношении подотчетности и взаимоотношений между тремя ветвями власти (1998), (2003), Принципы III-VI

<http://www.cmja.org/downloads/latimerhouse/commpriinthreearms.pdf>

Харарская декларация Содружества (1991), пар. 4

<http://thecommonwealth.org/sites/default/files/history-items/documents/Harare%20Commonwealth%20Declaration%201991.pdf>

Лимасолские заключения по борьбе с коррупцией в судебных органах (2002)

<http://www.cmja.org/downloads/limassolconclusionwithannexe.pdf>

*e. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе*

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Бюро по демократическим институтам и правам человека, «Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии: судебное управление, отбор и ответственность судей» (2010)

<http://www.osce.org/odihr/KyivRec?download=true>

Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Бюро по демократическим институтам и правам человека, Юридический сборник международных прав на справедливый суд, <http://www.osce.org/odihr/94214>.

*f. Другие международные организации*

ОАГ, Американская декларация прав и обязанностей человека (1948), Статьи XVII, XXVI

<http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaration%20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf>

ОАГ, Межамериканская демократическая хартия (2001), Статьи 2-4 [http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic\\_Charter.htm](http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic_Charter.htm)

Африканский Союз (АС), Учредительный акт (2000), Статья 4(m)

[http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct\\_EN.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/ConstitutiveAct_EN.pdf)

АС, Африканская хартия прав человека и народов (Банжульская хартия) (1981), Статьи 7, 26

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3ae6b3630.pdf>

АСЕАН, Декларация прав человека (2012), пар. 5

Имеется на сайте <http://aichr.org/documents>

СААРК, Демократическая хартия (2011)

<http://saarc-sec.org/SAARC-Charter-of-Democracy/88/>

*g. Прочие*

Инициатива по обеспечению верховенства права

Американской ассоциации адвокатов – Центр правовых и судебных исследований арабских стран, Критерии в области правосудия – Организации гражданского общества.

Руководство для пользователей

<http://www.albersconsulting.eu/justicebenchmarks.html>

Назначение, срок полномочий и смещение судей в соответствии с принципами Содружества: подборка и анализ оптимальной практики (Й. Ван Зил Смит, Отчет об исследовании,

О Контрольном списке верховенства права

проведенном Центром Бингхэма по вопросам верховенства права) (2015)

[http://www.biicl.org/documents/689\\_bingham\\_centre\\_compendium.pdf](http://www.biicl.org/documents/689_bingham_centre_compendium.pdf)

Центр Бингхэма по вопросам верховенства права, Кейптаунские принципы в отношении роли независимых комиссий в подборе и назначении судей (2016)

[http://www.biicl.org/documents/868\\_cape\\_town\\_principles\\_-\\_february\\_2016.pdf](http://www.biicl.org/documents/868_cape_town_principles_-_february_2016.pdf)

**Ф. Примеры проблем на пути обеспечения верховенства права**

*1. Нормы жесткого права*

*a. Коррупция*

Совет Европы, Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию,

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173>

Совет Европы, Конвенция гражданского права по коррупции,

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174>

Совет Европы, Дополнительный протокол к Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/191>

ООН, Конвенция против коррупции (2003)

<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

ОАГ, Межамериканская конвенция о борьбе с коррупцией (1996)

<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>

*b. Сбор данных и наблюдение*

Совет Европы, Конвенция о защите граждан в отношении обработки персональных данных

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>

Европейский союз, Директива 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета от 24 октября 1995 г. о защите граждан в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>

*2. Нормы мягкого права*

*a. Коррупция*

Совет Европы, Рекомендация CM/Rec(2000)10 Комитета министров государствам-членам о кодексе поведения государственных должностных лиц,

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=353945&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Резолюция CM/Res (97) 24 о двадцати руководящих принципах борьбы с коррупцией

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=593789&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

Группа государств против коррупции (ГРЕКО), Иммунитеты государственных должностных лиц как возможное препятствие в борьбе с коррупцией, в Опыт трех раундов оценки (2000-2010) – тематические статьи

[https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium\\_Thematic\\_Articles\\_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/Compendium_Thematic_Articles_EN.pdf)

Европейский союз, регулярный антикоррупционный отчет ЕС, например, COM(2014) 38 на 3 февраля 2015 г.

[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr\\_2014\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf)

*b. Сбор данных и наблюдение*

Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Заключение по вопросам видеонаблюдения, ведущегося государственными органами в общественных местах, и защиты прав человека, CDL-AD(2007)014

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282007%29014-e>

Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия), Доклад по вопросам демократического контроля над органами радиоэлектронной разведки, CDL-AD(2015)011

<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282015%29011-e>

1 См., например, АОП (Агентство по основным правам) (2016), Основные права: вызовы и достижения в 2015 г. – Ежегодный доклад АОП от 2013 г., Люксембург, Управление публикаций Европейского союза (Управление публикаций), Глава 7 (готовится к изданию).

2 Ср. CDL-AD(2011)003rev, § 30 и далее.

3 CDL-AD(2011)003rev.

4 См. Парламентская ассамблея Совета Европы, предложение по принятию резолюции г-на Головатого и др., Принцип верховенства права, док. 10180, § 10. В этом контексте см. также Копенгагенский документ ОБСЕ, пар. 2: «[государства-участники] считают, что верховенство права не означает просто формальную законность, обеспечивающую регулярность и последовательность достижения и обеспечения демократического порядка, оно означает правосудие, основанное на признании и полном принятии высшей ценности человеческой личности, которое гарантируется институтами, обеспечивающими основу для ее наиболее полного выражения».

5 Том Бингхэм, Верховенство права (2010).

6 Выводы об основных правах, верховенстве права и о Комиссии 2012, Доклад о выполнении Европейской хартии основных прав Европейского союза, Заседание совета по вопросам правосудия и внутренним делам, Люксембург, 6-7 июня 2013 г., часть с, имеется на веб-сайте: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/137404.pdf).

7 Послание Европейской комиссии Европейскому парламенту и Совету, «Новая рамочная программа ЕС по усилению верховенства права», COM(2014) 158 final/2, [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com\\_2014\\_158\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/com_2014_158_en.pdf).

8 Данный документ опубликован совместно Департаментом операций по поддержанию мира Организации Объединенных Наций (ДОПМ) и Управлением Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека (УВКПЧ).

9 См. FRA (2014), Внутренняя стратегическая рамочная программа ЕС по основным правам: объединение основных прав: объединение сил для достижения лучшего результата. Люксембург, Управление публикаций Европейского союза (Управление публикаций).

10 По этому вопросу см., в частности, Доклад по вопросам верховенства права, одобренный Венецианской комиссией, CDL-

AD(2011)003rev, § 59-61. В докладе также подчеркивается (§ 41), что «теперь может быть найден консенсус по необходимым элементам верховенства права, а также по необходимым элементам Rechtsstaat, которые являются не только формальными, но также существенными и материальными» (курсив наш).

- 11 Верховенство права. Руководство для политиков, ГИИП, Лунд/Гаага, 2012, стр. 6.
- 12 Доклад Венецианской комиссии по вопросу о верховенстве права, CDL-AD(2011)003rev, § 37.
- 13 См., например, ЕСПЧ, Чентро Эуропа 7 и ди Стефано против Италии, 38433/09, 7 июня 2012 г., § 134, 156; Барбулеску против Румынии, 61496/08, 12 января 2016 г., § 52 и далее.
- 14 См. ЕСПЧ, Сильвестер против Австрии, 36812/97 и 40104/98, 24 апреля 2003 г., § 63; П.П. против Польши, 8677/03, 8 января 2008 г., § 88.
- 15 Поскольку гарантии верховенства права применимы не только к законодательству о правах человека, но и ко всем прочим законам.
- 16 Принцип законности недвусмысленно признается в качестве аспекта верховенства права Европейской судебной палатой, см. ЕСП, С-496/99 Р, Комиссия против КАС Сукки ди Фрутта, 29 апреля 2004 г., § 63.
- 17 Это вытекает из принципа разделения властей, который также ограничивает полномочия исполнительной власти: ср. СМ(2008)170, Совет Европы и верховенство права, § 46.
- 18 В принципе Венецианская комиссия выступает за полный контроль конституционности, однако достаточным признается надлежащее осуществление конституции: ср. CDL-AD(2008)010, Заключение по Конституции Финляндии, § 115 и далее. См., в частности, раздел о конституционном правосудии (II.E.3).
- 19 Об иерархии норм см. CDL-JU(2013)020, Меморандум – Конференция по европейским стандартам верховенства права и рамкам полномочий властей в странах-членах Совета Европы (Ереван, Армения, 3-5 июля 2013 г.).
- 20 Упоминания о «законодательстве» в отношении действий и решений, затрагивающих права человека, можно найти в целом ряде положений Европейской конвенции о защите прав человека, включая ст. 6.1, 7 и ст. 8.2, 9.2, 10.2 и 11.2, касающихся ограничений основных свобод. Среди прочего см. ЕСПЧ Аманн против Швейцарии, 27798/95, 16 февраля 2000 г., § 47 и далее; Сливенко против Латвии, 48321/99, 9 октября 2003 г., § 100; Х.

против Латвии, 27853/09, 26 ноября 2013 г., § 58; Курич и др. против Словении, 26828/06, 12 марта 2014 г., § 341.

- 21 Дискреционные полномочия, конечно, приемлемы, но должны контролироваться. См. ниже II.C.1.
- 22 Ср. ниже II.A.8.
- 23 Свежую справку по вопросу позитивных обязательств государства по защите основных индивидуальных свобод против посягательств субъектов частного сектора см. ЕСПЧ Барбулеску против Румынии, 61496/08, 12 января 2016 г., § 52 и далее (относительно статьи 8 ЕКПЧ).
- 24 Понятие «Закон включает в себя статутные законы и законы, созданные на основе прецедентного права», ЕСПЧ Аншур против Франции, 67335/01, 29 марта 2006 г., § 42; ср. Кононов против Латвии [GC], 36376/04, 17 мая 2010 г., § 185.
- 25 ЕСПЧ Санди Таймс против Соединенного Королевства (№ 1), 6538/74, 26 апреля 1979 г., § 46 и далее. Об условиях доступности и предсказуемости см. например, ЕСПЧ, Курич и др. против Словении, 26828/06, 26 июня 2012 г., § 341 и далее; Аманн против Швейцарии, 27798/95, 16 февраля 2000 г., § 50; Сливенко против Латвии, 48321/99, 9 октября 2003 г., § 100. Суд Европейского союза считает, что принципы правовой определенности и правомерных ожиданий подразумевают, что «действие законодательства сообщества должно быть ясным и ожидаемым для тех, на кого оно распространяется»: СЕС, с 212 до 217/80, Государственная финансовая администрация против СРЛ Миридионале Индустрия Салуни и др., 12 ноября 1981 г., § 10; или «что законодательство должно быть ясным и точным, и что его применение должно быть ожидаемым для всех заинтересованных сторон»: СПЕС, С-585/13, Эуропиэш-Иранише Хандельсбанк АГ против Совета Европейского союза, 5 марта 2015 г., § 93; ср. СПЕС, С-325/91, Франция против Комиссии, 16 июня 1993 г., § 26. Более подробно см. II.B (правовая определенность).
- 26 Ср. статья 26 (pacta sunt servanda) и статья 27 (международное законодательство и соблюдение договоров) Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров; CDL-STD(1993)006, Соотношение международных и внутренних правовых норм, § 3.6 (договоры), 4.9 (международный обычай), 5.5 (решения международных организаций), 6.4 (решения и постановления международных судов); CDL-AD(2014)036, Доклад об осуществлении договоров по правам человека во внутреннем законодательстве и о роли судов, § 50.

- 27 Статья 27 Венской конвенции о праве международных договоров; см. также статья 46 (Положения внутреннего права о компетенции в отношении заключения договоров).
- 28 См. статья 80 Конституции Германии; статья 76 Конституции Италии; статья 92 Конституции Польши; статья 290.1 Договора о функционировании Европейского союза, где указано, что «главные элементы в какой-либо области должны являться прерогативой законодательного акта и, соответственно, не должны быть субъектом делегирования полномочий».
- 29 ЕСПЧ Санди Таймс, см. выше сноску 25.
- 30 О необходимости прояснения основных законодательных процедур см. напр. CDL-AD(2012)026, § 79; ср. CDL-AD(2002)012, Заключение на проект пересмотра Конституции Румынии, § 38 и далее.
- 31 В соответствии с решением Европейского суда по правам человека, подробная и целенаправленная оценка законопроектов не только судебной системой а posteriori, но также и законодателями а priori, делает более оправданными ограничения основных прав, гарантированных Конвенцией: ЕСПЧ Энимал Дефендерс Интернэшенэл против Соединенного Королевства, 48876/08, 22 апреля 2013 г., § 106 и далее.
- 32 Комитет ООН по правам человека, Замечания общего порядка №. 25 (1996), статья 25 (Участие в государственных делах и право голоса) – право участия в государственных делах, право голоса и право на равный доступ к государственной службе предусматривают, что «граждане также участвуют в ведении государственных дел, оказывая на них влияние через публичные обсуждения» (§ 8). Имеется на сайте [http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=453883fc22&skip=0&query=general comment 25](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=453883fc22&skip=0&query=general+comment+25). Копенгагенский документ СБСЕ предусматривает, что законы «принимаются после публичной процедуры», а в Московском документе от 1991 г. (<http://www.osce.org/odihr/elections/14310>) указано, что «законы формулируются и принимаются в результате открытого процесса» (§ 18.1).
- 33 ЕСПЧ Хэттон против Соединенного Королевства, 36022/97, 8 июля 2003 г., § 128: «Процесс принятия решения правительством в отношении сложных вопросов экономической политики и политики в области охраны окружающей среды, таких как в данном деле, должен обязательно включать соответствующие

- исследования и изучение для создания справедливого баланса между различными противоборствующими интересами». См. также Эванс против Соединенного Королевства, 6339/05, 10 апреля 2007 г., § 64. Об отсутствии реальных обсуждений в Парламенте со времени принятия его Устава, которое произошло в 1870 г. см. Хэрст (№ 2) против Соединенного Королевства, 74025/01, 6 октября 2005 г., § 79. Инструкции по законодательству в Финляндии включают в себя такое требование.
- 34 Ср. статья 15 ЕКПЧ («отступления в чрезвычайных ситуациях»); статья 4 МПГПП; статья 27 АКПЧ. О конкретном применении статьи 15 ЕКПЧ см. ЕСПЧ А. и др. против Соединенного Королевства, 3455/05, 19 февраля 2009 г., § 178, 182: отступление от статьи 5 § 1 ЕКПЧ было признано непропорциональным. О чрезвычайных полномочиях см. также CDL-STD(1995)012, Чрезвычайные полномочия; CDL-AD(2006)015, Заключение по защите прав человека в чрезвычайных ситуациях.
- 35 CDL-AD(2006)015, § 33.
- 36 Статья 15 ЕКПЧ; статья 4 МПГПП; статья 27 АКПЧ.
- 37 CDL-AD(2006)015, § 9. Более полно об отступлениях в соответствии со статьей 15 ЕКПЧ см. CDL-AD(2006)015, § 9 и далее, и цитируемое дело.
- 38 О необходимости эффективных и сдерживающих санкций см., например, CDL-AD(2014)019, § 89; CDL-AD(2013)021, § 70.
- 39 Необходимость обеспечения надлежащего исполнения законодательства неоднократно подчеркивалась Венецианской комиссией: См., например, CDL-AD(2014)003, § 11: «Главной задачей проведения истинно демократических выборов остается проявление политической воли всеми игроками к поддержке буквы и духа закона и к его полному и эффективному исполнению»; CDL-AD(2014)001, § 85.
- 40 Ср. статья 124 Конституции Финляндии: «Какая-либо задача государственного управления может быть делегирована субъекту, не являющемуся органом государственной власти, только через Закон, или в результате действия Закона в случаях, если это необходимо для надлежащего выполнения данной задачи, и если это не ставит под угрозу основные права и свободы, средства правовой защиты и другие требования благого управления».
- 41 ЕСПЧ Фазлийски против Болгарии, 40908/05, 16 апреля 2013 г.,

- § 64-70, в частности, § 65; Рякиб Бирюков против России, 14810/02, 17 января 2008 г., в частности, § 30 и далее; ср. Кононов против Латвии, 36376/04, 17 мая 2010 г., § 185.
- 42 ЕСПЧ Санди Таймс против Соединенного Королевства (№. 1), 6538/74, 26 апреля 1979 г., § 46 и далее; Реквени против Венгрии, 25390/94, 20 мая 1999 г., § 34 и далее.
- 43 ЕСПЧ Санди Таймс против Соединенного Королевства (№. 1), 6538/74, 26 апреля 1979 г., § 49.
- 44 Венецианская комиссия высказывалась по вопросу стабильности законодательства в области избирательного права: Кодекс наилучшей практики при проведении выборов, CDL-AD(2002)023rev, II.2; Заявление о толковании стабильности избирательного законодательства, CDL-AD(2005)043.
- 45 Например, лица, действия которых поощрялись мерами Сообщества, могут правомерно ожидать, что после окончания срока действия этих мер они не будут субъектами ограничений, затрагивающих в первую очередь их и именно потому, что они воспользовались возможностями, предлагавшимися по решению Сообщества: Европейский суд, 120/86, Мюльдер против министра сельского хозяйства и рыболовства, 28 апреля 1988 г., § 21 и далее. В судебной практике Европейского суда по правам человека доктрина правомерных ожиданий связана в первую очередь с защитой собственности, как это установлено в статье 1 Первого дополнительного протокола к Европейской конвенции по правам человека: см., например, ЕСПЧ, Анхаузер-Буш Инк. Против Португалии [GC], 73049/01, 11 января 2007 г., § 65; Гратзингер и Гратзингерова против Чехии [GC] (дек.), 39794/98, 10 июля 2002, § 68 и далее; Национальное и провинциальное строительное общество, Постоянное строительное общество Лидса, Йоркширское строительное общество против Соединенного Королевства, 21319/93, 21449/93, 21675/93, 21319/93, 21449/93 и 21675/93, 23 октября 1997 г., § 62 и далее.
- 46 См. статья 7.1 ЕКПЧ, статья 15 МПГПП, статья 9 АКПЧ, статья 7.2 Африканской (Банжунской) хартии прав человека и народов [АХПЧН] в отношении уголовного законодательства; статья 28 Венской конвенции по договорному праву в отношении международных договоров.
- 47 Принцип отсутствия обратного действия неприменим, если новое законодательство ставит граждан в более благоприятное положение. Европейский суд по правам человека считает, что статья 7 ЕКПЧ предусматривает принцип обратного действия

- более мягкого уголовного законодательства: см. Скоппола против Италии (№ 2), 10249/03, 17 сентября 2009 г.
- 48 Статья 4 Протокола 7 ЕКПЧ, статья 14.7 МПГПП, статья 8.4 АКПЧ (в области уголовного права); о соблюдении принципа *res judicata*, см., например, ЕСПЧ Брумарекус против Румынии, 28342/95, 28 октября 1999 г., § 62; Кульков и др. против России, 25114/03, 11512/03, 9794/05, 37403/05, 13110/06, 19469/06, 42608/06, 44928/06, 44972/06 и 45022/06, 8 января 2009 г., § 27; Дука против Молдовы, 75/07, 3 марта 2009 г., § 32. Суд рассматривает уважение принципа *res judicata* в качестве одного из аспектов правовой определенности. Ср. Маркс против Бельгии, 6833/74, 13 июня 1979 г., § 58.
- 49 Ср. Совет Европы и верховенство права - Обзор, CM(2008)170, 21 ноября 2008 г., § 48.
- 50 Защита от произвола упоминалась в решениях Европейского суда по правам человека по целому ряду дел. В дополнение к тому, что будет процитировано в следующей сноске, см., например, Хусейн (Абу Зубайда) против Польши, 7511/13, 24 июля 2014 г., § 521 и далее; Хассан против Соединенного Королевства, 29750/09, 16 сентября 2014 г., § 106; Грузия против России (I), 13255/07, 3 июля 2014 г., § 182 и далее (статья 5 ЕКПЧ); Ивинович против Хорватии, 13006/13, 18 сентября 2014 г., § 40 (статья 8 ЕКПЧ). В отношении Европейского суда см., например, Европейский суд, 46/87 и 227/88, Хехст против Комиссии, 21 сентября 1989 г., § 19; Т-402/13, Орэндж против Европейской комиссии, 25 ноября 2014 г., § 89. Об ограничении дискреционных полномочий см. Приложение к Рекомендации Комитета министров о надлежащем управлении, CM/Rec(2007)7, статья 2.4 ("Принцип законности"): «[Органы государственной власти] осуществляют свои полномочия только в случае, если установленные факты и применимое право позволяют это, и исключительно в тех целях, для которых эти полномочия были предоставлены».
- 51 CM(2008)170, Совет Европы и верховенство права, § 46; ЕСПЧ Малоун, 8691/79, 2 августа 1984, § 68; Сегерстедт-Вибберг и др. против Швеции, 62332/00, 6 июня 2006 г., § 76 (статья 8). Сложность современного общества означает, что государственным должностным лицам должны предоставляться дискреционные полномочия. Принцип, в соответствии с которым органы государственной власти должны всеми силами стараться быть объективными ("sachlich"), в ряде стран, таких как Швеция и Финляндия, идет еще дальше простого запрета дис-

криминационного отношения и рассматривается как важный фактор поддержания доверия к государственному управлению и социальному капиталу.

- 52 См., например, статья 41.1.c Хартии основных прав Европейского союза. Ср. также пункт II.E.2.c.vi и примечание 126.
- 53 См., например, статья 14 ЕКПЧ; Протокол 12 ЕКПЧ; статьи 12, 26 МПГПП, статья 24 АКПЧ; статья АХПЧН.
- 54 Ср., например, CDL-AD(2014)010, § 41-42; CDL-AD(2013)032, Заключение на окончательный Проект Конституции Республики Тунис, § 44 и далее: положение о равенстве должно распространяться не только на граждан и включать общее положение о недискриминации.
- 55 CDL-AD(2014)011, Доклад об объеме и снятии парламентских иммунитетов (§ 200); ЕСПЧ, Кордова против Италии, №. 1 и № 2, 40877/98 и 45649/99, 30 января 2003 г., § 58-67.
- 56 ЕКРН (Европейская комиссия по борьбе против расизма и расовой нетерпимости), Рекомендация № 7, § 5.
- 57 Например, статья 1.2 Протокола 12 ЕСПЧ разъясняет, что «любой орган государственной власти» - а не только законодатель – должен соблюдать принцип равенства. Статья 26 МПГПП устанавливает, что «все люди равны перед законом и все без исключения имеют право на защиту закона», «принцип равного обращения является общим принципом законодательства Европейского союза, закрепленным в статьях 20 и 21 Хартии основных прав Европейского союза»: СПЕС, С-550/07 Р, Акзо Нобель Кемикалз и Экрос Кемикалз против Комиссии, 14 сентября 2010 г., § 54.
- 58 Установление разграничений является приемлемым, если ситуации не являются сравнимыми и/или если оно объективно и разумно оправдано: См. ЕСПЧ Хямяляйнен против Финляндии, 37359/09, 26 июля 2014 г., § 108: «Суд в своей судебной практике установил, что для того, чтобы возник вопрос, подпадающий под действие статьи 14, должно существовать различие в отношении к людям по существу в аналогичных ситуациях. Такая разница в отношении является дискриминационной, если у нее нет объективного или разумного обоснования; другими словами, если она не преследует законную цель или если отсутствует разумное соотношение между применяемыми средствами и реализуемой целью. Государства, являющиеся сторонами договора, пользуются некоторой

- степенью свободы усмотрения в оценке того, могут ли (и до какой степени) различия в остальном в аналогичных ситуациях оправдывать различия в отношении (см. Берден против Соединенного Королевства GC, № 13378/05, § 60, ЕКПЧ 2008 г.).
- 59 Ср. статья 13 ЕКПЧ; статья 2.3 МПГПП; статья 25 АКПЧ ; Article 7.1.a АХПЧН.
- 60 Ср. статья 1.4 и 2.2 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (CEDR); статья 4 Международной конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (CEDAW); статья 5.4 Конвенции о правах инвалидов (CRPD).
- 61 По вопросу доступа к правосудию и верховенства права см. SG/Inf(2016)3, Вызовы независимости и беспристрастности судебных органов в государствах-членах Совета Европы, Доклад, подготовленный совместно Бюро КЕСС и Бюро КСЕП для генерального секретаря Совета Европы в рамках последующей деятельности по итогам его доклада от 2015 г. под названием «Состояние демократии, прав человека и верховенства права в Европе – общая ответственность за безопасность демократии в Европе».
- 62 CDL-AD(2010)004, § 22: «Основные принципы обеспечения независимости судебных органов должны быть определены в конституции или равнозначных документах».
- 63 Ср. Рекомендация CM/Rec(2010)12 Комитета министров государствам-членам о судьях: независимость, эффективность и ответственность, § 49 и далее; CDL-AD(2010)004, § 33 и далее; о конституционном правосудии см. «Состав конституционных судов», Наука и техника демократии № 20, CDL-STD(1997)020, стр. 18-19.
- 64 «Судьи... должны обладать функциональным – и только функциональным – иммунитетом (иммунитетом от преследования за действия, совершенные при исполнении своих обязанностей, исключая умышленные преступления, такие как получение взяток)»: CDL-AD(2010)004, § 61.
- 65 Киевские рекомендации ОБСЕ по независимости судебных органов, § 9.
- 66 Ср. CM/Rec(2010)12, § 44.
- 67 Венецианская комиссия считает уместным создание Судебного совета, обладающего решающим влиянием на решения о назначении и продвижении судей: CDL-AD(2010)004, § 32.
- 68 «Значительное или основное число членов судебного совета

- должны избираться самим судебским корпусом»: CDL-AD(2007)028, § 29.
- 69 CDL-AD(2010)038, Консультативный доклад для Конституционного суда «бывшей югославской Республики Македония» о поправках к некоторым законам о системе зарплат и вознаграждений выборных и назначаемых государственных должностных лиц.
- 70 Рекомендация CM/Rec(2012)11 Комитета министров государствам-членам о роли прокуроров за пределами системы уголовного правосудия; CDL-AD(2010)040, § 81-83; CDL-AD(2013)025, Совместное заключение на проект закона о прокуратуре Украины, § 16-28.
- 71 См., в частности, ЕСПЧ Кэмпбелл и Фелл против Соединенного Королевства, 28 июня 2014 г., 7819/77 and 7878/77, § 78.
- 72 Ср. CDL-AD(2010)004, § 43.
- 73 CDL-AD(2010)004, § 32.
- 74 Ср. Рекомендация (94)12 Комитета министров по независимости, эффективности и роли судей (Принцип I.2.a), где высказывается предпочтение созданию судебного совета, но допускаются и другие системы.
- 75 CDL-AD(2007)028, Доклад о назначении судей, § 44 и далее. Тенденция в странах Содружества направлена против назначения (судей) органами исполнительной власти и в сторону комиссий по назначению, иногда называемых комиссиями по делам судебной системы. См. Й. Ван Зил Смит (2015), Назначение, срок полномочий и смещение судей в свете принципов Содружества: компендиум и анализ передовых практик (Доклад об исследовании, предпринятом Центром Бингхэма по вопросам верховенства права), имеется на сайте [http://www.biicl.org/documents/689\\_bingham\\_centre\\_compendium.pdf](http://www.biicl.org/documents/689_bingham_centre_compendium.pdf).
- 76 CDL-AD(2002)021, Дополнительное заключение на пересмотр Конституции Румынии, § 21, 22.
- 77 См. CDL-PI(2015)001, Компиляция заключений и докладов по вопросам судов и судей, гл. 4.2, и список использованных источников.
- 78 CDL-INF(1999)005, Заключение по реформе судебной системы в Болгарии, § 28; см. Также, например, CDL-AD(2007)draft, Доклад Венецианской комиссии о назначении судей, § 33; CDL-AD(2010)026, Совместное заключение на Проект закона Украины о судебной системе и статусе судей, § 97, в отношении присутствия министров в судебном совете.

- 79 CM/Rec(2010)12, § 33 и далее; CDL-AD(2010)004, § 52 и далее.
- 80 CDL-AD(2010)040, § 71 и далее.
- 81 Ср. CDL-AD(2012)014, Заключение о правовой определенности и независимости судебных органов в Боснии и Герцеговине, § 81.
- 82 CDL-AD(2010)004, § 78; См. например, Европейская комиссия по правам человека, Занд против Австрии, 7360/76, 16 мая 1977 г., D.R. 8, стр. 167; ЕСПЧ Фруни против Словакии, 8014/07, 21 июня 2011 г., § 134 и далее.
- 83 О распределении дел см. CM/Rec(2010)12, § 24; CDL-AD(2010)004, § 73 и далее. Киевская рекомендация ОБСЕ приводит в качестве примера хорошей практики случайное распределение дел или распределение на основе предустановленных, ясных и объективных критериев (§ 12).
- 84 CM/Rec(2010)12, § 22 и далее; CDL-AD(2010)004, § 68 и далее; CM/Rec(2000)19 Рекомендация Комитета министров государствам-членам относительно роли прокуратуры в системе уголовного правосудия, § 19; CDL-AD(2010)004, Доклад по вопросам независимости судебных органов Часть I: Независимость судей, § 72.
- 85 CDL-AD(2010)004, § 79.
- 86 Статья 6.1 ЕКПЧ; статья 14.1 МПГПП; статья 8.1 АКПЧ; статья 7.1.d АХПЧН. О различных аспектах беспристрастности см. также Бангалорские принципы поведения судей, Ценность 2, включая недопустимость предпочтений, предубеждений и предвзятости.
- 87 См., например, ЕСПЧ Микаллеф против Мальты [GC], 17056/06, 15 октября 2009 г., § 99-100.
- 88 О коррупции в общем см. II.F.1.
- 89 См., например, ЕСПЧ Де Куббер против Бельгии, 9186/80, 26 октября 1984 г., § 26; Микаллеф против Мальты, 17056/06, 15 октября 2009 г., § 98; Александр Волков против Украины, 21722/11, 9 января 2013 г., § 106.
- 90 CDL-AD(2011)017, Заключение на внесение изменений в Закон Кыргызстана «О статусе судей», § 15.
- 91 См., в частности, CM/Rec(2000)19, § 11 и далее; CDL-AD(2010)040, § 23 и далее.
- 92 Ср. CDL-AD(2010)040, § 22.
- 93 Ср. CDL-AD(2010)040, § 53 и далее.

- 94 CDL-AD(2010)040, § 34 и далее, 47 и далее.
- 95 CDL-AD(2010)040, Доклад о европейских стандартах независимости судебной системы: Часть II – Прокурорская служба, § 39.
- 96 CDL-AD(2010)040, § 52.
- 97 CDL-AD(2010)040, § 69.
- 98 См. II.A.1.
- 99 CDL-AD(2010)040, § 7, 53 и далее.
- 100 См. II.E.1.a.xiv о судьях.
- 101 См. Рекомендацию № R(2000)21 Комитета министров государствам-членам по вопросам свободы осуществления профессии адвоката.
- 102 Международная ассоциация юристов – Международные принципы поведения адвокатов, 1.1.
- 103 Ibid., 2.1.
- 104 Ibid., 3.1.
- 105 Ibid., 5.1.
- 106 Статья 6 ЕКПЧ, статья 14 МПГПП, статья 8 АКПЧ, статья 7 АХПЧН. Право на справедливый суд было признано Европейским судом как «вдохновленное статьей 6 ЕКПЧ»: С-174/98 Р и С-189/98 Р, Нидерланды и Ван дер Вал против Комиссии, 11 января 2000 г., § 17. См. статью 47 Хартии основных прав.
- 107 «Степень доступности, предоставляемая национальным законодательством, также должна быть достаточной для гарантии ‘прав индивидуальных граждан на обращение в суд’ с учетом принципа верховенства права в демократическом обществе. Для того чтобы право доступа было эффективным, индивидуальный гражданин должен иметь ясную и практическую возможность оспорить действия, нарушающие его права», ЕСПЧ Белле против Франции, 23805/94, 4 декабря 1995 г., § 36; ср. ЕСПЧ М.Д. и др. против Мальты, 64791/10, 17 июля 2012 г., § 53.
- 108 Статья 6.3.b-с ЕКПЧ, статья 14.3 МПГПП; статья 8.2 АКПЧ; право на защиту установлено статьей 6.1 ЕКПЧ в отношении гражданского судопроизводства, см., например, ЕСПЧ Оферта Плюс СРЛ против Молдовы, 14385/04, 19 декабря 2006 г., § 145. В общем смысле оно признается статьей 7.1.с АХПЧН.

- 109 Статья 6.3.с ЕКПЧ, статья 14.3.d МПГПП для уголовного судопроизводства; право на правовую помощь предоставляется до некоторой степени в статье 6.1 ЕКПЧ для гражданского судопроизводства: см., например, ЕСПЧ А. против Соединенного Королевства, 35373/97, 17 декабря 2002 г., § 90 и далее; для конституционных судов, в частности, см. CDL-AD(2010)039rev, Исследование вопросов индивидуального доступа к конституционному правосудию, § 113.
- 110 В отношении конституционного правосудия см. CDL-AD(2010)039rev, § 125.
- 111 В отношении конституционного правосудия см. CDL-AD(2010)039rev, § 112; по срокам принятия решений см. § 149.
- 112 О чрезмерных судебных сборах см., например, ЕСПЧ Крейз против Польши (№ 1)ё 28249/95, 19 июня 2001 г., § 60-67; Вайсман и др. против Румынии, 63945/00, 24 мая 2006 г., § 32 и далее; Скордино против Италии, 36813/97, 29 марта 2006 г., § 201; Сахновский против России, 21272/03, 2 ноября 2010 г., § 69; о чрезмерном залоге на судебные издержки см., например, ЕСПЧ Аит Мухуб против Франции, 28 октября 1998 г., § 57-58; Гарсиа Манибардо против Испании, 38695/97, 15 февраля 2000 г., § 38-45; по вопросам конституционного правосудия см. CDL-AD(2010)039rev, § 117.
- 113 О необходимости эффективного права доступа к судам см., например, Голдер против Соединенного Королевства, 4451/70, 21 января 1975 г., § 26 и далее; Ягтзилар и др. против Греции, 41727/98, 6 декабря 2001 г., § 20 и далее.
- 114 Статья 6.2 ЕКПЧ; статья 15 МПГПП; статья 8.2 АКПЧ; статья 7.1.b АХПЧН.
- 115 ЕСПЧ Аллене де Рибемон против Франции, 15175/89, 10 февраля 1995 г., § 32 и далее. О вмешательстве несудебных властей в вопросы, связанные с уголовным делом, см. CDL-AD(2014)013, Экспертное заключение по делу Рывин против Польши (Сообщение №№ 6091/06, 4047/07, 4070/07) на рассмотрении Европейского суда по правам человека (о парламентских комитетах по расследованию). Европейский суд по правам человека принял решение по делу Рывина 18 февраля 2016 г.: см., в частности, § 200 и далее. По вопросу систематического следования запросам прокуратуры (обвинительный уклон) см. пункт II.E.1.a.xiii.
- 116 ЕСПЧ Сондерс против Соединенного Королевства, 19187/91, 17 декабря 1996 г., § 68-69; О’Хэллоран и Фрэнсис против

Соединенного Королевства, 5809/02 и 25624/02, 29 июня 2007 г., § 46 и далее, и документы по указанному делу. О даче показаний против членов семьи см., например, Международный уголовный суд, Правила процедуры и доказывания, Правило 75.1.

117 Ср. Статья 5.3 ЕКПЧ.

118 «Бремя доказывания лежит на обвинении»: ЕСПЧ Барбера Мессеке и Хабардо против Испании, 10590/83, 6 декабря 1988 г., § 77; Тельфнер против Австрии, 33501/96, 20 марта 2001 г., § 15; ср. Гранд Стивенс и др. против Италии, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 и 18698/10, 4 марта 2014 г., § 159.

119 Комитет по правам человека, Замечания общего порядка № 32, статья 14: Право на равенство перед судами и трибуналами и на справедливый суд, ООН Док. ССРР/С/ГС/32 (2007), IV.

120 См., например, Роу и Дэвис против Соединенного Королевства, 28901/95, 16 февраля 2000 г., § 60.

121 См., например, Йалох против Германии, 54810/00, 17 июля 2006, § 94 и далее, 104; Гечмен против Турции, 72000/01, 17 октября 2006 г., § 75; О'Хэллоран и Фрэнсис против Соединенного Королевства, 5809/02 и 25624/02, 29 июня 2007 г., § 60.

122 Статья 6.1 ЕКПЧ; статья 8.1 АКПЧ; статья 7.1.d АХПЧН («в разумные сроки»).

123 CDL-AD(2010)039rev, § 94. См., например, ЕСПЧ Панйу против Бельгии, 18393/09, 28 октября 2014 г., § 53, 62 (отсутствие эффективного средства правовой защиты на случай чрезмерной длительности разбирательств противоречит статье 13 в сочетании со статьей 6.1 ЕКПЧ).

124 Это право в уголовных делах выводится из статьи 6.3.b ЕКПЧ (право на получение необходимого времени и средств для подготовки собственной защиты): см., например, Фуше против Франции, 22209/93, 18 марта 1993 г., § 36.

125 Ср. ЕСПЧ Микаллеф против Мальты, 17056/06, 15 октября 2009 г., § 78 и далее; Незирай против Германии, 30804/07, 8 ноября 2012 г., § 45 и далее.

126 «Статья 6 § 1 (статья 6-1) обязывает суды давать обоснования своих решений»: ЕСПЧ Иро Балани против Испании, 18064/91, 9 сентября 1994 г., § 27; Йокела против Финляндии, 28856/95, 21 мая 2002 г., § 72; см. также Такскет против Бельгии, 926/05,

16 ноября 2010, § 83 и далее. В разделе «Право на надлежащую администрацию», статья 41.2.c Хартии основных прав Европейского союза устанавливает «обязанность администрации давать обоснование своих решений».

127 По процедурам апелляции см. БДИПЧ Юридический сборник по вопросам международного права на справедливый суд, стр. 227.

128 См., например, Хиршхорн против Румынии, 29294/02, 26 июля 2007 г., § 49; Хорнсби против Греции, 18357/91, 19 марта 1997, § 40; Бурдов против России, 59498/00, 7 мая 2002 г., § 34 и далее; Герасимов и др. против России, 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11, 60822/11, 1 июля 2014 г., § 167 и далее.

129 CDL-AD(2010)039rev, Исследование по вопросам индивидуального доступа к конституционному правосудию, § 96.

130 CDL-AD(2010)039rev, § 62, 93, 165.

131 CDL-AD(2010)039rev, § 202; CDL-AD(2002)005 Заключение на Проект закона о Конституционном Суде Республики Азербайджан, § 9, 10.

132 CDL-AD(2004)043, Заключение на Предложение о внесении поправки в Конституцию Республики Молдова (введение механизма подачи индивидуальных жалоб в Конституционный Суд), § 18, 19; CDL-AD(2008)030, Заключение на Проект Закона о Конституционном Суде Черногории, § 19; CDL-AD(2011)040, Заключение на Закон о введении Регламента Конституционного Суда Турции, § 24.

133 CDL-AD(2011)010, Заключение на предложенные поправки к Конституции Черногории, а также на предложенные поправки к закону о судах, закону о Государственной прокуратуре и закону о Судебном совете Черногории, § 27; CDL-AD(2012)024, Заключение на два Списка предлагаемых поправок к положениям Конституции Черногории, относящимся к судебным органам, § 33; CDL-AD(2009)014, Заключение на Закон о Высоком конституционном суде Палестинской национальной администрации, §13; Состав конституционных судов, Наука и техника демократии № 20, CDL-STD(1997)020, стр. 7, 21.

134 CDL-AD(2008)010, Заключение о Конституции Финляндии, § 115 и далее.

135 Имеется лишь одно (ограниченное) исключение среди госу-

- дарств-членов Совета Европы, в которых предусмотрено конституционное правосудие: CDL-AD(2010)039rev, § 1, 52-53.
- 136 CDL-AD(2010)039rev, § 1 и далее, 54-55, 56 и далее.
- 137 Ср. CDL-AD(2008)030, Заключение на проект Закона о Конституционном суде Черногории, § 71.
- 138 CDL-STD(1997)020, стр. 21.
- 139 По вопросу коррупции см. Группа государств по борьбе с коррупцией (ГРЕКО), Имунитеты государственных должностных лиц как возможное препятствие в борьбе с коррупцией, в Опыт трех раундов оценки (2000-2010) – тематические статьи.
- 140 По вопросу коррупции в судебных органах см. II.E.1.c.ii.
- 141 См. Рекомендацию CM/Rec(2014)7 по защите информаторов Комитета министров Совета Европы.
- 142 См., например, Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции; Конвенцию об уголовной ответственности за коррупцию (CETS 173); Конвенцию о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (CETS 174); Дополнительный протокол к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (CETS 191); CM/Rec(2000)10 Рекомендацию о кодексе поведения государственных должностных лиц; CM/Res (97) 24 Резолюцию о двадцати директивных принципах борьбы с коррупцией.
- 143 CM/Rec(2000)10 Рекомендация о кодексе поведения государственных должностных лиц, Статья 13.
- 144 Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции, в частности, Статья 8.5; CM/Rec(2000)10, Приложение – Типовой кодекс поведения государственных должностных лиц, Статьи 13 и далее; ср. CM/Res (97) 24 Резолюция о двадцати директивных принципах борьбы с коррупцией.
- 145 В 2013 г. Венецианская комиссия одобрила Доклад о внеинституциональных действующих лицах в демократической системе (лоббировании) (CDL-AD(2013)011). В 2014 г. Европейский комитет по правовому сотрудничеству (ЕКПС) провел аналитическое исследование о возможности создания правового инструмента Совета Европы для регулирования лоббистской деятельности. Ожидается, что проект рекомендации будет представлен на одобрение пленарного заседания ЕКПС в ноябре 2016 г.
- 146 Один из ранних документов (от 1981 г.) – это Статья 5 Конвенции Совета Европы о защите частных лиц в отношении

- автоматизированной обработки данных личного характера (CETS 108); см. также Директиву 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета от 24 октября 1995 г. о защите частных лиц в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных, статьи 6, 7; в то же время в ЕС был согласован «Проект постановления Европейского парламента и Совета о защите граждан в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных («Общие правила по защите данных»)» (Межведомственный файл 2012/0011 (COD) от 15 декабря 2015 г.). Принципы защиты данных закреплены в ст. 5. См. также «Проект постановления Европейского парламента и Совета о защите граждан в отношении обработки персональных данных компетентными органами в целях предотвращения, расследования, выявления или судебного преследования уголовных преступлений или исполнения уголовных наказаний и о свободном перемещении таких данных» (Межведомственный файл: 2012/0010 (COD) от 16 декабря 2015 г. В 2013 г. ОЭСР одобрила «Рамки конфиденциальности ОЭСР», с «принципами», установленными в Разделе 2.
- 147 См. Проект постановления в предыдущей ссылке, Статья 14; Директива 95/46/ЕС, Статьи 10-11; CETS 108, Статья 8.
- 148 CDL-AD(2007)014, § 83.
- 149 Ср. Статьи 8 и 13 ЕКПЧ.
- 150 Ср. Статьи 8 и 13 ЕКПЧ.
- 151 Степень вмешательства сбора метаданных в личную жизнь является предметом дискуссий. Судебная палата Европейского Союза распространила защиту права на личную жизнь также и на сбор метаданных. Судебной практикой ЕСПЧ пока допускается, что, чем менее серьезно вмешательство в личную жизнь, тем меньше оно нуждается в средствах правовой защиты. См. CDL-AD(2015)006 §62, 63, 83. В случае отсутствия судебного разрешения на сбор метаданных должен существовать по меньшей мере независимый апостериорный контроль.
- 152 CDL-AD(2015)011, § 8, 69, 129; ср. ЕСПЧ Либери и др. против Соединенного Королевства, 58240/00, 1 июля 2008 г., § 59 и далее; Вебер и Саравиа против Германии (dec.) 54934/00, 29 июня 2006 г., § 85 и далее.
- 153 CDL-AD(2015)011, § 24-27, 115 и далее, 129.
- 154 Ср. Статьи 8 и 13 ЕКПЧ; CDL-AD(2015)011, § 26, 126 и далее.

155 CDL-AD(2015)011, § 33.

156 CDL-AD(2015)011, § 1.

157 См., например, Судебная палата Европейского союза, С-212/13, Франтишек Ринеш против Управления по защите персональных данных, 11 декабря 2014 г.

158 CDL-AD(2007)014, § 82.



Strasbourg, 27 May 2016

CDL-SC(2016)001\*

Engl. only

**EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW**  
(VENICE COMMISSION)

**CONCEPT**  
**OF CONDUCTING THE PAN-EUROPEAN CONFERENCE**  
**ON CONSTITUTIONAL MONITORING**

\*This document has been classified restricted on the date of issue. Unless the Venice Commission decides otherwise, it will be declassified a year after its issue according to the rules set up in Resolution CM/Res(2001)6 on access to Council of Europe documents.

This document will not be distributed at the meeting. Please bring this copy.  
[www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

**CONCEPT  
OF CONDUCTING THE PAN-EUROPEAN CONFERENCE  
ON CONSTITUTIONAL MONITORING**

On 12 March, 2016 the Venice Commission of the Council of Europe at the 106th Plenary Session approved the initiative of the President of the Constitutional Court of RA for conducting a conference on constitutional monitoring.

The Commission endorsed G.G. Harutyunyan to prepare and present for the 107th Plenary Session a corresponding concept and organizational mechanisms for conducting the given forum while considering the identification of possibilities for the application of "Rule of Law checklist" (adopted at the 106th Plenary Session of the Commission) in the process of systemic constitutional monitoring.

The expediency of conducting an international conference on constitutional monitoring is conditioned by the necessity of:

- Development of more efficient legal mechanisms for overcoming the deficit of constitutionalism in contemporary society, exclusion of accumulation of negative social energy which after achieving a critical mass may bring to social cataclysms;
- Identification of the bottlenecks for ensuring sustainable and dynamic supremacy of Constitution and further enhancement of the mechanisms of judicial constitutional control;
- Effective guaranteeing of the rule of law, assurance of sustainable democratic development;
- Identification of possibilities for application of "Rule of Law Checklist" for conducting permanent constitutional diagnostics and monitoring;
- Development of precise recommendations for the unification of mechanisms on conducting systemic constitutional monitoring with the application of "Rule of Law Checklist" in different legal systems.

It is proposed to conduct the given three-day conference in Yerevan, October 20-23, 2016 combining in with the Annual Yerevan International Conference dedicated to the topical issues of constitutional justice.

**Three issues are proposed for discussion:**

1. The role of Constitutional Courts in overcoming legal gaps and legal uncertainty:

О Контрольном списке верховенства права

2. The role and place of systemic constitutional monitoring in enhancement of the system of constitutional control and overcoming of the deficit of constitutionalism;

3. Role and meaning of "Rule of Law checklist" in the process of conducting permanent constitutional diagnostics and monitoring.

**It is proposed to present two reports up to 20-25 minutes for each issue.**

**For the discussion each participant will be given up to 10 minutes for their presentations and up to 3 minutes for precise recommendations.**

Upon prior consent delegations from constitutional courts of more than twenty countries, as well as up to 15 Judges of the European Court of Human Rights and three former Judges of the European Court expressed their desire to have active participation in the given conference.

The Constitutional Court of the Republic of Armenia covers the costs of accommodation, meals and local transportation of the foreign delegations, as well as provides assistance in any further organizational matters.

The Venice Commission's financial contribution for organizing the given forum is supposed to be within the amount, already foreseen for the 2016 Yerevan International Conference.

The Constitutional Court of RA proposes three of its representatives as keynote speakers.

The participation of three speakers on behalf of the Venice Commission is envisaged.

The form of invitation of delegations and experts to the given conference and the list of invitees will be agreed with the Secretariat of the Venice Commission.

**G. HARUTYUNYAN**

***The President of the CC of RA,  
Member of the Bureau of the Venice Commission***

09.05.2016



Страсбург, 27 мая 2016 г.

CDL-SC(2016)001\*

**ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ  
ЧЕРЕЗ ПРАВО  
(ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ)**

**КОНЦЕПЦИЯ  
ПРОВЕДЕНИЯ ОБЩЕЕВРОПЕЙСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ  
ПО КОНСТИТУЦИОННОМУ МОНИТОРИНГУ**

\* На дату издания данному документу был присвоен гриф для ограниченного распространения. Если Венецианская комиссия не примет иного решения, то данный документ перестанет быть конфиденциальным через год после его издания, в соответствии с правилами, установленными Резолюцией CM/Res(2001)6, о доступе к документам Совета Европы.

Данный документ не будет распространяться на заседании.

Просьба принести с собой данную копию.

[www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)

**КОНЦЕПЦИЯ  
ПРОВЕДЕНИЯ ОБЩЕЕВРОПЕЙСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ  
ПО КОНСТИТУЦИОННОМУ МОНИТОРИНГУ**

12 марта 2016 года Венецианская комиссия Совета Европы на 106-ом Пленарном заседании одобрила предложение Председателя КС РА о проведении конференции по конституционному мониторингу.

Комиссия рекомендовала Арутюняну Г.Г. подготовить и представить на 107-ом Пленарном заседании соответствующую концепцию и организационные механизмы проведения данного форума с учетом выявления возможностей применения “Контрольного списка верховенства права” (утвержденного на 106-ом пленарном заседании Комиссии) в процессе системного конституционного мониторинга.

Целесообразность проведения международной конференции по конституционному мониторингу обусловлена необходимостью:

- выработки более действенных правовых механизмов преодоления дефицита конституционализма в современном обществе, недопущения накопления отрицательной общественной энергии, которая, набирая критическую массу, может привести к общественным катаклизмам;
- выявления узких мест в устойчивом и динамичном обеспечении верховенства Конституции и дальнейшего совершенствования механизмов судебного конституционного контроля;
- эффективного гарантирования верховенства права, обеспечения устойчивого демократического развития;
- выявления возможностей применения “Контрольного списка верховенства права” для проведения постоянной конституционной диагностики и мониторинга;

- разработки конкретных предложений по унификации механизмов проведения системного конституционного мониторинга с использованием Контрольного списка верховенства права в разных правовых системах.

Предлагается данную трехдневную конференцию провести в Ереване 20-23 октября 2016 года, совмещая с ежегодной Ереванской конференцией по актуальным проблемам конституционного правосудия.

**Предлагаются для обсуждения три проблемы:**

1. Роль КС в преодолении законодательных пробелов и правовой неопределенности;
2. Место и роль системного конституционного мониторинга в совершенствовании системы конституционного контроля и преодолении дефицита конституционализма;
3. Роль и значение “Контрольного списка верховенства права” в осуществлении постоянной конституционной диагностики и мониторинга.

**По каждой проблематике предлагается представить два доклада, продолжительностью по 20-25 минут.**

**В рамках дискуссии каждому участнику предоставляется до 10 минут для выступления и до 3-х минут для представления конкретных предложений.**

По предварительному согласию изъявили желание принять активное участие в работе данной конференции делегации конституционных судов более чем двадцати стран, а также до 15 судей Европейского суда по правам человека и трое бывших судей Европейского суда.

Конституционный Суд Республики Армения берет на себя расходы на проживание и питание зарубежных делегаций, транспортные расходы, а также разрешение организационных вопросов.

Финансовое участие Венецианской комиссии в проведении данного форума подразумевается в размерах средств, уже запланированных для Ереванской международной конференции на 2016 год.

В качестве основных докладчиков КС Армении предлагает трех своих представителей.

Предполагается участие трех докладчиков от Венецианской комиссии.

Форма приглашения для делегаций и экспертов в работе данной конференции и список приглашенных будут согласованы с секретариатом Венецианской комиссии.

**Г. АРУТЮНЯН**

*Председатель КС РА,  
член бюро Венецианской комиссии*

**09.05.2016 г.**



**Г. Арутюнян**

*Председатель КС РА,  
доктор юридических наук, профессор*

### **Роль Контрольного списка верховенства права в системе конституционного мониторинга (Концептуальные подходы)**

Венецианская комиссия Совета Европы 11-12 марта этого года на 106-ом пленарном заседании утвердила Доклад о “Контрольном списке верховенства права”<sup>1</sup>. На том же заседании было заслушано сообщение Председателя Конституционного Суда РА о концепции конституционного мониторинга. Обозначив актуальность темы и ее непосредственную связь с новыми подходами к проблеме верховенства права, было решено вновь обратиться к вопросу на 107-ом пленарном заседании, на котором предметом обсуждения станут возможные концептуальные подходы к созыву Панъевропейской конференции по вопросам конституционного мониторинга.

В рамках 107-го пленарного заседания в июне 2016 года Научный совет Венецианской комиссии рассмотрел данную проблему на основании доклада о концептуальных подходах Председателя Конституционного Суда РА относительно созыва Панъевропейской конференции. Научный совет отметил важность созыва Конференции и участия экспертов Комиссии в

<sup>1</sup> См. Европейская комиссия за демократию через право, доклад CDL-AD(2016)007, Страсбург, 18 марта 2016 г.

обсуждениях. Сообщение о заключении Совета было представлено на пленарном заседании Комиссии.

Очевидно, что выдвинутая проблема более чем актуальна и получила всеевропейское звучание.

Считаем необходимым в рамках настоящей публикации вкратце представить сущность проблемы и сделать ряд заключений концептуального характера<sup>2</sup>.

Каковы исходные тезисы, на которых построены наши концептуальные подходы?

1. Многие беды, постигшие человечество в новом тысячелетии – терроризм, насильственные переселения тысяч людей, неуправляемая миграция, коррупция, крайнее социальное расслоение, социально-экономическая нестабильность, сращение политических, экономических и административных сил, разнохарактерные посягательства на права человека, неполноценная реализация принципа верховенства права и др. - в основном обусловлены дефицитом конституционализма, разрывом, возникшим между аксиологией Конституции, основополагающими принципами и нормами и реальной жизнью.
2. В новом тысячелетии становится все очевиднее, что иммунная система человеческого общества недостаточна и не гарантированы своевременное раскрытие, оценка и восстановление нарушенного конституционного баланса.
3. Гарантирующие стабильное и динамичное развитие социального общества функциональные и институциональные решения не только в реальной жизни, но и на конституционном уровне негармоничны новым вызовам. Об этом свидетельствуют не только результаты оценки индекса верховенства права в более чем ста странах мира, но и приливы и отливы в формировании Европейского союза.
4. Научные подходы к разрешению проблемы противоречивы, и разработка единой доктрины далека от удовлетворительного уровня. Переломным можно считать принятие 106-ым пленарным заседанием Венецианской комиссии Доклада о контрольном списке верховенства

<sup>2</sup> Подробно см. Арутюнян Г.Г. “Конституционный мониторинг”. - Ереван, 2016 г.

права, который, однако, для претворения в жизнь должен пройти серьезный путь.

5. Весьма различны представления о понятиях “конституционализм”, “конституционная культура”, “конституционная диагностика”, “конституционный мониторинг” и о многих других понятиях исходного значения, об их взаимосвязи и взаимообусловленности, в результате чего пока еще не найдены действенные и общеприемлемые решения для раскрытия, оценки и преодоления каждого нарушения конституционного баланса в стране.
6. Системные решения правовых проблем часто создают почву для продиктованных политической целесообразностью вмешательств, что приводит к дальнейшему осложнению болезней, настигших общественный организм, когда уже неизбежны “хирургические” вмешательства.
7. С точки зрения гарантирования самодостаточности Конституции в основном пока еще не найдены равноценные решения вопросов реализации потенциала непосредственной демократии и гарантирования конституционной роли гражданского общества, внедрения действенных институтов конституционной ответственности, обеспечения динамичного баланса ветвей власти, превращения верховенства права в краеугольный камень общественного поведения и ряда других вопросов.

Для ответа на вопрос “Что делать?” мы считаем исходными следующие подходы к основным понятиям.

А/ Несмотря на многочисленность характеристик понятия “Конституция” мы считаем первичным, что Конституция – это общественное согласие вокруг основополагающих принципов, ценностей и правил бытия. Она в первую очередь является Основным Законом гражданского общества и должна иметь равноценные и действенные механизмы защиты и претворения в жизнь. Конституция как Основной Закон цивилизованного общества является гарантией и средством обеспечения стабильного и динамичного развития. А это возможно только в том случае, когда в силу Конституции верховенство права становится основой социального поведения личности, политического поведения политических институтов государства, публичного поведения властей.

Б/ Понятие “конституционная культура” в правовом государстве формулируется нами как являющаяся стержнем общественного познания определенная ценностная система исторически сложившихся, стабильных, обогащенных опытом поколений и всего человечества убеждений, представлений, правосприятия, правосознания, которая для социального общества является основой установления и гарантирования общественным согласием основных правил своего демократического и правового поведения.

Инициированная международным сообществом новая повестка стабильного развития никогда не воплотится в жизнь, если в международных и внутригосударственных отношениях не будет обеспечен необходимый и достаточный уровень конституционной культуры, базирующийся на принципах конституционализации социальной жизни, справедливости и верховенства прав человека. Реализация единогласно принятых Генеральной Ассамблеей ООН в сентябре 2015 года и охватывающих период до 2030 года 17 целей и 169 задач стабильного развития направлена на создание именно такого мира, в котором важнейшими предпосылками подобного развития станут, в частности, демократия, верховенство права, разумное правление. Обязательством государств мира считается “способствование развитию верховенства права на национальном и международном уровнях и обеспечение всем равного доступа к правосудию”. А это требует равноценного уровня конституционной культуры.

В/ Понятие “конституционализм” нами характеризуется в первую очередь как **способность жить в реальной жизни по конституционным принципам**. “Конституционализм” – есть наличие установленных общественным согласием основных правил демократического и правового поведения, их существование как живущей реальности в общественной жизни, в гражданском поведении каждого индивида, в процессе осуществления государственно-властных полномочий. Более обобщенно **“конституционализм” – это системное и осмысленное наличие конституционных ценностей в общественной жизни**. Он выступает как **общий правовой принцип** характеристики социального поведения общества. Поэтому

задача заключается не в простом применении Конституции, а в формировании такой социальной системы, в которой Конституция реализуется каждой клеткой этой системы как условие ее существования.

По нашему мнению, существование конституционализма имеет, прежде всего, аксиологический характер и связано с реалией конституционной культуры. **Конституционализм - не столь свидетельство письменной Конституции, сколь проявление конституционной культуры, осмысленное существование конституционного строя и его существенных элементов в реальной жизни. Конституционализм, как и право, – это объективная социальная реалья, свидетельство степени цивилизованного общежития социального общества, гарантия стабильного и динамичного развития данного общества<sup>3</sup>. Конституционализм – характеристика сущности взаимосогласованного существования социального общества, свидетельство его осмысленного существования во времени, показатель степени зрелости общественных отношений и их правового регламентирования.** Конституционализм – высшая цель цивилизованного общежития, к которому общество должно постоянно стремиться.

Г/ Понятие **“конституционная диагностика”** включает инструментарий и весь процесс оценки конституционализма в обществе, **раскрытие соответствия реальных общественных отношений конституционно закрепленным ценностям, принципам и нормам.** Конституционная диагностика необходима в первую очередь **для раскрытия реального состояния, тенденций развития и разнохарактерных искажений конс-**

<sup>3</sup> Об этом см. Арутюнян Г. Конституционализм как фундаментальный принцип права в правовом государстве // Конституционное правосудие, 2012, N 1. – С. 5-16. Бондарь Н. Концепция судебного конституционализма: методология исследования в свете практики конституционного правосудия. Там же. - С. 29.

<sup>4</sup> Наши подходы касательно объекта конституционного мониторинга нашли широкую огласку в профессиональной литературе. В частности, профессор Бондарь Н.С. пишет: “Как справедливо отмечал в одном из своих выступлений Председатель Конституционного Суда Республики Армения профессор Г.Г. Арутюнян, конституционную диагностику социально-экономических и политических процессов в стране нужно начинать с самой системы конституционализма” / См. Бондарь Н.С. Конституционная модернизация российской государственности: в свете практики конституционного правосудия. - М., 2014. – С. 14./.

**титационализма в реальной жизни.**

**Объектами конституционной диагностики** являются: общественная жизнь в целом; состояние конституционно установленного функционального баланса и, в частности, деятельность органов власти<sup>4</sup>.

**Субъектами конституционной диагностики** являются: народ, как носитель и источник власти; органы государственного управления и местного самоуправления; все институты гражданского общества; каждое лицо.

Особенно в период общественных преобразований или в условиях нестабильного конституционного баланса **основными задачами конституционной диагностики являются, в частности:**

- выявление нарушенного конституционного баланса;
- оценка характера и форм проявления данного нарушения на основании многофакторной оценки ситуации;
- раскрытие причин этих нарушений и выдвижение инструментария для восстановления нарушенного конституционного баланса.

**Конституционная диагностика должна базироваться на следующих основных принципах:**

- выявление любого нарушения конституционного баланса в режиме непрерывного действия;
- оценка характера нарушения;
- выдвижение средств и способов восстановления конституционализма;
- гарантированность недопущения нового нарушения при восстановлении функционального баланса.

Для осуществления последовательной конституционной диагностики необходимо выделить **такую систему индикаторов**, которая будет в состоянии всесторонне и полностью охарактеризовать конституционность изучаемых общественных отношений.

Д/ **“Конституционный мониторинг”** – это средство и возможность гарантирования на основании конституционной диагностики конституционного баланса в динамике, преодоления дефицита конституционализма, обеспечения стабильного и динамичного развития.

Конституционный мониторинг предполагает:

- непрерывную конституционную диагностику с целью

- выявления возможных искажений конституционализма;
- в результате сравнительного анализа и оценки его результатов для восстановления нарушенного конституционного баланса наличие необходимых функциональных и институциональных механизмов;
- обеспечение обратной связи между конституционными решениями и развитиями конституционной практики;
- наличие действенной системы конституционной ответственности.

Для осуществления конституционного мониторинга считаем важным уточнение подходов особенно относительно трех вопросов.

**Во-первых**, с помощью какого инструментария и каких методов возможно осуществить системную конституционную диагностику?

**Во-вторых**, какую роль и значение может иметь разработанный Венецианской комиссией Контрольный список верховенства права при осуществлении конституционного мониторинга?

**В-третьих**, какой может быть правовая система конституционного мониторинга в аспекте функциональных и институциональных решений?

К первому вопросу мы считаем целесообразным обратиться отдельно, поэтому акцентировки в настоящей публикации коснутся второго и третьего вопросов.

По нашему мнению, ответ на второй вопрос надо искать как в методологической, так и в методической плоскости.

В методологическом аспекте Контрольный список, опираясь на восприятие верховенства права **как всеобщего и основополагающего принципа демократии**, его характеристику и раскрытие его сущности в международных правовых документах, всестороннюю оценку особенностей реализации, сравнительный анализ его характеристик, данных различными авторами, впервые в системной целостности представляет многослойные проявления принципа верховенства права в правовом государстве. Делаются такие выводы исходного значения, согласно которым, в частности:

- принцип верховенства права должен применяться на всех уровнях государственной власти (пункт 17);
- независимо от разнородных толкований понятия существует единое восприятие элементов верховенства права.

Их шесть:

- законность;
- правовая определенность;
- запрет произвола;
- доступ к правосудию в независимых и беспристрастных судах;
- уважение прав человека;
- недискриминация и равенство всех перед законом (пункт 18);
- обозначается декларируемый ООН в 2012 году подход о том, что «верховенство права одинаково применимо ко всем государствам и международным организациям» (пункт 22);
- Контрольный список верховенства права ориентирован в основном на оценку правовых гарантий (пункт 25);
- достижение полного верховенства права все еще остается неосуществленной задачей даже в странах с устоявшейся демократией (пункт 29);
- без гарантирования, обеспечения и защиты прав человека не может быть верховенства права (пункт 31);
- верховенство права относится ко всей правовой системе, ко всем проявлениям ограничения власти правом и защиты прав человека (пункты 33-37);
- верховенство права может успешно осуществляться только в той стране, население которой ощущает коллективную ответственность за претворение в жизнь этого принципа и хочет сделать его неотъемлемой частью своей собственной правовой, политической и общественной культуры (пункт 43).

Все указанные заключения имеют краеугольное значение также с точки зрения реализации выдвинутых нами концептуальных подходов.

В методическом аспекте исходным является констатированное Венецианской комиссией положение, согласно которому Контрольный список верховенства права является инновационным и эффективным способом оценки гарантирования верховенства права в той или иной стране **по единой методике**, учитывая конкретные особенности правовой системы данной страны (пункты 20, 25, 34). В то же время для осуществления действенных шагов по оценке верховенства права ориентиро-

вочное значение имеют подходы методического значения, представленные в пунктах 43-120 Контрольного списка.

Вывод, думаем, однозначен: разработанный Венецианской комиссией Контрольный список верховенства права открывает качественно новую страницу для того, чтобы составить полное, систематизированное, четкое представление о реализации на практике принципа верховенства права, сделать многофакторный анализ, эффективно и оптимально управлять процессом правовых развитий. Он дает полный систематизированный инструментарий как для количественной, так и для качественной оценки состояния верховенства права.

Более того, по нашему глубокому убеждению, такое многослойное раскрытие состояния верховенства права создаст полное представление также о реальном состоянии конституционализма и уровне конституционной культуры в стране. Следовательно, при осуществлении конституционного мониторинга Контрольный список верховенства права приобретает исключительное исходное значение как в аспекте методологических подходов, так и в аспекте методических ориентиров.

Задача в том, что конституционный мониторинг должен иметь не отрывочный и дискретный характер, а должен осуществляться по принципам непрерывности и четкой периодичности, также посредством оценки состояния верховенства права раскрывая каждое нарушение конституционного баланса, каждое отклонение от конституционной аксиологии и конституционных принципов, каждое искажение конституционализма.

Какой должна быть правовая система конституционного мониторинга в аспекте функциональных и институциональных решений?

В утвержденном Венецианской комиссией Контрольном списке указывается, какие информационные источники для европейских стран могут служить основанием оценки верховенства права. Если проводится отдельное, разовое исследование, даже в годовом разрезе, то для этого требуется один подход, а если мониторинг постоянный и непрерывный, то подход должен быть совершенно иным.

Сущность конституционного мониторинга заключается в том, что должно осуществляться **постоянное и систематизированное выявление** реального состояния конституционализма в общественной жизни. **Должна осуществляться такая функция иммунной системы, которая характерна каждому организму.** Весь общественный организм должен

быть вовлечен в процесс динамичного соблюдения функционального конституционного баланса, выявления, оценки и восстановления равнозначным правовым вмешательством каждого его нарушения. Контрольный список верховенства права является исключительным средством и возможностью **осуществления** вытекающей именно из такой функции необходимой **конституционной диагностики**, что является необходимым и исходным этапом конституционного мониторинга.

Как должен быть организован и как должен осуществляться конституционный мониторинг?

Мы считаем, что в функциональном аспекте в конституционном мониторинге существенную роль должны играть все конституционные институты страны и гражданское общество.

В настоящее время частично эта задача решается посредством конституционного контроля. Однако наши исследования приводят к выводу, что в системе конституционного контроля в основном действенным является элемент судебного конституционного контроля. Все остальные элементы не вписываются в логику системной целостности и по своей функциональной роли и в системной целостности не соответствуют требованиям новых вызовов преодоления деформаций конституционализма и накоплений отрицательной социальной энергии. Поэтому требуются качественно новые подходы и решения.

В предлагаемой нами доктрине в первую очередь акцентируется разрешение двух проблем:

**во-первых**, гарантировать и обеспечить самодостаточность и динамичное эволюционное развитие Конституции;

**во-вторых**, создать необходимые функциональные и институциональные гарантии для своевременного выявления, оценки и преодоления деформаций конституционализма.

Каждая из них может стать отдельной темой фундаментального обсуждения. К первой мы в общих чертах обратились в концепции последних реформ Конституции Республики Армения и считаем, что представленные в ней подходы могут представлять большой интерес для каждой страны.

В рамках этой публикации попытаюсь вкратце обратиться ко второй проблеме.

Наш первоначальный подход заключается в том, что в институциональной системе конституционного мониторинга соответствующую роль должны иметь все конституционные субъек-

ты – человек, институты гражданского общества, все органы публичной власти. Они должны выступать в системной целостности, взаимодополняющими функциями, исключая обстоятельство нереагирования на какое-либо нарушение конституционного баланса. В аспекте последнего исключительна роль каждого члена общества и институтов гражданского общества, осуществление которой должно иметь необходимые конституционные гарантии. С этой целью должна быть обеспечена и гарантирована бесперебойная деятельность нервной системы социального общества.

В системе публичной власти особая важность придается роли главы государства. В международной конституционной практике, как правило, Президент является политическим гарантом обеспечения верховенства Конституции. Для этого необходимо, в частности, придать действенное конституционно-правовое содержание таким конституционным положениям, как: “Президент обеспечивает соблюдение Конституции” (см. Конституции Франции (ст. 5), Польши (пункт 2 статьи 126), Армении (ст. 123); “Президент является гарантом Конституции” (см. Конституция Российской Федерации (часть 2 статьи 80); “Президент обеспечивает ... нормальную деятельность демократических институтов...” (Конституция Португалии (статья 120); “... Президент обеспечивает нормальную деятельность государственных органов” (Конституция Словакии (часть 1 статьи 101) и т.д.

Обеспечение соблюдения Конституции имеет сугубо формальный характер во всех тех случаях, когда институтом Президента не осуществляется непрерывная конституционная диагностика.

Надо отметить, что внедрение системы конституционного мониторинга требует по-новому оценить роль правотворческих и правоприменительных органов в этом вопросе, место и роль судебного конституционного контроля, современные вызовы конституционализации общественных отношений, императив внедрения действенной системы конституционной ответственности.

Это также вопросы, которые могут стать предметом отдельного и обстоятельного рассмотрения.

**G. Harutyunyan**

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

### **Role of the Rule of Law Checklist in the system of constitutional monitoring /Conceptual approaches/**

The Report<sup>1</sup> on the “Rule of Law Checklist” was adopted at the 106<sup>th</sup> Plenary Session of the Venice Commission of the Council of Europe which was held this year on March 11-12. The statement of the President of the RA Constitutional Court on the concept of constitutional monitoring was presented at the same Session. Emphasizing the urgency of the topic and its direct concerns with the new approaches of the issue of the rule of law, has become important once again to touch upon the given issue at the 107<sup>th</sup> Plenary Session and examine possible conceptual approaches to convene a Pan-European conference on the issue of constitutional monitoring.

In June 2016, within the framework of the 107<sup>th</sup> Plenary Session the Scientific Council of the Venice Commission examined the given issue based on the report of the President of the RA Constitutional Court on the conceptual approaches to convene a Pan-European conference. The Scientific Council stressed the importance to convene such a conference and the participation of the experts of the Commission in the discussions. The statement on the Council’s conclusion was presented at the Plenary Session of the Commission.

It is obvious that the raised issue is more than urgent and it has received overall European appreciation.

<sup>1</sup> See, Report CDL-AD(2016)007 of the European Commission “Democracy through Law”, Strasbourg, 18 March 2016

<sup>2</sup> In detail, see G.G. Harutyunyan, “Constitutional monitoring,” Yerevan, 2016.

Within the framework of this publication, it is important to present the essence of the issue briefly and make a number of conclusions of conceptual significance<sup>2</sup>.

Which are the initial theses on which our conceptual approaches are based?

1. Many disasters, which the manhood faced in the new millennium, such as terrorism, forced migration of thousands of people, uncontrollable migration, corruption, extreme social stratification, social economic instability, concretion of civil, economic and administrative potential, diverse abuses of human rights, mutilated realization of the principle of the rule of law etc are mainly attributed with the deficit of constitutionalism, are acting as a gap between the axiology of the Constitution, fundamental principles and norms and reality.

2. In the new millennium it becomes more and more evident that the immune system of the human society is not sufficiently viable, and timely revelation, assessment and restoration of constitutional balance is not guaranteed.

3. Functional and institutional resolutions, which guarantee sustainable and dynamic development of the social society, are disharmonic with the new challenges not only in the real life but also at the constitutional level. This is confirmed not only by the results of assessment of the rule of law index in more than hundred countries, but also by the rise and fall of formation of the European Union state.

4. The scientific approaches regarding the solution of the issue are contradicting, and the elaboration of the unified doctrine is too far from being satisfactory. The report on the Rule of Law Checklist adopted at 106th Plenary Session of the Venice Commission may be considered as crucial, which needs to undergo a long way for implementing it into life.

5. The notions “constitutionalism,” “constitutional culture,” “constitutional diagnosis,” “constitutional monitoring” and other notions of pivotal essence, their interrelations and interdependence are rather different and, as a result, the functional and commonly acknowledged solutions for revelation, assessment and overcoming each violation of the constitutional balance in the country have not been found yet.

6. Systemic solution of the legal issues often creates grounds for the intimidations dictated by the political advisability which brings to further complication of the disease that affects the public organism when the operative intervention is needed.

7. From the perspective of guaranteeing self-sufficiency of the Constitution, no equivalent solutions on realization of the potential of

direct democracy and guaranteeing the constitutional role of civil society, establishment of the functional institutions of constitutional liability, ensuring of the dynamic balance of the branches of power, making the rule of law the cornerstone of public behavior and for a number of other issues have not been found yet.

We consider the following approaches pivotal for the basic notions for answering the question “What to do?”

**A/** Despite the numerous features of the notion “**Constitution**” we do consider pivotal that the Constitution is the public consent on fundamental principles, values and rules of existence. Firstly it is the fundamental law of the civil society and must possess equivalent and functional mechanisms for protection and implementation into life. The Constitution, as the fundamental law of coexistence, serves as a warrantee and remedy for ensuring the sustainable and dynamic development. And this is possible only in the case when, by the power of the Constitution, the rule of law becomes the grounds for social behavior of the person, political behavior of political institutions of the state and the public behavior of authorities.

**B/** In the rule of law state the notion “**constitutional culture**” is formulated as historically formed, sustainable, enriched by the experience, believes, imagination, legal perception and legal sense of the generations and entire manhood, which serves as the pivot of the public perception for the social society to define and guarantee the fundamental rules of its democratic and lawful behavior.

The new agenda of the sustainable development initiated by the international society will never come to life if in the international and national relations the necessary and sufficient level of the constitutional culture is ensured based on the principles of constitutionalization of the social life, justice and rule of human rights. On September 2015, the United Nations General Assembly unanimously adopted 17 Sustainable Development Goals and 169 targets (the 2030 Agenda), the implementation of which tends to create such a world where, in particular, democracy, rule of law and good governance shall become the most important prerequisites for such development.

The obligation of State shall be to “Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all.” And this demands relevant level of constitutional culture.

**C/** The notion “**Constitutionality**” is defined as an ability to lead

**the constitutional life in real life.** By the public consent “Constitutionality” is defined as the presence of the fundamental rules of democratic and lawful behaviour, its existence as a living reality in the social life, in the civil behaviour of each individual in the process of implementation of state power established by the public consent. More precisely, **“constitutionalism” is a systemic and knowledgeable value in the public life.** It is a **general legal principle** of characteristics of social behaviour of the society. That is why the task is not the simple implementation of the Constitution but formation of such a social system, where the Constitution is implemented by each cell of that system as a term of its existence.

In our opinion, existence of constitutionalism first of all is of axiological nature and is linked to realities of the constitutional culture. Constitutionalism is not a mere the evidence of the written constitution but also characteristics of manifestation of constitutional culture, constitutional order and meaningful existence of its essential elements in the real life. Constitutionalism, as well as the law, is an objective social reality, evidence of the level of civilised coexistence of the social society, which is the guarantee of sustainable and dynamic development of the society<sup>3</sup>. **Constitutionalism is the characteristic of the essence of mutually agreed existence of the social society, the evidence of its meaningful existence in time, indicator of the level of maturity of social relations and their legal regulation.** Constitutionalism is the ultimate goal of the civilised coexistence which the society must constantly be anxious to achieve.

**D/** The notion **“constitutional diagnosis”** constitutes the tools and entire procedure of assessment of constitutionalism in the society, **revealing of concordance of the public relations with the constitutionally envisaged values, principles and norms. Constitutional diagnosis is necessary first of all for revealing**

<sup>3</sup> See G. Harutyunyan, Constitutionalism as a fundamental principle of right in the rule of law state // Constitutional justice, 2012, N 1. – P. 5-16. N. Bondar, The concept of judicial constitutionalism: methodology of research in light of the practice of constitutional justice. See also page 29.

<sup>4</sup> Our approaches on the object of constitutional diagnosis have found wide reflection in the professional literature. In particular, professor N.S. Bondar writes, “as Professor G.G. Harutyunyan mentions in one of his speeches, the constitutional diagnosis of the socio-economic and political processes shall start just from the system of constitutionality” /see. Бондар Н.С. Конституционная модернизация российской государственности: в свете практики конституционного правосудия. М., 2014 - С.14/.

**the real condition, tendencies of development and various distortions of constitutionalism in reality.**

**The objects of the constitutional diagnosis are:** the public life, constitutionally prescribed condition of functional balance, and, in particular, activity of the bodies of state power.<sup>4</sup>

**The subjects of the constitutional diagnosis are:** people as the carrier and source of power, organs of the state administration and local executive power, all institutions of civil society, each individual.

Especially during the period of public changes or in the terms of unsustainable constitutional balance, **the main tasks of constitutional diagnosis are, in particular:**

- revealing the violated constitutional balance;
- assessment of the character and the form of revealing the violation on the basis of multi-factual assessment of situation;
- revealing of the causes of these violations and raising the means for the restoration of the violated constitutional balance;

**Constitutional diagnosis must be based on the following main principles:**

- revealing of any violation of the constitutional balance in the regime of non-stop actions;
- assessment of the character of the violations;
- raising the remedies and means of restoration of the constitutionalism;
- guaranteeing non-admission of the new violations during the restoration of the functional balance.

For conducting successive constitutional diagnosis, it is necessary to choose **such a system of indicators** which would diversely and fully characterize the constitutionality of the examined public relations.

**E/ “Constitutional monitoring”** is a remedy and possibility to guarantee overcoming the deficit of constitutionalism, ensuring stability and dynamic development on the basis of constitutional diagnosis of the constitutional balance in dynamics. Constitutional monitoring proposes:

- non-stop constitutional diagnosis for revealing the possible distortions of the constitutionalism,
- as a result of contrastive analysis and assessment of the outcome, presence of the functional and instrumental systems of restoring the violated constitutional balance,

- ensuring the feedback between the constitutional decisions and development of constitutional practice,
- presence of efficient systems of constitutional liability.

For conducting constitutional monitoring, it is important to clarify the approaches especially on three issues:

**First**, what methods and set of tools are required for conducting systemic constitutional diagnosis?

**Second**, what role and significance may the Rule of Law Checklist (adopted by the Venice Commission) have while conducting constitutional monitoring?

**Third**, what may the legal system of constitutional monitoring be in the aspect of functional and instrumental solutions?

We consider it as a good idea to refer to the first question; directly and independently hence, the second and third questions would be accented in this publication.

In our opinion, the answer to the second question should be looked for both at the methodological and methodical levels.

In the methodological aspect, based on the perception of rule of law **as a common and fundamental principle of democracy**, on its characteristics and revealing of its essence in the international legal documents, comprehensive assessment of the peculiarities of realization, comparative analysis of its specification by a number of authors, for the first time the Rule of Law Checklist in the systemic integrity represents the multi-layer manifestations of the principle of the rule of law in the rule of law state. Initial conclusions are made, according to which, in particular,

- the principle of the rule of law must be applied at all levels of public power /Point 17/,
- despite diverse interpretations, united perceptions of elements of the rule of law are present. There are six of them:
  - legality,
  - legal certainty,
  - prohibition of arbitrariness,
  - access to justice before independent and impartial courts,
  - respect for human rights,
  - non-discrimination and equality before the law /Point 18/,
- 2012 Declaration of the United Nations signifies that the “Rule of law applies to all States equally and to the international organizations” /Point 22/,
- the checklist is mainly directed at assessing legal safeguards /Point 25/,
- full achievement of the rule of law remains an on-going task,

- even in the well-established democracies /Point 29/,
- the rule of law would just be an empty shell without guaranteeing, ensuring and protecting human rights /Point 31/,
- the rule of law is linked to the entire legal system and all manifestations of restriction of power and protection of human rights by law /Points 33-37/,
- the rule of law can only flourish in a country whose inhabitants feel collectively responsible for the implementation of the concept, making it an integral part of their own legal, political and social culture /Point 43/.

All the mentioned conclusions are of pivotal importance from the perspective of implementation of the raised conceptual approaches.

In the methodological aspect, the provision stated by the Venice Commission is pivotal, according to which the Rule of Law Checklist is an innovative and efficient remedy for guaranteeing the rule of law in this or that country for assessing **in accordance with the united method**, taking into account the certain peculiarities of legal system of the certain country (Points 20, 25 and 34). Simultaneously, for realization of practical steps for assessment of the rule of law, the approaches stipulated in Points 43-120 of the Checklist, which have methodological significance, are of guideline significance.

In our opinion, the conclusion is unambiguous: the Rule of Law Checklist adopted by the Venice Commission opens qualitatively a new page for a full, systemized and precise vision of realization of the principle of the rule of law in practice, multi-factual analysis as well as for effective and optimal management of the process of legal developments. It provides systemized and fully-fledged tools both for qualitative and quantity assessment of the state of rule of law.

Moreover, we are deeply convinced that such a multi-layer disclosure of the status of the rule of law would also create the full vision of the real status of constitutionality and the level of constitutional culture in the country. Therefore, for exercising constitutional monitoring, the Rule of Law Checklist becomes exceptionally pivotal both in the aspect of methodological approaches and methodic guidelines.

Constitutional monitoring should not be fragmentary and discrete, but **it should be conducted in accordance with the principles of continuity and clear periodicity**, as well as by the means of assessment of the condition of the rule of law revealing each violation of the constitutional balance, each distortion from the constitutional axiology and constitutional principles, each distortion of the constitu-

tionalism.

What must the legal system of constitutional monitoring be in the aspect of functional and instrumental solutions?

The Rule of Law Checklist approved by the Venice Commission states that such informative sources may serve as grounds for the assessment of the rule of law for the European countries. If a stand-alone and one time study is made in annual context, then a single approach is needed, and if the monitoring is permanent and continuous, then the approach should be completely different.

The essence of the **constitutional monitoring is that continuous and systemized revelation** of the real condition of constitutionalism shall be applied in social life. **A certain function typical for the immune system of each organism should be performed.** The entire social organism should be involved in the process of dynamic maintenance of functional constitutional balance, revealing and assessing each violation of that balance and its restoration by equivalent lawful interference. The Rule of Law Checklist is an exclusive means and opportunity **for performing** necessary **constitutional monitoring**, which follows from such a function, and this is the necessary and initial phase of constitutional monitoring.

How should the constitutional monitoring be organized and performed?

We consider that in functional aspect all constitutional institutions of the state and the civil society should play essential role in the constitutional monitoring.

Today this task is partially resolved by the constitutional control. However, our researches allow concluding that in the constitutional control system the component of judicial constitutional control is mainly efficient. All other elements are not manifested by the logics of systemic integrity, and in their functional role and systemic integrity they do not comply with the requirements of the new challenges of overcoming distortions of constitutionalism and accumulation of negative social energy. Therefore, better approaches and solutions are needed.

The doctrine we propose is first of all focused on the resolution of two issues:

**First**, guaranteeing and ensuring self-sufficiency and dynamic emotional development of the Constitution,

**Second**, creating necessary functional and institutional guarantees for the timely revealing, assessing and overcoming the distortions of constitutionalism.

Each of them may become certain topics for serious discussion. In the first issue, we touched upon the concept of the latest reforms of the Constitution of the Republic of Armenia and we do think that the presented approaches may cause great interest for every country.

In the framework of this publication, I would like to make a brief reflection to the second issue.

Our pivotal approach is that in the structural system of constitutional monitoring all constitutional subjects shall play relevant role, i.e. the human being, institutions of civil society, all bodies of public power. They shall act in the systemic integrity, with complementary functions excluding the circumstance of non-reacting on any violation of the constitutional balance. In the aspect of the latter the role of each member of the society and institution of the civil society is exclusive, implementation of which should have necessary constitutional guarantees. For this uninterrupted activity of the nervous system of the social system is ensured and guaranteed.

The head of the state has a special significance in the system of public power. In the international constitutional practice, as a rule, the president acts as political guarantee for ensuring the rule of Constitution. Thus, it is necessary to provide efficient constitutional-legal contents for the constitutional provisions, such as: “The President of the Republic shall ensure due respect for the Constitution” (see the Constitution of France, (Article 5), Poland (Point 2 of Article 126), Armenia (Article 123), “President shall be the guarantor of Constitution” (see Constitution of the Russian Federation (Part 2 of Article 80); “The President guarantees ... the proper functioning of the democratic institutions...” (Portugal, Article 123), “President shall ensure the regular operation of Constitutional bodies” (Slovakia, Part 1 of Article 101) etc.

Preservation of the Constitution is merely formal in all the cases when no consistent constitutional monitoring is conducted by the institute of President.

It should be emphasized that the establishment of the system of constitutional monitoring demands to assess anew the role of the rule-making and law-enforcement bodies, role and place of the judicial constitutional review, contemporary challenges of constitutionalization of the public relations, imperative of establishment of efficient system of constitutional liability.

These questions must become a subject of certain and



---

Конституционное  
**ПРАВОСУДИЕ**

Вестник Конференции  
органов конституционного контроля  
стран новой демократии

Выпуск 3 (73) 2016

---



**Адрес редакции:**

0019, Ереван, пр. Баграмяна 10  
Тел.: (+37410) 529991, (+37411) 588189  
Факс: 529991  
Email: [armlaw@concourt.am](mailto:armlaw@concourt.am)  
URL: <http://www.concourt.am>

---

Сдано в набор 12.09.2016 г.  
Подписано к печати 30.09.2016 г.  
Печ. л. 11,5  
Бумага офсетная  
Печать офсетная  
Формат 60x84 1/16  
Тираж 750 экз.

---

Выходит ежеквартально

---

Статьи вестника "Конституционное  
правосудие" публикуются  
в авторской редакции

---

Вестник включен в перечень ведущих  
рецензируемых научных журналов и  
изданий, в которых должны публиковаться  
основные научные результаты диссертаций  
на соискание ученых степеней доктора и  
кандидата наук

---

Зарегистрирован коллегией  
N 8/22 Министерства юстиции РА  
27 февраля 1998 г.