

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран новой демократии

Выпуск 3(53)2011

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2011

Председатель редакционного совета

Г.Г. Арутюнян
Председатель Конституционного Суда Республики Армения

Редакционный совет:

А.М. Нурмагамбетов
член Конституционного Совета Республики Казахстан

Б. Гарибов
судья Конституционного Суда Азербайджанской Республики

А.А. Абдуллаев
судья Конституционного Суда Республики Таджикистан

Ю.В. Баулин
судья Конституционного Суда Украины

А.Г. Тиковенко
судья Конституционного Суда Республики Беларусь

П.П. Райлян
судья Конституционного Суда Республики Молдова

Н.С. Бондарь
судья Конституционного Суда Российской Федерации

Ответственный секретарь

И.В. Даниелян

ISSN 18290125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Конференция, посвященная 20-летию Конституционного Суда Республики Болгария

Международная конференция

"Классические и современные тенденции в развитии конституционного контроля", посвященная 20-летию Конституционного Суда Республики Болгария.

София, 29-30 июля 2011 г. 7

Танчев Е. Сравнительный конституционный контроль и болгарская перспектива 8

Босюи М. Закон Евросоюза и международно и конституционно защищенные права 30

Бирлайн Б. Классические и современные тенденции в конституционном контроле 40

Паулус А. Отношения между национальными конституционными судами, Европейским судом правосудия и Европейским судом по правам человека 46

Паксют О. Рамки конституционного контроля (турецкий опыт)..... 54

Кокотов А. Осуществление Конституционным Судом Российской Федерации конституционного контроля: насущные вопросы развития 57

Кутрис Г., Юрсена Л. Принцип независимости правосудия в практике Конституционного Суда Республики Латвия: современные тенденции 68

Головин А. Превентивный и последующий судебный конституционный контроль как важная составляющая государственного механизма защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина 78

Ненадич Б. Основные характеристики конституционного контроля в современной Сербии	85
Арутюнян Г. Системный мониторинг конституционализма и проблемы развития конституционной юстиции	104
Друмева Э. Преюдициальные обращения Конституционного Суда Болгарии	123
Бирмонтиене Т. Влияние конституционного контроля на современные тенденции конституционного права	134
Салманова С. Современные тенденции взаимоотношений Конституционного Суда Азербайджанской Республики с судами общей юрисдикции	149
Сорабжи Дж. Конституционный контроль в Соединенном Королевстве: рекомендации и толкование	158
Наумовски Б. Конституционное правосудие в Республике Македония: развитие, правомочия, практика, проблемы и перспективы	164
Моток И. Конституционный Суд и европейское право: теоретический подход	175
Тезауро Дж. Конституционный контроль относительно европейского права и Европейской конвенции о защите прав человека	181
Пунев Б., Ненков Р. От защиты национальной конституции к защите европейского правопорядка (краткий обзор юриспруденции Конституционного Суда Республики Болгария)	186
Штербец В. Истоки, методы и особенности контроля конституционности законов в Республике Молдова	199

Contents

Conference Dedicated to 20th Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria International Conference "Classical and Modern Trends in the Development of the Constitutional Review" dedicated to 20th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria. <i>Sofia, July 29 -30, 2011</i>	7
Tanchev E. Constitutional Control in Comparative and Bulgarian Prospective	8
Bossuyt M. EU Law and Constitutionally and Internationally Protected Rights	30
Bierlein B. Classical and Modern Trends in Constitutional Review	40
Paulus A. The Relationship between National Constitutional Courts and the European Court of Justice and the European Court of Human Rights	46
Paksut O. Limits of Constitutional Review (The Turkish Experience).....	54
Kokotov A. Implementation of Constitutional Review by the Constitutional Court of the Russian Federation	57
Kūtris G., Jurcēna L. Principle of Judicial Independence in the Case-Law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia: Modern Trends	68
Holovin A. The Preventive and Subsequent Judicial Constitutional Control as a Significant Component of the State Mechanism of the Protection of the Constitutional Human Rights and Rights and Freedoms of Citizens	78
Nenadic B. Main Characteristics of Constitutional Review in the Modern Serbia	85

Harutyunyan G. System Monitoring of the Constitutionalism and Problems of Development of the Constitutional Justice	104
Drumeva E. Prejudicial Inquiries from the Bulgarian Constitutional Court	123
Birmontiené T. The Influence of Constitutional Review on Modern Trends of Constitutional Law	134
Salmanova S. Modern Trends of the Relationship of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan and the Courts of the General Jurisdiction	149
Sorabji J. Constitutional Review in the United Kingdom - Advice and Interpretation	158
Naumovski B. Constitutional Judiciary in the Republic of Macedonia (Development, Competence, Experience, Challenges and Perspectives).....	164
Motoc I. The Constitutional Court and European Law - Theoretical Approach	175
Tesauro G. Constitutional Review in Relation to European Law and the ECHR	181
Punev B., Nenkov R. From Upholding the National Constitution to Upholding the Community Legal Order (An Overview of the jurisprudence of the Bulgarian Constitutional Court)	186
Shterbets V. The Origin, Methods and Particularities of Constitutionality Review of Laws in the Republic of Moldova	199

**Международная конференция
"Классические и современные тенденции
в развитии конституционного контроля",
посвященная 20-летию Конституционного
Суда Республики Болгария.
София, 29-30 июля 2011 г.**

29 - 30 июля 2011 г. в столице Республики Болгария городе Софии состоялась Международная Конференция "Классические и современные тенденции в развитии конституционного контроля", посвященная 20-летию Конституционного Суда Республики Болгария.

Работу Конференции открыл Председатель Конституционного Суда Республики Болгария Евгений Танчев. С приветственными словами к участникам Конференции обратились Президент Республики Болгария Георгий Пырванов, Председатель Народного Собрания Республики Болгария Цецка Цачева, Премьер-министр Республики Болгария Бойко Борисов, Председатель Верховного Кассационного Суда Лазар Груев, Председатель Верховного Административного Суда Георгий Колев, Генеральный прокурор Республики Болгария Борис Велчев, Омбудсмен Республики Болгария Константин Панчев и Министр юстиции Республики Болгария Маргарита Попова.

С приветственными словами выступили также Председатель Суда ЕС Василиос Скурис, судья Европейского суда по правам человека Здравка Калайджиева, Секретарь Венецианской комиссии Совета Европы Томас Маркерт, Председатель Конституционного Суда Республики Армения Гагик Арутюнян и заместитель директора Германского фонда международного правового сотрудничества (IRZ) Штефан Хюльстер.

E. Tanchev

*President of the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria*

Constitutional Control in Comparative and Bulgarian Prospective

1. Antecedents and Genesis of Judicial Review

The legal positivists and proponents of the analytical school control of constitutionality of laws emerge from the acting constitution.

No one has challenged the birth date of judicial review so far. It was in 1803, the famous decision of the Supreme Court, the decision on *Marbury v. Madison* and the solid argument of Chief Justice J. Marshall. This decision might be considered as a historical act having tantamount significance only to the drafting of the 1787 US Constitution. If the Founding Fathers secured American independence and a successful development of the Union, the judicial review fostered constitutional supremacy and long levity of the Federal Constitution.

And yet we might look for antecedents of judicial review in the previous stages of development, as the history proves there are almost no ideas and phenomena emerging at once and out of nothing.

It is doubtless that the essential prerequisite of the birth of judicial review is the status of the constitution as the "law of the land" or as the "highest law".

If we extend the concept of the higher law to other sources of law before the appearance of the written constitution, we will find embryos of judicial review even in the antiquity¹.

¹ The classic example to look for is ancient Greece. In the Athenian Polity a *nomoi* were regarded as a higher law and a complex and time wasting procedure to their revision was devised. Heavy responsibility was placed on person having proposed an amendment that subsequently was not ratified or proved to be inadvisable. In one of the periods of the Greek history in 5 C. B. C. the capital punishment was even introduced. A special committee named *helea* was formed to the popular assembly to filter the new laws and amendments proposed in order to safeguard the supremacy of the acting laws and to eliminate inadequate drafts. Although this was certainly not a judicial activity neither it was carried by the courts, still it can be regarded as the first example of an antecedent to the judicial review., B. Leoni, *Freedom and the Law*, 1962, 77-78; M. Cappelletti, W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Charlottesville, 1977, 5-6

The political ideas of thinkers devised to check arbitrary power since antiquity during the enlightenment were another source of shaping of judicial review.

Aristotle, Polibius and Cicero, developed the first concepts of the mixed government and separation of powers. One, certainly, will never find a scheme that they might have contrived even of an analogous device to judicial review even if their lost writings will be found.

The seeds of the idea of checking an arbitrary power grew in various currents of jurisprudence, political thought and practice even before the rebellious barons imposed *Magna Carta Libertatum* on King John.

Since St. Thoma Aquinas who vindicated that an unjust law is not a law at all and should not be obeyed, various mechanisms of limitation of power were proposed. The range of enquiry was extensive and the means include:

- civil disobedience to a despotic rule even in the form of enacted law (No doubt the roots of the idea of civil disobedience have been traced so far to Sophocles),

- the separation of powers, developed further by Marsilio of Padua in the church and state conflict, and especially in the enlightenment by J. Locke, Montesque, abbey Mably and others,

- resistance, dethroning and even murdering of a despot, if the king's commands are contrary to the law of God or violates the God's rules or devastates the church²,

- withdrawal of people's support to the power of a tyrant³,

- resistance to oppression in the form of insurrection and deposing arbitrary government⁴.

Various currences of political thought had different justifications to these checks upon despotic laws and governments:

- it was considered to be infringement of the law of nature by the exponents of the Natural Law,

- it was considered contrary to the Divine Law,

- it was declared to be an infringement of the social compact, by the representatives of social contract doctrine

² During the Restoration after the massacre on St. Bartolomew Day of the French Huguenots See S.J. Brutus, *Vindiciae Contra Tyrannos*, 1579

³ E. La Buassie, *Chains of the Voluntary Servitude*, in 17 century France

⁴ See G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos* (The Powers of the Crown in Scotland), Austin, 1949, 89; In the U.S. it was T. Jefferson that intended to integrate the right to a revolution into the system of government. A small insurrection each 20 years should control the oppressive ambitions of the rulers.

- it was declared to be usurpation of popular sovereignty by the radical democratic theoreticians.

These checks were meant to be spontaneous, sporadic and ultimate remedies against injustice and oppression. They were not built as an institutionalized restraint of a governmental excessive power, a restraint accessible at relatively small social costs, which was available to each one and to all the citizens that could afford the expenses of litigation.

Judicial review is one of these regularized restraints that are indispensable to the liberal constitutionalism. It polices government, preventing authoritarianism and arbitrary rule, serves as an ultimate remedy when constitutional human rights are violated. Another very important implication in the context of the political system is to act as a safety valve for reducing social conflicts, to prevent drastic change and to protect minorities against oppressive majorities. By resolving deep social and political conflicts as legal or constitutional cases judicial review reduces social tension and prevents them from exacerbating into civil disturbances, wars or insurrections. Political controversies are elevated and resolved as legal questions.

The first universally recognized precedents by the constitutional scholars and cited as genesis of the modern judicial review belong to the British constitutional practice.

It was Sir E. Coke who stated and implemented judicial review, recognizing the supremacy of the common law at the beginning of the 17th century in Great Britain. In the famous *Bonham's case* of 1610, Coke stated "that in many cases, the common law will control acts of parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is again common right and reason, or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void"⁵.

However, this precedent does not lead to the development of a full fledged judicial review in Britain possibly because of two factors. In the years that followed, kings power achieved its ascendancy and during the revolutionary turmoil nobody ascribed to affirm the judicial review⁶.

⁵ B. Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation*, Philadelphia, 1893, 24

⁶ Since the time when the Instrument of government, created by O. Cromwell was suspended, Great Britain did not even attempt to entrench governmental relationships and fundamental liberties in a written constitution

Why did constitutional review come so late in the European constitutionalism? It was more than a century after *Marbury v. Madison*; it was after the W.W.I that the first models were drafted in Europe and in most countries even after 1950ies.

Looking at the causes that make control of constitutionality of laws an indispensable attribute to the modern constitutional system one should mention:

- a. a written constitution,
- b. willingness of the governing elites, parties, leaders and public to observe the supremacy of the Constitution and the rule of law (in other words democratic political and legal culture),
- c. balanced government, founded on separation of powers between the three branches, between the constituent and constituted power, and between the union and its members if the federalism prevails,
- d. lack of arbitrary government either by the executive as one man rule or by the supremacy of the legislature or the legislative despotism,
- e. denial of uncontrolled popular sovereignty, exercised directly or by omnipotent legislature as a tyranny of the majority,
- f. respect of the individual liberties and minority rights.

Having in mind these reasons one can answer the questions about the late origin of the judicial review in Europe, impossibility of establishment of judicial review in the antiquity in the middle ages, in the communist and fascist systems or in some of the third world countries⁷.

2. Models and Structures of Control of Constitutionality

Control of constitutionality of laws exists in various forms in contemporary world. The general rule is that control of constitutionality should exist beyond the Legislative and the Executive branch. No serious attempts have been made to entrust the control of constitutionality of the Executive, although even at Philadelphia some of the framers considered that a Council of

⁷ Some of these reasons explain why in France a very limited specific model of control of constitutionality was created only by 1958, why the President and Prime minister were the only initial parties that have been granted standing, knowing the fact that almost a decade before the *Marbury v. Madison* decision Abbé Sieyès proposed to create a system of J.R. To some extent this is an answer to the B. Constant's proposition that the Head of State should be the fourth branch of power that was contrived to be *pouvoir neutre* i.e. neutral power.

Revision to the Chief Executive and in Bulgaria during 1980ies there was a proposal to create analogues organ to the President⁸.

Efforts to include control of constitutionality among the powers of the Legislature were equally meaningless for the only result would have been an omnipotent despotic parliament or a convention like that of 1793 during the Jacobin regime in France. Instead of controlling the Legislature control of constitutionality would have been transformed into a formidable weapon of legislative control. Constitutional supremacy would have lost any meaning for it would have been dissolved in the Legislative supremacy.

The only possible solution then common to all the models of control of constitutionality of laws is vesting this function in the courts, or creating a special institution outside the traditional judicial power, but never attributing the function to the Legislative or the Executive branches. One can remember the justification by Al. Hamilton in the Federalist Papers and Alexander Bickel's book "The Least Dangerous Branch".

Since J.J. Rousseau and J. Bentham's proponents of the popular sovereignty and legislative supremacy doctrines still argue on the admissibility and rationality of entrusting CC to the courts. In the words of J. Bentham "Give to the Judges a power of annulling the acts(laws);and you transfer a portion of the supreme power from assembly, which the people have had some share, at least, in chusing, to a set of men in the choice of whom, they have not the least imaginable share"⁹.

To this argument has been added a very small portion by the followers which especially enjoy to label and accuse judges of legislative and even constituent power encroachment or usurpation when they declare a law, repugnant to the constitution to be void. By interpreting the constitution the courts develop the meaning of the constitutional provisions and in fact adapt the constitution to the new realities.

Sometimes the Courts are qualified as an independent policy makers, leaders of a public opinion, arbiter in the conflicts

⁸ Luckily these efforts did not prevail for attributing the control of constitutionality function to the head of state would no doubt lead to a one man rule. For it is a well known fact that this power was inherent prerogative of absolutist kings or dictators although resting on a very specific prerequisite. The king alone could control constitutionality for he was the only person to know what the constitutions is for it was time when *raison d'etat*, monarchical sovereignty and the rule of man and not of laws were principles of state.

⁹ J. Bentham, A Comment on the Fragment of Government, London, 1974, 488

between the powers, catalyst of social change and the basic institutions which lead America to a "government by judiciary"¹⁰.

The critics of judicial review of constitutionality of laws label the Supreme Court as a supreme legislator¹¹, super legislature¹², last resort that discovers the framers intent¹³ and a third chamber or permanent constitutional convention¹⁴.

According to the structures for its implementation control of constitutionality might be diffused (deconcentrated) or concentrated one. In a diffused system judicial review is carried by plural institutions, usually the courts and in the concentrated system constitutional control is vested in a single institution being a court or a special council for constitutional supervision.

Prior Control of Constitutionality is the only available form in the Vth French Republic, while in other countries like Austria, Hungary and others it is combined with posterior control of constitutionality.

Prior control of constitutionality can be only an abstract one while posterior control of constitutionality can be either abstract or a concrete one.

Various systems of control of constitutionality are exercised by four models in the cotemporary world.

a. The American model of JR has been implemented in Japan, Norway, Denmark, Brazil, Argentine, Chile, Honduras, Guatemala and other countries in Latin America during the periods when they have democratic constitutions. Judicial review is carried by all the courts in the judicial system.

b. Judicial review might be vested in the Supreme Court. This model of is developed in the constitutional system of India, Australia, Swiss Confederation, Ireland, Canada, South Africa and others. No other courts can decide on constitutionality except the supreme court of the country. The common argument is that the control of constitutionality of laws is sophisticated activity and it

¹⁰ The New American Political System, 1980, 17, A. Bickel, The Least Dangerous Branch, 229, H.J. Abraham, Freedom and the Court, N.Y., 1978, 6, R. Neely How Courts Govern America, New York, 1981, 12-19

¹¹ A. Berle, The Three Faces of Power, 1967, 49

¹² A. S. Miller, Judicial Activism and American Constitutionalism, in Constitutionalism, ed. J. R. Pennock, N.Y., 1979, 357

¹³ E. Corwin, The Constitution and What it Means Today, Washington, 1957, 252

¹⁴ L. Hand, The Bill of Rights, Harvard, 1957, 73

should be available only to the justices that are trained best and have a long experience.

c. Control of constitutionality is concentrated in a special court - Constitutional Court. This system prevails in Europe and the best examples are Austria, Germany, Italy, Spain, Portugal, Turkey, most of the constitutional democracies in Central and Eastern Europe, independent republics of the former Soviet Union and others. There is an interesting peculiarity, however in Germany. The concentrated control of constitutionality, performed by the Federal Constitutional Court has not been devised to eliminate totally the diffused system of judicial review. While the Constitutional Court has the exclusive jurisdiction to revise the Federal Statutes, all the German courts can exercise judicial review revising other acts which might be contradictory to the Constitution.

All constitutions of the emerging democracies have already introduced constitutional courts. And even the constitutions in the breakaway former Soviet Union Republics have implemented this model: to replace the committees for constitutional revision established during the Gorby's perestroika but proven to be an unsuccessful experiment.

The Constitutional Court pattern was first established in the Austrian Constitution of 1920. This was the original idea of a concentrated and firmly institutionalized judicial review initiated by the famous European scholar H. Kelsen. Almost simultaneously the idea was developed in the Constitution of Czechoslovakia of 1920. However, before the end of the World War II the control of constitutionality did not meet the expectations of the constitution makers. The constitutional courts were most active in settling disputes between the federal and member states governments. Since authoritarianism and totalitarianism were opposed to the rule of law, constitutional courts flourished in the post World War II constitutions in Europe.

The Constitutional Court model of judicial review has certain peculiarities that distinguish this system from the other patterns of control of constitutionality of laws.

The Constitutional Court exists beyond the system of the Courts, although it is a special jurisdiction within the judicial branch. In Europe the constitutional courts have been regarded

as special kind of political courts preordained to safeguard the supremacy of the constitution, the integrity of the constitutional government and to act as the highest and ultimate guardian of the human rights.

The constitutional courts review all the acts of the Parliament, President and sometimes the normative acts of the Cabinet. Unconstitutionality and non compliance to the parliamentary legislation of the other acts of governmental administration and the infringements of the statutes by the other acts is controlled by specialized administrative courts within the judicial branch.

The constitutional courts are granted the jurisdiction to resolve the conflicts between the branches of government arising from the horizontal and the vertical separation of powers.

In contrast to the US Supreme Court the constitutional courts have to resolve controversies arising in political life, for example concerning the results of general elections, checking the validity of parliamentary mandates, deciding on the constitutionality of a political party, the refusal of some elected representatives to take an oath to the Constitution on the grounds that they oppose some provisions of the Constitution.

In contrast to the American judicial review the constitutional courts annul the law or a part of it that is considered to be unconstitutional and their decision has an ergo omnes effect.

Some of the constitutional courts have the power to provide interpretation of the provisions of the constitution.

Some of the constitutional courts are devised to compensate the lack of a second chamber of the parliament during a presidential impeachment, since some of the European countries provide for unicameral representative assemblies.

Some of the constitutional courts combine prior control of constitutionality with posterior judicial review which is performed after the act has been enforced (Hungary).

d. Control of constitutionality is vested in a specialty created political institution which is not a court. This institution is situated out of the traditional branches of power. This unique system of control of constitutionality was devised in the constitution of the V French Republic and with some amendments has been suc-

cessfully function in France since 1958. However, analogous model has been a complete failure in the former Soviet Union.

Conseil Constitutionnel was the first and reluctant institutionalization of the control of constitutionality in France although the idea was launched during the French Revolution by abbey Sieyes. Dictatorial regimes, notions of parliamentary supremacy and popular sovereignty leading to plebiscitary democracy were opposed to the control of constitutionality for a century and a half after the revolution.

Initially Conseil Constitutionnel was conceived as an autocratic instrument of the executive power, for the president or the Prime Minister alone had the standing to ask for revision of the parliamentary draft bills.

During 1970s a very important constitutional amendment granted standing to a certain number of the members of each of the both houses of Parliament.

Another important step was made by Conseil Constitutionnel itself. In one of its decisions Conseil broadened the scope of the constitutional content, invoking the Preamble of the Constitution, in which the two great declarations of rights are included. Since then, Conseil Constitutionnel has assumed the status of a guardian of the fundamental rights and liberties.

e. Council of the Guardians of the C. (Iran, 1979)

This institution has been established for the purpose of safeguarding the principles of Islam and the constitution and to avoid any conflict between these principles and the laws of parliament. (Art.91).The Council of Guardians consists of six members of the clergy "who are just, are knowledgeable in Islamic jurisprudence, and are aware of the needs of the times". They are selected by the Leader of the Country.(It is worth noting that the leader, according to Article 110 is to appoint the highest judicial authorities of the country). Other six lawyers from various branches of law, "from among the Moslem lawyers" are nominated by the Supreme Council of the Judiciary and confirmed by the Assembly.

Forms of Judicial Review by the Constitutional Courts

According to the time for its implementation it might be prior (preliminary) - before the statute has been adopted and enacted

or posterior - when the bill has been enacted and has become an acting law. (Prior supervision exists in Austria, France, Portugal, Hungary and Romania)

Posterior constitutional control is of several different kinds.

The first is the incidental supervision during the course of litigation pending before courts of general jurisdiction which takes place in the USA, Switzerland, Greece and Portugal.

Concrete norm supervision compatibility to the constitution occurs when in the course of litigation pending before a court with General Jurisdiction upon application of that court, which must be either convinced in the unconstitutionality of the norm (German Constitution, Art. 100) or at least have doubts, which are not evidently unfounded, as to its constitutionality (Italy). Concrete norm supervision is to be performed in Germany, Italy, Austria, Belgium, Greece, Bulgaria and others.

Abstract norm supervision is to be initiated independently of a legal dispute by specially qualified petitioners - high state officials, political institutions, etc.(Switzerland, Austria, Germany, Spain, Belgium, Portugal, Bulgaria, Hungary, Romania, Slovakia and others.) According to these countries' constitutions, the President, the Prime Minister, a certain number of Parliamentary Deputies, the Supreme Courts and General Attorneys (Prosecutors) are granted standing and can initiate abstract form supervision.

Constitutional review based on and initiated by the individual complaints has been provided in some of the European countries', constitutions. The general prerequisite of this form is that the citizen, filing the complaint, should have a direct stake in the litigation and his rights have to be violated by the unconstitutional statute, regulation or action. (In Austria this form of revision is provided by Articles 140(1 and 4), and 144 of the Constitution, in Germany Art. 93(1,4a) of the Basic Law, in Spain recurso de amparo 161(1b) of the Constitution, in Switzerland by a public law complaint Art. 84 of the Federal Law on the Judiciary.)

The control of constitutionality might scrutinize laws challenged by the individual complaint on procedural and substantive basis. (See for details on the forms of Judicial Review Alexander von Brunneck, Constitutional Review and Legislation in Western Democracies, in Constitutional Review and Legislation, ed. Cr. Landfried, Baden-Baden, 1988, 219-263)

Consequences and Content of the Constitutional Review

Consequences vary according to the different forms of the constitutional review.

Prior control of constitutionality is a declaration on the constitutionality of a law before it was enacted. The statement of unconstitutionality will cause a reconsideration of the parts of the law in conflict to the constitution and replace them with provisions in accordance with the constitution. In fact, this form of constitutional review has a similar effect as a presidential veto power. They might even lead to identical outcome if the Legislature could amend the constitution with a two thirds majority and thus avoid unconstitutionality preserving the law but changing the constitution (this is the effect of overriding a presidential veto) or changing the law in compliance with the constitutional review ruling and the constitution (the effect is nearly the same as of a successful presidential veto).

The outcome of Constitutional Court's decision on unconstitutionality of a statute within the system of abstract constitutional review is invalidation of a statute in respect to all (*erga omnes*). It is apparent to all the European authors that the law declared to be unconstitutional ceases to exist. However, there are disputes concerning the moment when a statute ceases to exist. There can be no doubt as to the action of law in the future. Some scholars maintain that the law, declared to be unconstitutional from the moment when it was enacted. This assumption raises objections related to retroactivity and reasonable arguments with the complex issue how to deal with all consequences that followed from the moment when the law was enacted till the moment when the constitutional court's decision had been announced.

In the U.S. Constitutional Law, the S.C. is to decide whether unconstitutionality invalidates the law *ex tunc* (retroactive) or *ex nunc* (*pro futuro*) only relating to the future. Doctrine of retroactivity was defined by the Supreme Court in *Vanhome's Lessee v. Dorrance* (1795) as a void act "never had constitutional existence it is a dead letter, and of no more virtue or avail, than if it never had been made". In *Linkletter v. Walker* (1965), this, however, doctrine was reversed with the court stating that the constitu-

tion neither requires to apply, nor prohibits from applying a decision retrospectively¹⁵.

In Austria the Constitutional Court's decision has generally an *ex nunc* effect. It annuls the whole or a part of a statute or of a decree that are considered to be void from the moment when the Court announces its decision. On the other hand, the Constitutional Court has the power to annul statutes that have been repealed by the Parliament and this proposition implies that the Constitutional Court's decision will have a retroactive or *ex tunc* effect. However, the general principle is *ex nunc*. There are two important details: a statement of unconstitutionality might create an obligation to the Legislature to regulate and resolve the effects caused by the same statute since it has been enacted till the constitutional court's decision, or the Constitutional Court might even delay *ex nunc* effect of its decision. A complicated situation which might arise from a repealed statute might be that the other statutes that have been repealed might start their action again with no further action being necessary from a political institution¹⁶.

In Germany the acts found to be incompatible to the Constitution are declared to be null. In the cases of abstract or concrete control of constitutionality the act is declared void *ab initio* or the courts decision has retroactive *ex tunc* effect. The only exception from retroactivity is the criminal proceedings that are being reviewed in the courts under the repealed law. All other administrative and judicial decisions based on the repealed statute will be considered unchallengeable, but their enforceability, if not yet made, would be illicit. To avoid a declaration of unconstitutionality the Constitutional Court might use the formula of interpretation and declare only a discrepancy of the statute to the constitution¹⁷.

In Italy and Spain decisions of the constitutional courts have the effect *erga omnes* and they do not have retroactive force. (The only exceptions where retroactivity takes place are criminal cases when a person was condemned under a statute declared to be unconstitutional, or the unconstitutional statute has already been repealed)

¹⁵ This relates especially to criminal law when the decision benefited the prosecuted or was essential as a safeguard of innocent persons., see A. R. Brewer - Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1989, 151-155

¹⁶ *ibid.* 201-202

¹⁷ *ibid.*, 214

The Constitution of Portugal provides for retroactivity of the decisions of the Constitutional Court. Powers of the Portugal's Constitutional Court are very broad and it can fix the effect of unconstitutionality in a more restrictive way, when required by legal security, equity or public interest. In these circumstances the Constitutional Court might soften some of the consequences resulting from the rigidity of the retroactive action.

3. Some Issues Subject to Debate in the Constitutional Jurisdiction in Bulgaria

The Constitution of 1991 established for the first time in the national history a specialized institution for the review of the constitutionality of laws.

The Constitutional Court is a specialized judicial institution, which is not incorporated by the judicial branch. The institution has been built on the prototype of the German, Austrian, Italian and Spanish constitutional jurisdictions with the primary functions to protect and enforce supremacy of the constitution as the law of the land, to resolve the institutional conflicts over powers according to the constitution, to interpret the constitution, etc.

By safeguarding the constitutional supremacy, the Court serves an important function in protecting human rights entrenched in the Constitution of 1991.

Another set of the Constitutional Court powers comprise verifying the constitutionality of international treaties before their ratification, judges in presidential, parliamentary elections, rules on the constitutionality of the parties and decides on charges brought in an impeachment of the President.

The Constitutional Court exercises posterior, concentrated, abstract control for constitutionality of parliamentary legislation and the presidential legal acts as the European constitutional review model established in the Constitution of Austria of 1920, created by the famous in Europe and later in the US lawyer H. Kelsen, who was among the first justices to serve on the court¹⁸.

¹⁸ See V. Jackson, M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, New York, 1999, 455-708; M. Cappeletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989; A. Brewer - Carrias, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, 1988; *Constitutional Review and Legislation*, ed. Ch. Landfried, Baden-Baden, 1988; *Constitutional Review*, ed. B. van Riermond, 1993; *Control in Constitutional Law*, ed C. M. Zoethout, G. Van Der Tang, M. Nijhof, 1993; For Bulgarian Constitutional Court see in Bulgarian J. Stalev, N. Nenovski, *Konstituzionniat sud*, Sofia, 1996 and *The Constitutional Court of the Republic of Bulgaria*, Jurisprudence, ed. N. Nenovski, E. Tanchev, E. Drumeva, Sn. Natcheva and oth., COIPI, Sofia, 1997

The Constitutional Court comprises 12 justices, appointed for 9 year term with no renewal. To safeguard the independence of the institution a special appointment procedure has been devised. The National Assembly, the President of the Republic and the Supreme Court appoint one third of the justices, chosen among the lawyers of high professional and moral integrity, who have at least 15 years of experience.

The access to the court according to the Constitution of 1991 is very restricted, compared to the practice established in the other emerging democracies and in the European model of constitutional review. The limited standing was considered by the founders to be an important step in the safeguarding the effective functioning of this institution, as a common argument was brought that it might be overloaded with complaints, especially after the collapse of the communist system, and, consequently, paralyzed¹⁹.

The cases can be referred to the Constitutional Court by one fifth of the MPs, by the President, by the Council of Ministers, by the Attorney General, and by the Chief Justices of the Supreme Courts of Cassation and Arbitration. The ordinary citizens have not standing to bring a case questioning the constitutionality of parliamentary legislation affecting their rights²⁰.

I would like to highlight some of the controversial issues experienced by the Constitutional Court of Bulgaria in the first decade after its establishment.

One of the first problems the Bulgarian Constitutional Court had to cope with was the scope of the acts that were to be referred to for the control of constitutionality. Initially it has been declared that the Court will not rule on the unconstitutional statutes in force before the adoption of the Constitution of the Republic of Bulgaria of 1991 (Par. 3 of the interim and concluding provisions of the Constitution). The laws contrary to the constitution lose their validity with the new constitution entering in force. However, in 1996 the Constitutional Court decided a case on the

¹⁹ During the drafting of the 1991 Constitution another arguments for the existence of the Constitutional court have been raised. For example it was seen by some as a special kind of political justice and by a large portion of the members of the Grand National Assembly as a surrogate of the missing second chamber of the constitutional structure of the Republic.
²⁰ In one of his last decisions the court has de facto opened a very limited indirect access to the citizens on the model of Art. 100 of 1949 Basic law of Germany. A citizen might bring a case using the power of the Supreme court to refer the question of unconstitutionality to the Constitutional court.

validity of such a statute declaring it to be unconstitutional and due to the ex nunc effect of the decision the court admitted that the law, though being unconstitutional from the day the 1991 Constitution entered into force should not be enforced from the moment of the decision's publication, i.e. after 1996.

According to the founders intent constitution clearly states that the decisions of the Constitutional Court have ex nunc binding effect (See Art.151, Par.2). By the time the Constitution was drafted, a part of the founders of the Constitution in the Grand National Assembly shared the opinion that the retroactivity would undermine the rule of law principle which was considered as the cornerstone in the of the new democracy after the fall of the totalitarian system. In general liberal constitutionalism has condemned retroactivity as instrument which undermines social contract, justice, certainty of law and legitimacy of the legal order²¹. However, the constituent assembly did not follow fully the idea to prohibit completely retroactive legal acts. Some of the argument against the full prohibition of ex post facto law was that the total exclusion of retroactivity would help some of the ancient regime actions to be excluded from punishment and retribution. So, the prohibition of retroactivity was proclaimed only in the sphere of criminal law and it stopped short concerning parliamentary legislation in other areas.

In principle, ex nunc effect of the Constitutional Court's decisions proclaiming unconstitutionality of a certain parliamentary statute as a whole or some of its provisions is consonant to the certainty of the legal system and rule of law since it establishes the presumption that until a law is declared contrary to the constitution it is constitutional and should be enforced. However, there are cases when a law that has been declared repugnant to the Constitution has seriously affected basic human rights and other democratic values of the constitution. In these circumstances the

²¹One of the most eloquent statements on retroactivity of law belongs to B.Constant. In his words "Retroaction is the most evil assault which the law can commit. It means tearing up of the social contract, and the destruction of the conditions on the basis of which society enjoys the rights to demand the individual's obedience, because it deprives him of the guarantees of which society assured him and which were the compensation for the sacrifice which his obedience entailed. Retroaction deprives the law of its real character. A retroactive law is not law at all." B.Constant, *Moniteur*. June 1, 1828, 755; Within the natural law theories retroaction was considered a just cause for civil disobedience or murdering of tyrants. "Retroactive laws, that are ex post facto law legislation depriving man of life and liberty, violate the principle of the law's neutrality. They are thus illegitimate, and resistance to them is legitimate" F. Neumann, *The Democratic and Authoritarian State*, New York, 1957, 158

presumption of constitutionality and impossibility of declaring the law unconstitutional ab initio with ex tunc Constitutional Court's decision undermines the rule of law. Things can get even worse if the parliamentary statute which was declared unconstitutional had retroactive effect itself.

There was a discussion in the Academia about the temporal effect of the interpretative decisions of the Constitutional Court under Art.149, Par. 1, 1. H.Kelsen, *Judicial Review of the Legislation*, *Journal of Politics*, N 4, 1942, 183 ; of 1991 Constitution of Republic of Bulgaria. According to the classic theory of legal interpretation, the act of interpretation does not have any legal validity if separated from the act that it has to interpret. It seems that following this constellation the interpretative decisions of the Constitutional Court should have ex tunc effect²². After a robust debate in the Academia the Constitutional Court adopted the position that all decisions including those on constitutional interpretation have prospective effect.

Another problem, which has received scholarly attention, belongs to the nature of the interpretative decisions of the Constitutional Court. The Court's binding interpretative decisions have provided prospective non adversarial constitutional interpretation which was successful in preventing unconstitutional legislation by resolving the constitutional ambiguity ex ante²³.

Though, interpretative decisions share some of the legal features of the prior control of constitutionality, advisory opinions and preliminary rulings of the European Court of Justice, they are unique. Advisory opinions are rendered by the International Court of Justice or some of the states' courts in the US on request of government or private parties and indicate how the court would rule if adversary litigation arose on the same matter. Contrary to the Bulgarian Constitutional Court interpretative decisions, the advisory opinions do not have binding effect. Interpretative decisions are rendered like the preliminary rulings when different opinions on the content of a provision exist and its content is not

²² The opposite conclusion should mean that before the court pronounced its decision the provision of the constitution had one meaning and from the moment of the Constitutional Court's decision it has acquired another one. If this is the case it would lead to no other explanation than that - the Constitutional Court has overstepped its powers and has amended the Constitution by acting like an agent of constituent power.

²³ See H. Dimitrov, *The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretative Jurisdiction*, 37 *Colum. J Transnat'l Law* 459-505

clear. Both legal phenomena have binding effect - preliminary rulings concerning the EU law on the national courts and interpretative decisions of the Bulgarian Constitutional Court on National Parliament, President and Government to comply their legal acts or actions with the Constitutional Court holding.

Within the context of the constitutional governance, the interpretative decisions affirm the Constitutional Court's position as the Constitution expositor and mediator between the dormant constituent power (which resides in the people or special representative bodies the springs to active position triggered by necessity of constitutional amendment) and the acting institutions of constituted powers i.e. the legislature the executive and the judiciary.

On a number of occasions, by interpretative decisions the Constitutional Court ex ante defined certain principles and scope of parliamentary legislation to meet the requirements of the constitution in the area of human rights, freedom of expression and electronic media.

One of the most controversial issues concerns the consequences after a provision which was amendment to a parliamentary statute has been declared unconstitutional²⁴. The Court by interpretation has arrived at conclusion that in this case after its decision has entered in force an automatic revival (resurrection, restoration) of the acting before the amendment takes place. This interpretation was met with many counterarguments the most important of which is that there is no such explicit provision of the Constitution and that the automatic revival in fact is a special case of retroactivity of the Constitutional Court decision. Moreover, the restoration should be considered contrary to the text of the Art. 22, Par. 4 of the Law on the Constitutional Court which states that all of the consequences of the law proclaimed to be unconstitutional have to be arranged by the institution which has adopted it. Another argument against the automatic revival of the acting provisions amended with norms proclaimed to be unconstitutional is that the old provisions contradict to the logic of the new provisions which were considered constitutional. The final result is the paralysis of the whole statute.

²⁴ In Austria and in the Constitution of Portugal there are explicit provisions on the revival of the legal norms which have been amended by provisions proclaimed to be unconstitutional. In 1940 H. Kelsen has explained this solution of the constitution with one of the basic arguments being that it helps to avoid the situation where proclamation of unconstitutionality would lead to lacunae or vacuum in the legislation, H.Kelsen, *Judicial Review of the Legislation*, Journal of Politics, N 4, 1942, 183 ;

Some scholars have raised the debate if the stare decisis doctrine is valid for the constitutional courts' decisions. However, it seems that the opposite position has prevailed for abstract constitutional review and because the court reversed its decision on the judicial council when considering the constitutionality of the law on the judiciary.

The method of reaching decisions is the last of the controversial issues deserving to be marked in this paper. The quorum for conducting meetings consists of two thirds of the justices at the constitutional court. The courts decisions on unconstitutionality are taken with overall majority which in a court of 12 amounts to the 7 justices votes. The constitutional justice has been conceived as counter majoritarian check. Decision taking through supermajorities protects minority rights when constitutionality of law is challenged more difficult.

So far by deciding about three hundred cases, the Constitutional court has been an effective safeguard to the constitutional supremacy and has vigorously reacted against the encroachments of parliamentary majorities²⁵. The constitutional jurisdiction has dealt with statutes contradicting more than half of the provisions of the constitution of 1991²⁶. Although sometimes the constitutional courts decisions were met with severe criticism and hostility from the governing majorities it has successfully performed the mission of the guardian of the constitution.

Appendix I. Composition, Election of the Justices and Structure of the Constitutional Courts

Composition, structure and election of the institutions enforcing control of constitutionality is provided by regulation on three levels - constitution, special statutes, drafted by the parliament and special, regulations enacted by the constitutional courts themselves.

Concrete data are the best way to start if we want to draw some principles and rules.

²⁵ From 1991 till 2011 the Constitutional court was seized 417 times and has rendered 299 decisions on the admitted requests in constitutional cases.

²⁶ For analytic review by a keen observer on the constitutional court's jurisprudence see H. Schwartz, *The Struggle for the Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, The Univ. of Chicago Press, 2000, 164-193

Composition:

The Constitutional Court of Austria consists of 14 justices and 6 deputy justices to be selected among the judges, high civil servants and professors in law and political science.

The Constitutional Court of Germany consists of 16 justices, has two chambers and is selected among the highest judges or other persons who meet the qualifications to serve as judges.

The Italian Constitutional Court has 15 justices to be selected from the highest courts, law professors and attorneys with more than 20 years of practice.

Portugal's Constitutional Court has 13 justices selected from the judges and law professors.

The Spanish Constitutional Court consists of 12 justices to be selected from law professors, highest politicians and attorneys with more than 15 years of practice.

In Belgium the Court of Arbitrage performing the control of constitutionality is performed by 12 justices selected from the judges, law professors and parliamentary deputies.

The French Conseil Constitutionnel has 9 members to which are to be added all the former living country's presidents (according to a provision in the constitution which has not been observed so far) and no qualifications of the candidates are required by the special parliamentary statute on the organization of the conseil.

The Hungarian CC has 15 members to be chosen from Hungarian citizens with a clean record, graduated from a Law school, and completed his or her 45 year. Justices are to be elected by the Parliament from among the outstanding theoretical legal experts, university professors, or Doctors of Political Science and Law, or practicing lawyers having at least twenty years of practice. A very interesting prohibition disqualifies from membership in the CC the persons that have been Members of Government, the employee of a party, or had held a leading office in the public administration. They are ineligible to the Constitutional Court for a period of 4 years (Act N XXXII of 1989, On the Constitutional Court, Art. 5 Sect.1, 2, 3). These prohibitions coexist with other common disqualifications in all new Constitutions of the emerging democracies - justices cannot be members of the legislative or the executive branch of govern-

ment, they cannot hold positions on a party, an association or a corporation board. Justices are to give up their party membership if they have had any; they shall not exercise any political activity and shall make no political statements. They shall not proceed any gainful(profitable) activity, except scientific, literary or artistic activity (Art.9). (It is interesting that some Bulgarian drafts included sports among these activities but it is questionable because of the age qualification for a judge to be a professional in a sport and receive money for that)

Romanian Constitution provides for nine justices to be chosen from the persons having superior legal training, high professional competence and at least 18 years of practice or teaching at the law schools. The status of a justice is incompatible with any other public or private position, with the exception of university tenure.

In 1991 for the first time in the country's history, Bulgarian constitution established a Constitutional Court of 12 judges selected from the lawyers of high professional and moral integrity with at least 15 years of practice.

The Slovak Constitution of 1992 provides for a Constitutional Court of 10 justices to be chosen among the law graduates with more than 15 years of practice.

In comparison to the Supreme Court of the US, the European constitutional courts are more numerous and even the French Conceil which has nine elected members embraces more members.

Qualifications of the justices are various but recruiting justices from the candidates without law degree is an exception. Islamic countries have supplemented the traditional qualifications with sufficient knowledge of Islam, which is to be determined by the spiritual leader and will be meticulously scrutinized by the clergy.

Independence of the Constitutional Court is to be secured by the justices' term of office, immunity of the Justices and by the mode of election or appointment.

American experience of life tenure has been implemented in some of the constitutions but has been approached with apprehension and in a quite reluctant manner.(Austrian Constitutional Court, Belgian Court of Arbitrage and the Supreme Court of Japan serve during good behavior but are under obligation to resign when they reach 70). The constitutions of the new democracies in the Central and Eastern Europe do not provide life tenure of justices.

Terms of tenure vary from 12 years (the German Constitutional Court) to 6 years in the Constitutional Court of Portugal. Italian, French, Spanish, Hungarian, Bulgarian, Romanian and other Constitutions provide for a nine years term and exclude the possibility of reelection. The Slovak Constitution of 1992 provides for a seven year term.

Mode of the appointment of the justices differs substantially from the U.S. pattern. Independence of the Supreme Court is achieved with presidential appointments of the justices the President acting with the advice and consent of the Senate. Constitutional practice has developed this formula making the hearings of the presidential nominees in the Senate Committee on the Judiciary a procedure of vital importance. Nominating a candidate the President has to evaluate not only political views or loyalty of a future Justice but his ability to do well in the confirmation procedure.

In the European models of recruitment President for the constitutional courts vary, but in contrast to the American pattern they have fundamental common features. No European president or king enjoys an exclusive appointing power and ability to influence the composition of the court by the appointment procedure. In all the European countries, where justices are to be appointed by the Head of State, the candidates have been pre selected not by him/her but by the Parliament, Cabinet and the Supreme Judicial Councils as governing bodies of the judicial branch. Hence no European president has retained the initiative to nominate and select justices sitting on the court. While the founding fathers in the U.S. have divided the stages in the appointment process, making thus the Executive and the Legislative branches agree on the nominated justices, in Europe the composition of the constitutional courts has been divided and each of the branches of the Government has its own quota of the Justices to appoint. (Certainly in the American mode of the appointment of the Justices to the Supreme Court the President is prevailing over the Senate for it is the President that controls the initial and the final stage of the appointment).

This system has its own merits and the separation of powers is the most important. The inherent shortcoming, however, stems from the fact that justices are not only regarded to but as a rule their performance is determined by the quota principle. On one side this

interpretes and elevates political pluralism between the branches that have appointed the Justices into the Courts, but on the other it undermines the ground which the quota principle was preordained to safeguard. Thus mechanical separation of powers through the quota principle attempts at securing impartiality by dividing and balancing partiality. In the Western Europe where a basic agreement on the fundamental values exists this quota system is successful. This is doubtful with the society in transition and political institutions torn by a conflict in the emerging democracies. Achieving impartiality by opposing partialities invites partiality and inconsistency in the judicial decisions. Instead of separating stages in the nomination process the European constitutions divide the composition of the constitutional courts by quotas to be appointed by different branches of Government.

Justices in the German Constitutional Court are equally divided to be elected by the Bundestag and Bundesrat. In Hungary justices are nominated by a special committee of the Parliament and are elected by a two thirds majority.

Justices are appointed by the President in:

- Austria, after the cabinet nominates 8 and each one of the both houses of the Parliament proposes three candidates;
- Spain, by the king after the Parliament has nominated 8, the Cabinet - 2, and the High Judicial Council - 3 justices;
- Belgium, by the king - justices being nominated by the Senate;
- Slovakia, by the President from among the 20 candidates, nominated by the Parliament.

In Italy, France, Romania, Bulgaria and other European constitutions the quota system has been implemented. The composition of the constitutional courts is divided by 3 and equal number of justices is to be appointed by the President, Parliament and Supreme Council of Justice.

Justices have immunity and most of the European Constitutions have declared that their immunity is tantamount to the immunity of the MPs.

Most of the constitutions provide for not simultaneous election of the justices, for retirement age of 70 or 68 as in Austria, and contain a provision prohibiting the second term in the constitutional court.



M. Bossuyt¹

*President of the Constitutional Court of Belgium,
Emeritus Professor of the University of Antwerp*

EU Law and Constitutionally and Internationally Protected Rights

The present contribution is limited² to a short³ overview of recent developments in Belgium and France concerning the coincidence of internationally and constitutionally protected fundamental rights. As France adopted a system which is on this point inspired by the Belgian legislation, it is necessary to look briefly to both systems, particularly because both have been challenged nearly simultaneously by national judges before the Court of Justice of the European Union. A preliminary question submitted by a Belgian judge on 23 November 2009 in the *Chartry* case led to an order of the Court of Justice of 1 March 2011. An urgent preliminary question submitted by the French *Cour de cassation* on 16 April 2010 in the *Melki* case led to a judgment of the Court of Justice of 22 June 2010.

1. The Belgian Constitutional Court and Fundamental Rights

Since the extension of its competence in 1989, the Belgian Constitutional Court may control legislative norms with respect to the principle of equality and non-discrimination. Relying on this principle, the Court did control indirectly the legislative norms with

¹ With the assistance of Willem VERRIJDT, Legal Secretary ("referendar") at the Belgian Constitutional Court and assistant at the K. U. Leuven.

² On the larger subject, see Catherine VAN DE HEYNING, *Fundamental Rights lost in complexity? The protection of fundamental rights against violations by the rule maker in converging national and European legal systems*, University of Antwerp, 2011, 544 p. (to be published).

³ A more elaborate study on this particular issue by Marc BOSSUYT and Willem VERRIJDT will be published in the *European Constitutional Law Review*.

respect to all rights and freedoms guaranteed by the Constitution and by treaties binding upon Belgium. As a matter of fact, the Court verified whether a person was discriminated in depriving him of a constitutionally or internationally guaranteed right or freedom⁴.

Since the modification in 2003 of the Special [Majority] Law on the Constitutional Court, the Court is also competent to control directly legislative norms with respect to rights and freedoms guaranteed in Title II of the Constitution. The Court extended however its competence by stating in its judgment N° 136/2004 of 22 July 2004 that:

"when a treaty provision which is binding upon Belgium has a significance analogous to one or more constitutional provisions, the guarantees contained in that treaty provision form an *inextricable unity* with the guarantees contained in constitutional provision concerned"⁵.

Indeed, as well constitutionally protected rights as internationally protected rights are human rights, which mean that they must be enjoyed by every human being. Despite a possible variation in their formulation, those rights are universal and they form an "inextricable unity" because they are in essence the same. As it would be artificial to distinguish the constitutional guaranteed rights from the internationally guaranteed rights, the Constitutional Court examines both catalogues of rights jointly. Since most rights guaranteed by the Belgian Constitution date back to 1831, the control by the Court would otherwise not be in line with the modern developments of human rights protection. Because e.g. the equality and non-discrimination principle guaranteed by the Belgian Constitution (in its Articles 10 and 11) is totally analogous to the same principle guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights (in its Article 26), it is not possible to consider rightly that a legislative norm could be compatible with the constitutional principle but not with the international principle or vice-versa.

⁴ See Const Court b., N° 23/89, 13 October 1989 and N° 18/90, 23 May 1990.

⁵ See also Const. Court b., N° 189/2005, 14 December 2005, N° 91/2006, 7 June 2006; N° 33/2007, 7 March 2007; N° 195/2009, 3 December 2009.

2. A centralised system of constitutional control

In Belgium, the Constitutional Court is the only organ competent to annul legislative norms deemed incompatible with the human rights provisions of the Constitution. The Constitutional Court is composed of an equal number of Dutch speaking and French speaking judges and, in each linguistic group, of an equal number of former politicians and highly experienced professional lawyers⁶. Its sits in a formation of minimum 7 judges and often in a plenary formation of 12 judges. The authorities responsible for a legislative norm disputed before the Court (the governments and parliaments of the Federal State, the three communities and the three regions)⁷ are invited to defend that norm and all interested persons may intervene in the procedure⁸.

The Constitutional Court can proceed to the annulment of legislative norms, either directly when they are new⁹, or indirectly and upon request of an interested party within six months after the Court has declared an older norm incompatible with the Constitution¹⁰. The effects of an annulment are *ex tunc* and *erga omnes*, but a judgment on a preliminary question has also effects beyond the parties concerned, because judges confronted with the same question should either judge in line with the judgment of the Constitutional Court or refer a new preliminary question to it.

Consequently, it is advisable that a judge, who considers a legislative norm contrary to an international provision that is partially or totally analogous to a constitutional provision, submits that question to the Constitutional Court. The reply of the Court will be given within less than a year and it will have at least *de facto*, *erga omnes* effects. The legal security provided for by a centralised human rights control, along with the other particularities related to the composition of and the procedure before the

⁶ Articles 31, 34, 55 and 56 of the Special Law of 6 January 1989 on the Constitutional Court.

⁷ There are three communities: the Flemish Community, the French Community and the German speaking Community; there are three regions: the Flemish Region, the Walloon Region and the Brussels Region.

⁸ Willem VERRIJDT, "Should the EU Effectiveness Principle Be Applied to Judge National Constitutional Review Procedures?" in Liège, *Strasbourg, Bruxelles: parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthémis, 2010, 566-568.

⁹ Articles 2, 3 and 8 of the Special Law on the Constitutional Court.

¹⁰ Article 4, al. 2, of the same Special Law.

Constitutional Court is a necessary element of an effective human rights protection.

The judgment of the Constitutional Court has not the last word about the interpretation of an analogous treaty provision but, in the absence of a judgment of an international court, such as the European Court of Human Rights in Strasbourg or the Court of Justice of the European Union in Luxembourg, an inferior judge will need strong arguments to set aside the opinion expressed on that matter by the Constitutional Court.

3. The Belgian precedence rule

In judgments of 9 and 16 November 2004, the Belgian Cour de cassation stated, however, that

"When, as *in casu*, the Constitution does not encompass a broader guarantee than a treaty provision having direct effect, a control of the law with respect to the treaty suffices and a further control of the law with respect to Constitution is not useful"¹¹.

Since nearly all constitutional provisions guaranteeing fundamental rights and freedoms correspond to analogous provisions in one or another treaty, such reasoning could be used as an excuse for never submitting a preliminary question to the Constitutional Court. On 21 October 2005, a symposium has been organized on the relations between the Constitutional Court, the Judiciary and the *Conseil d'Etat* with the participation also of university professors and lawyers practising at the Bar¹². A Working Group of that symposium dealing with the coincidence of constitutionally and internationally protected fundamental rights suggested the adoption of a proposal of modification of the Special Law on the Constitutional Court¹³. After long consultations among the chiefs of the three highest courts of the country (the Constitutional Court, the *Cour de cassation* and the *Conseil*

¹¹ Cass. b., 9 November 2004, P.04.0849.N, *Rev. dr. pén.* 2005, 789, noot Marie-Françoise RIGAUX; Cass. b., 16 November 2004, P.04.0644.N and P.04.1127.N, *Rev. dr. pén.* 2005, 665.

¹² The reports presented at that symposium were published in Alex ARTS, Ivan VEROUSTRATE, Robert ANDERSEN e.a. (eds.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruges, de Keure, 2005, 394 p.

¹³ Jan VELAERS, "Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales, en cas de concours de droits fondamentaux", in *ibid.*, 125-149.

d'Etat), Senators (and law professors) Francis DELPÉRIÉE and Hugo VANDENBERGHE submitted a proposal of modification of Special Law. At a hearing before the Senate on 23 April 2008, the chiefs of the three highest courts supported that proposal which modified the Special Law on the Constitutional Court on 12 July 2009.

Since then, Article 26, § 4, of the Special Law on the Constitutional Court reads as follows:

"If before a jurisdiction it is alleged that a [legal provision] violates a fundamental right which is guaranteed in a totally or partially *analogous way* in a provision of Title II of the Constitution and in a provision of European or international law, the jurisdiction *first* asks for a *preliminary ruling to the Constitutional Court* concerning the conformity with the provision of Title II of the Constitution".

As a counterpart, it was accepted that no judge - including the judges of the *Cour de cassation* or the *Conseil d'Etat* - is obliged to submit a preliminary question to the Constitutional Court in case of coincidence of constitutionally and internationally protected fundamental rights when the provision in question is a so-called *acte clair* or *acte éclairé*. There is an "*acte clair*" and the judge is not obliged to submit a preliminary question when he considers that the provision of Title II of the Constitution is manifestly not violated¹⁴. There is an "*acte éclairé*" when the Constitutional Court or an international (or a European) court has found that the legislative norm at issue is contrary to a superior norm¹⁵.

4. The questioning of the new precedence rule

Questions have been raised on the compatibility of the new precedence rule with the immediacy requirement of the *Simmenthal* judgment¹⁶ and with the requirement of the *Rheinmühlen* judgment¹⁷ to allow national judges at all times to submit preliminary questions to the Court of Justice of the

¹⁴Article 26, § 4, al. 2, 2°, of the Special Law on the Constitutional Court.

¹⁵Article 26, § 4, al. 2, 3° and 4°, of the Special Law on the Constitutional Court.

¹⁶ECJ, 9 March 1974, *Simmenthal*, 166/73; see also ECJ, 19 November 2009, *Filipiak*, C-314/08.

¹⁷ECJ, 16 January 1974, *Rheinmühlen*, 166/73; see also ECJ, 16 December 2008, *Cartesio*, C-210/06; CJEU, 9 March 2010, *ERG*, C-378/08.

European Union. On 29 October 2009, a judge of the Tribunal of First instance of Liège submitted a preliminary question to the Court of Luxembourg in a case called *Chartry*¹⁸. To understand this question, mention has to be made of a judgment of 10 October 2002 in which the Belgian *Cour de cassation* had decided that "In matters of income tax, a writ of execution does not interrupt the period of limitation"¹⁹.

Since, due to that judgment, the ongoing procedures in a great number of fiscal cases should have been stopped, the legislator adopted on 9 July 2004 a law stating in its Article 49 that the writ of execution did interrupt the period of limitation. This law was disputed before the Constitutional Court which stated in its judgment N° 177/2005 of 7 December 2005 that the retroactive effect of that provision was justified "by exceptional circumstances and by the existence of compelling grounds of general interest". The judge of Liège, however, questioned the new precedence rule by submitting on 23 November 2009 a preliminary question to the Luxembourg Court:

"Do Art. 6 EU and Art. 234 EC preclude [...] Article 26 of the Law on the Constitutional Court, from requiring the national court to make a reference to the Constitutional Court for a preliminary ruling, if it finds that a citizen taxpayer has been deprived of the effective judicial protection guaranteed by Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as *incorporated into Community law*, by [...] Article 49 of the Law of 9 July 2004, that national court being able to ensure immediately the direct [effect] of Community law [in the] proceedings before it and without being able also to carry out a review of its compliance with the Convention where the Constitutional Court has recognised the compatibility of the national legislation with the fundamental rights guaranteed by Title II of the [Belgian] Constitution?²⁰"

However, it is not because the Constitutional Court had found that the disputed provision *in abstracto* did not violate the Constitution, that it is *a priori* excluded that the facts of a concrete dispute before the judge could not violate Article 6.1 of the

¹⁸Trib Liège, 23 November 2009, *Claude Chartry c. Etat belge*.

¹⁹Cass. b., 10 October 2002, Pas., 2002, N° 526.

²⁰CJEU, OJ C 37 of 13 February 2010, *Chartry v. Belgium*, C-457/09.

European Convention on Human Rights, in particular when the procedure exceeded the reasonable time requirement contained in that article. In the absence of a procedure comparable to the German *Verfassungsbeschwerde* or to the Spanish *recurso de amparo*, the Belgian Constitutional Court is not competent to examine whether the length of the procedure in a concrete case is unreasonable. The problem of the *Chartry* case was not a question of coincidence between a constitutional and an international human rights provision and, consequently, Article 26, § 4, of the Special law on the Constitutional Court was not even applicable.

5. The *Melki*-case

Even before the Court of Justice could reply on the preliminary question in the *Chartry* case, the Court has been questioned on 16 April 2010 by the French *Cour de cassation*²¹ on an French provision analogous to Article 26, § 4, of the Belgian Special Law. In France, there had been a revision of the Constitution introducing a so-called «*Question prioritaire de constitutionnalité*». The French Organic Law of 10 December 2009 introduces a preliminary reference procedure before the *Conseil constitutionnel* via a filter by the *Cour de cassation* or the *Conseil d'Etat*²². On 16 April 2010, the French *Cour de cassation* submitted as a matter of urgency the following preliminary question to the Court of Justice:

"Does Article 267 of the [TFEU ...] preclude legislation [... that ...] requires courts to rule *as a priority* on the submission to the *Conseil constitutionnel* of the question of constitutionality before them, inasmuch as that question concerns the failure of domestic legislation, because of its infringement of provisions of European Union law, to comply with the Constitution?"

On 22 June 2010, the Court of Justice replied in its judgment *Melki and Abdeli* (C-188/10 en C-189/10) that:

"Article 267 TFEU does not preclude such national legislation, in so far as the other national courts or tribunals remain free:
- to refer to the Court of Justice for a preliminary ruling, at whatever stage of the proceedings [...], any question which they consider necessary,

²¹ Cass. fr., 16 April 2010, *Sélim Abdeli*, n° N 10-40.002, concl. M. DOMINGO.

²² Articles 23-2, al. 2, and 23-5, al. 2, created by the French Organic Law N° 2009-1523 of 10 December 2009.

- to adopt any measure necessary to ensure provisional judicial protection of the rights conferred under the European Union legal order, and
- to disapply [...] the national legislative provision at issue if they consider it to be contrary to European Union law"²³.

Those three conditions are based on constant case law of the Court concerning the "affectivity" of EU law²⁴:

a) in the *Rheinmühlen* case, it was stated that every national judge has the most extended competence to submit questions about the interpretation of EU law, without being bound by the opinion of a higher national judge²⁵;

b) the competence to take provisional or conservatory measures to stop or to prevent a violation of EU law by setting aside a national provision which would deny him that possibility has been affirmed in the *Factortame* case²⁶;

c) that a constitutional court may not prevent a national judge to control himself whether a national provision respects EU law follows from the *Mecanarte* case²⁷.

The Court of Justice had entered in dialogue with the *Conseil constitutionnel*, since the conditions set forward by the Court correspond to the characteristics of the procedure before the *Conseil constitutionnel* as spelled out by this *Conseil* in its judgment of 12 May 2010²⁸. In that judgment the *Conseil constitutionnel* had stated that:

"The purpose of a priority question on constitutionality cannot be to refer to the *Conseil constitutionnel* a question on the compatibility of legislation with EU law. It is not for the *Conseil constitutionnel*, but for the ordinary and administrative courts to examine whether legislation is consistent with EU law, to apply EU law themselves on the basis of their own assessment, and to refer questions to the Court of Justice of the European union for a preliminary ruling at the same time as, or subsequent to, the submission of a priority question on constitutionality"

²³ CJEU, 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 en C-189/10, § 49-54.

²⁴ See *W. VERRIJDT, l.c.*, 546-547 en 552-553.

²⁵ See *supra* note 17.

²⁶ ECJ, 19 June 1990, *Factortame*, C-213/89, points 21-23.

²⁷ ECJ, 27 June 1991, *Mecanarte*, C-348/89, point 46.

²⁸ *Conseil constitutionnel fr.*, Déc. n° 2010-605 of 12 May 2010. See also *Conseil d'Etat fr.*, 14 May 2010, requête n° 312305.

Despite its obligation to interpret the national law provision in a manner that does not violate EU law, the French *Cour de Cassation* did not accept the interpretation suggested by the Court of Justice but, despite Article 23-3 of the Organic Law that allows for provisional measures²⁹, it stated that it had no competence to take provisional measures³⁰ and that, consequently, it had to set aside the provisions of the Organic Law concerning the “question prioritaire de constitutionnalité”³¹.

6. The *Chartry* case

In the *Chartry* case (C-457/09), the Court of Justice declared by order of 1 March 2011 that it was manifestly not competent to reply on the question submitted by the Tribunal of Liège³². The Court referred to its judgment in the *Melki* case³³ and reminded that, according to Article 51 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, its provisions are addressed “to the Member States only when they are implementing Union law” and that, according to Article 6 of the EU Treaty, “the provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties”³⁴. Moreover, the facts of the case had no link with EU Law³⁵.

Another decision would have given rise to serious concern. Indeed, if it would be sufficient to refer to a provision of the European Convention on Human Rights to submit preliminary questions to the Court of Luxembourg, even if the provision at issue has not been adopted in implementation of EU law or does not fall under the jurisdiction of the Court for another reason, whatever case could be submitted to the Court. In that case, EU law (and the jurisdiction of the Court of Luxembourg) would extend to all national law and it would give the national judge an easy pretext to ignore the authority of his constitutional court. If a national judge guided by his Constitutional Court would not take

²⁹ Conseil constitutionnel, Déc. N° 2010-605 of 12 May 2010, cons. 14.

³⁰ CJEU, 22 June 2010, *Melki and Abdeli*, C-188/10 and C-189/10, § 50, with reference to ECJ, 26 September 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, § 39.

³¹ Cass. fr., ass. plén., 29 June 2010, n° 10-40.001, *Melki*.

³² CJEU, order of 1 March 2011, *Chartry v. Belgium*, C-457/09.

³³ *Ibid.*, points 19 en 20.

³⁴ *Ibid.*, points 23 en 24.

³⁵ *Ibid.*, point 25.

sufficiently into account a provision of the European Convention, it is up to the party adversely affected by such a judgment to submit an application to the Court in Strasbourg, after having exhausted the domestic remedies, rather than that the national judge would submit a preliminary question to the Court of Luxembourg. If the Court of Luxembourg would have declared such a question admissible, it would lead in a short time to an overburdening of that Court as is the case nowadays with the Court of Strasbourg.



B. Bierlein*Vice-President of the Constitutional Court of Austria*

Classical and Modern Trends in Constitutional Review

I. Introduction

The concept of "constitutional review" in Austria has its roots in the late 19th century and is based on the ideas of rule of law, separation of powers and the protection of fundamental rights¹. The Austrian Constitutional Court was established in 1920 as a court by the Federal Constitution with the power of legal review and to declare acts of Parliament unconstitutional². Although the powers of the Austrian Constitutional Court are widespread to a certain extent - such as its power to decide on pecuniary claims on territorial corporate bodies³ - it lacks the power to review court rulings, of both ordinary courts and the Administrative Court⁴.

However, in the following I want to concentrate on two main powers concerning constitutional review: On the one hand the examination of the constitutionality of legal norms, such as parliamentary acts or administrative ordinances, as the core area in the system of constitutional review and on the other hand, the power to pronounce on alleged violations of fundamental rights that are guaranteed by the Constitution⁵, which became more and more important within the last century⁶. Besides, it is important to mention that the Constitutional Court is not qualified to take action on its own, but has to rely on application being filed in the Court.

¹ Hausmaninger, *The Austrian Legal System*⁴, 2011, 136; see also Hlinder, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, in *Ratio Juris* (Ed.), *An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* 16, 2003, 206ff.

² To the history of the Constitutional Court cf. Heller, *Der Verfassungsgerichtshof*, 2010, 149f.

³ Art. 137 Federal Constitutional Act (hereinafter: B-VG). The Federal Constitutional Act can be found at <http://www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/> [27.6.2011].

⁴ Stelzer, *An Introduction to Austrian Constitutional Law*, 2007, 73.

⁵ Art. 144 para. 1 B-VG.

⁶ Stelzer, *Introduction*, 73.

Hence, starting with a brief overview on the character of Constitutional Court decisions and the main challenges of constitutional review, I want to continue with trends, which can be observed within the jurisdiction of the Constitutional Court of Austria in the last years.

II. Decisions of the Constitutional Court

a. *The review of laws and ordinances*

The character of Constitutional Court decisions is related to its power. Regarding the review of laws and ordinances there are two different types: One is related to the review of a norm without connection to a pending suit (so-called "abstract judicial review") and generally speaking applications can be made by the Federal Government, a State Government, or by a third of the National Council's or the Federal Council's members⁷. The other type of judicial review is related to the review of a norm if it is applied in a pending suit (so-called "concrete judicial review")⁸. Hereby, the Constitutional Court examines the constitutionality either ex officio, when the law or ordinances are prejudicial to a case before the Court or at the request of a certain institution (e.g. the Administrative Court, the Supreme Court, competent appellate courts)⁹.

Besides, a request for constitutional review can be made by a private citizen to protect his constitutionally guaranteed rights (so-called "individual complaint"), whereby this request is subject to certain prerequisites, such as a degree of seriousness of direct interference with a person's rights that must be actual and not merely potential¹⁰. If a norm only affects interests of persons, such as the applicant's economic position, the Constitutional Court rejects the request, because the interference is not considered to be actual. Additional to this prerequisite, the interference by the contested norm must be direct, that is to say the norm must have become operative for the applicant without the delivery of a legal decision or the issue of a ruling¹¹. Due to the restrictive interpretation of the prerequisites, the Constitutional Court reject-

⁷ Art. 140 para. 1 B-VG.

⁸ Stelzer, *Introduction*, 75.

⁹ Art. 140 para. 1 B-VG; Hausmaninger, *Legal System*, 143.

¹⁰ Hausmaninger, *Legal System*, 143.

¹¹ Stelzer, *Introduction*, 76.

ed in the year 2010 about 55 from a total of 68 individual complaints¹².

b. Alleged violations of fundamental rights guaranteed by the constitution.

Besides the review of laws and ordinances, I want to mention the decisions of the Constitutional Court with regard to the power to pronounce on alleged violations of fundamental rights that are guaranteed by the Constitution.

Although the power to review complaints against decrees issued by administrative authorities is called "special administrative jurisdiction", which infers that this might not be one of the major tasks, most of the cases brought before the Constitutional Court are complaints in this vein - disregarding complaints against decisions of the Asylum Court.

The complaint must demonstrate that the act either violated the complainant's constitutionally guaranteed rights or was based on an unconstitutional law or state treaty, or on an illegal ordinance and violated his rights.

III. Main challenges of constitutional review

In this connection I want to carry on to the next subject, the main challenge of constitutional review: the workload. According to a former justice of the Constitutional Court "the effectiveness of a constitutional court has a direct connection with its burden of work"¹³ and about thirty-five years ago the Constitutional Court had to deal with this challenge for the first time.

From 1975 onward, in particular at the beginning of the eighties, the number of cases concerning the review of complaints brought before the Constitutional Court increased dramatically and until 1981 the Court was obliged to decide each case in merit - meaning to decide with an opinion¹⁴. By amendments to the Constitution, the Constitutional Court was enabled to refuse to accept a case that did not have reasonable prospect of success or did not involve specific constitutional questions, provided that the case is not excluded from the jurisdiction of the Administrative

¹² Activity Report of the Austrian Constitutional Court 2010, 37f (available only in German <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh?site/vfgh/taetigkeit.html> [27.6.2011]).

¹³ Machacek, Austrian Contributions to the Rule of Law, 1994, 13.

¹⁴ Heller, Outline of Austrian Constitutional Law, 1989, 27f.

Court¹⁵. This made it possible for the Constitutional Court to catch up with its backlog¹⁶.

Since 2009 the Constitutional Court has to face the workload problem again: By a constitutional amendment the appeal to the Administrative Court in asylum matters was excluded, which left only limited legal recourse from the newly created Asylum Court to the Constitutional Court and created a severe workload there¹⁷. Only in the year 2010 2.911 new complaints against decisions of the Asylum Court were brought to the Constitutional Court¹⁸, which presents nearly two-third of the overall workload. Although the Constitutional Court until now was able to handle the workload to some extent and to keep up with its relatively short length of proceedings - cases are decided mostly within one year - it is to be feared that this is unsustainable¹⁹.

IV. Trends in constitutional review

Now, I would like to turn to the classical and modern trends in constitutional review in Austria.

a. The classical trend

As a classical trend I would like to mention a tendency in the jurisprudence of the Constitutional Court from formalism towards a more value-oriented approach. From its history the Constitutional Court was known for its extremely formalistic interpretation of the Constitution and of fundamental rights. The reason for this might be that in the course of establishing the Austrian constitution of 1920, liberal basic rights had been incorporated as they existed since the time of the monarchy in form of the "Basic Law on the General Rights of Nationals" from 1867, due to the lack of political consensus for new formulations²⁰. The formalistic interpretation with regard to fundamental rights in the older case-law of the Court had granted the legislature a wide margin of appreciation in the pursuit of its political goals, forbidding only the total abolition or an excessive - meaning unjustifiable - legislative interference with the essential minimum of a fundamental right²¹.

¹⁵ Art. 144 para. 2 B-VG.

¹⁶ Machacek, Contributions, 14.

¹⁷ Hausmaninger, Legal System, 146.

¹⁸ Activity Report of the Austrian Constitutional Court, 50.

¹⁹ Activity Report of the Austrian Constitutional Court, 7.

²⁰ Machacek, Contributions, 16.

²¹ Hausmaninger, Legal System, 147.

The "new" - more value oriented - approach has become apparent in the case-law of the Constitutional Court after 1980 and is best shown with respect to those fundamental rights that are subject to legislative restriction. For example: The fundamental freedom to pursue gainful activity - Article 6 Basic Law on the General Rights of Nationals - states that "every national can [...] practice every kind of gainful activity subject to the conditions of the law." The freedom to pursue gainful activity states only that interference is admissible based on a legal provision, without stating more (so-called "formal reservation of interference")²².

In the case-law since 1984 the Constitutional Court developed this "formal reservation of interference" insofar as not any restriction provided by law was permitted, but only if there is a compelling public interest and if the measure chosen to protect this public interest appears to be suitable, adequate and justified²³.

Beyond doubt, this "new" case-law emanates from the fact that the European Convention on Human Rights had been adopted in Austria at the constitutional level in 1964 and not least was influenced by the case-law of the European Court of Human Rights in Strasbourg²⁴. As a consequence it can be stated that the Constitutional Court has become, in its interpretation of fundamental rights, increasingly responsive to the standards developed and refined by the European Court of Human Rights²⁵.

b. Modern trend

Finally, I want to come to my last point: the handling of the Constitutional Court with regard to the law of the European Union, especially with the Charter of Fundamental Human Rights as a modern trend in constitutional review.

In this context I want to mention, that the Constitutional Court appears to take the primacy of EU law for granted even in relation to constitutional law²⁶. Nevertheless, the Constitutional Court rejects complaints, if it is doubtful whether a rule of EU law or of national law should be applied, on the grounds that no constitutional question is involved²⁷. Only if an Austrian authority grossly

²² Stelzer, Introduction, 87.

²³ Hausmaninger, Legal System, 148.

²⁴ Cf. Heller, Verfassungsgerichtshof, 384ff.

²⁵ Hausmaninger, Legal System, 149.

²⁶ VfSlg. 15427/1999; cf. Grabenwarter, National Constitutional Law Relation to the European Union, in Bogdandy/Bast (Ed.), Principles of European Constitutional Law 2, 2009, 85

²⁷ VfSlg. 14.886/1997.

misinterpreted EU law, or based its decision on a rule of national law in obvious violation of EU law²⁸, the Constitutional Court accepts the review, because the negligence of the consideration of the primacy of EU law violates the constitutional right to proceed before the lawful judge²⁹.

In the Austrian Legal system that is based on the idea of the "hierarchy of norms", at which constitutional law is on the top and which determines the scope of ordinary legislation, the Charter of Fundamental Human Rights of the European Union is not part of the constitutional law, as for instance is the European Convention on Human Rights in Austria. As a consequence the Charter of Fundamental Human Rights does not provide a basis for the assessment of the Austrian Constitutional Court, which means the Constitutional Court cannot assess a violation of rights granted by the Charter of Fundamental Human Rights, although a violation might be obvious.

However, such complaints may be addressed to the Administrative Court, which is entitled to pronounce on complaints which allege that the ruling by administrative authorities infringes their rights³⁰.

V. Conclusion

Although the concept of constitutional review in Austria - the concentration of the power of review in a single court - was already established in 1920, it is still effective.

Certainly, there are challenges of constitutional review, such as handling the workload, but these are rather questions of amendments to the law or the constitution than changes of the general concept of constitutional review.

After all, the concept of constitutional review and the Austrian Constitutional Court has served as a model for similar institutions in many other countries in Europe as well as in other continents (e.g. the Constitutional Courts in Germany, Italy, Spain, Portugal, Poland, Hungary, Albania, Romania, Korea, Mongolia and South Africa).

²⁸ Hausmaninger, Legal System, 152.

²⁹ Art. 83 para. 2 B-VG.

³⁰ Art. 130 para. 1 and Art. 131 para. 1 B-VG.



A. Paulus

Justice of the Federal Constitutional Court of Germany

The relationship between national constitutional courts and the European Court of Justice and the European Court of Human Rights

I. Congratulations and Introduction

Let me first and foremost, also on behalf of the President of the German Federal Constitutional Court, Professor Vosskuhle, and the whole German Federal Constitutional Court, congratulate you on the twentieth anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria. I remember vividly my first stay in Bulgaria, about twenty years ago on the occasion of the annual conference of the European Law Students' Association. It was an extraordinary time. After its democratic and peaceful revolution in the wake of the fall of the Berlin wall in my own country, Bulgaria had just become member of the European Convention on Human Rights and thus joined the family of democratic and human rights-abiding European nations. Since that time, democracy and human rights provide a firm foundation on which our friendship rests.

When Bulgaria joined the European Union in 2007, Bulgaria and Germany came even closer together. Since the Lisbon Treaty entered into force in December 2009, the Charter of Fundamental Rights also binds the European Union to its own catalogue of human rights obligations, in addition to the European Convention on Human Rights and along with the constitutional traditions common to the Member States, all enshrined in Article 6 of the Treaty on European Union. The impending membership of the European Union in the European Convention on Human Rights will bring the different European systems of human rights protection even closer together. In this regard, President Vosskuhle speaks of a "Europäischer Verfassungsgerichtsverbund"¹, an informal

¹ Vosskuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2010, S. 1 ff.

"European Network of Constitutional Courts" that also encompasses the European Court of Justice in Luxembourg and the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Nevertheless, the combination of so many similar, but nevertheless distinct systems of human rights protection also creates problems for the courts, but more importantly for the citizens of our respective countries. It becomes more and more difficult to know in advance which system has jurisdiction to hear a human rights claim. The less clear the division of competencies, however, the more the systems cease to serve the interests of the citizens. In addition, the task of finding solutions suitable for the 27 States member of the European Union, and even more so the 47 State parties to the European Convention on Human Rights, is quite a challenge for the courts in Luxembourg and Strasbourg, respectively. Thus, it becomes more and more important to respect the competences of the courts of other legal systems. Only the interplay of the different, but related legal systems of human rights protection - European Union, European Convention on Human Rights, national courts - will lead to an effective protection of human rights and fundamental freedoms.

In two recent decisions of the Second Senate, the Honeywell decision of July 2010 and the Security Detention judgment of May 2011, the Federal Constitutional Court has clarified the conditions under the German Constitution that allow for the implementation of the judgments from Luxembourg and Strasbourg in the German constitutional order. In other decisions recently taken by the First Senate, to which I belong, the Court has largely followed the respective decisions from the Luxembourg and Strasbourg courts on matters as diverse as data retention and parental custody of unmarried fathers.

In my remaining time, let me briefly explain the commonality and differences between the approaches towards European Union law and those towards the European Convention on Human Rights taken by the German Federal Constitutional Court. It will thus become clear that the Court has looked for ways to harmonize European and constitutional requirements as far as possible by "fitting" the European obligations into the German constitutional order. At the same time, the Court has striven to closely circumscribe the limitations of this procedure. So far, I am happy to

say, a confrontation of the German constitutional order and the European systems of human rights protection has never materialized.

II. the European Convention on Human Rights and the national legal system: the German Grundgesetz

In principle, of course, the European Convention on Human Rights is an international treaty. Different national constitutions have adopted different solutions as to their effect within the domestic legal order. The German Constitution, the Grundgesetz, provides for the ratification of international treaties by the Federal President. Needless to say, the Convention is considered directly applicable in the domestic legal system. Where necessary, certain requirements are further spelt out in implementing legislation, for example with regard to the possibility of revisiting judgments based on a violation of the Convention².

The German legislature needs to give its prior approval before ratification to those treaties which are of a highly political nature or that would internally require a law passed by the legislature. From this requirement of a treaty law, the prevailing German doctrine, and the Bundesverfassungsgericht, deduces the status of treaties which is equal to, but not prevailing over, domestic laws. In other words, in principle, later laws, the *lex posterior*, can supersede previous treaty commitments. But this is only part of the story.

The other part of the story is that the Federal Constitutional Court applies a - rebuttable, but only rarely rebutted - presumption that the legislature did not intend to violate or abrogate a previous treaty commitment, if it does not clearly indicate the contrary. In addition, Art. 1 § 2 of the German Constitution emphasizes the German commitment to universal human rights as fundamental basis of every human community, peace and justice. It is in this spirit that the Bundesverfassungsgericht also interprets the domestic fundamental rights enshrined in the constitution. With regard to the European Convention on Human Rights, the Court tries, as far as methodologically possible³, to interpret domestic constitutional guarantees in line with the Convention in the mean-

² See § 359 no. 6 Strafprozessordnung (StPO, German Code of Criminal Procedure).

³ Cf. BVerfGE 111, 307 <323> - Görgülü: „im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung“.

ing given to it by the European Court of Human Rights. In this regard, the Court speaks of a "normative guidance" ("Orientierungs- und Leitfunktion")⁴ of the Strasbourg case law. However, in its recent judgment concerning the security detention of criminals that have served their criminal sentence, the Constitutional Court has also emphasized that, to be implemented effectively, international decisions need to be fitted into a national framework. In the words of the Court, "schematic parallelization" is to be avoided. Rather, following the famous German comparative constitutionalist Peter Häberle, an active reception of these decisions requires an "Umdenken", a "rethinking" or transformation into the domestic constitutional order; in other words, the Convention has to be fitted into the domestic legal system⁵.

To give an example: in its decision in the case M vs. Germany as well as in later decisions, the European Court of Human Rights had deemed the German practice of a retroactive prolongation of the security detention of criminals after serving their sentence as a violation of Article 7 of the Convention prohibiting retroactive penalties⁶. That is why the German Constitutional Court had emphasized in its previous case law that security detention must be different from a penalty and provide for more generous offers of reintegration into society. This requirement, however, had been neglected by the German authorities. Thus, after the decision in M vs. Germany, the Constitutional Court decided, less than three months ago, that all security detentions needed to be revisited applying strict criteria of proportionality. In addition, the detention system needed to become clearly distinct from the penitentiary system. In accordance with Art. 5 Par. 1 lit e of the Convention, only persons who were proved to be of "unsound mind" and being a continuous heavy threat to society could be retained as a last resort after serving their time⁷.

Thus, precisely because the German legal system regards the security detention as a measure of prevention, not penalty, the prohibition of retroactive penalties did not apply. Rather, the prohibition of retroactive penalty required a strict limitation of the

⁴ BVerfG, 2 BvR 2365/09, Judgment of 4 May 2011, Paras. 89 ff.

⁵ BVerfGE 111, 307 <324>.

⁶ M vs. Germany, Appl no. 19359/04, judgment of 17 December 2009; see also Hoffer and Annen v. Germany, 397/07, 2322/07, judgment of 13 January 2011; Schummer v. Germany, 27360/04, 42225/07, judgment of 13 January 2011; all available at www.coe.int.

⁷ BVerfG, 2 BvR 2365/09, Judgment of 4 May 2011, Paras. 97 ff., 150 ff.

security detention to the requirements of prevention of future crimes of a particularly grave nature against other human beings. What is the prohibition of retroactive penalty in the Convention, transforms into a strict application of the principles of necessity and proportionality in the framework of preventive detention within the German constitutional order. The Fifth Section of the European Court of Human Rights has already indicated that it is satisfied with this implementation of its judgments⁸.

Nevertheless, the potential of contradiction between the domestic constitution and the Convention remains, in particular in case of triangular relations, in which the State is arbiter between two or more private legal subjects. Ordinarily, the Convention provides only a minimum level of protection of human rights so that the State may grant a higher level. But this affects only the relationship between the State and a private citizen - as in the security detention cases. However, it does not help in cases where one citizen's gain is the other citizen's loss. In these cases, divergent interpretations of the Convention by the European Court of Human Rights, on the one hand, and parallel rights in the domestic constitution by a domestic constitutional court, on the other, might lead to contradictory results that would require a choice between a violation of the constitution in its interpretation by the highest domestic court and a violation of the convention as applied by the European Court of Human Rights.

To avoid conflict, I think we need to extensively use two tools beyond the "fitting in" of the international decision into the domestic constitutional framework. First, the European Court of Human Rights is required to occasionally take a step back and not to decide those cases where two rights are in conflict, but rather to respect domestic decisions in case they take into account all the rights involved, but may arrive at different conclusions in the balancing of these rights depending on their legal order or culture. The ECHR's theory of the "margin of appreciation" gives it broad latitude to do so. Recent case law - one dealing with Irish cases of abortion (ABC v. Ireland)⁹, the other, where Bulgaria was very active before the court, crucifixes in schools (Lautsi v. Italy)¹⁰ - the Grand

⁸ See Mork v. Germany, Appl. no. 31047/04 and 43386/08, judgment of 9 June 2011, Para. 54; Schmitz v. Germany, Appl. no. 30493/04, judgment of 9 June 2011, Para. 41.

⁹ A, B and C v. Ireland, Appl. no. 25579/05, Judgment of 16 December 2010, Paras. 229 et seq.

¹⁰ Lautsi v. Italy, Appl. no. 30814/06, Judgment of 18 March 2011, Paras. 70 et seq.

Chamber of the Court took great care not to overstep its competences to provide for a minimum standard of a democratic society, but no more. Nevertheless, the limits of this case law become visible in the recent Bayatyan judgment, in which the Court modified its previous jurisprudence by recognizing a right of conscientious objection to military service deriving from the protection of the freedom of religion in Article 9 of the Convention by pointing to an almost complete European consensus in this sense¹¹.

On the other hand, we need to take each other seriously. In other words, clashes can be avoided when the dialogue of Courts is more than a slogan, but a living reality. Or, in the words of the security detention judgment, the "last word" of the respective courts in their own legal system is not an impediment, but the normative basis of such dialogue¹².

III. The relationship of national constitutional courts to the European Court of Justice

Let me now add a few words on the relationship with the other European Court, the European Court of Justice in Luxemburg. The relationship of the constitutions - and thus the constitutional courts - to the European Union is legally different from the Convention because European Union law requires, under certain conditions, to be accorded direct effect by all domestic legal orders of its 27 member States, it also enjoys supremacy over domestic law in its scope of application. In other words, it is not hierarchically superior to domestic constitutional law as such, but it is *applied* within its sphere of application without regard to contrary domestic law, including constitutional law.

According to the Federal Constitutional Court, the German constitution accepts direct effect and supremacy in Article 23 Para. 1 of the German Grundgesetz¹³. But this acceptance is not unconditional. According to Article 23, Germany does not want to be part of any European Union; it wishes to be member of a European Union that is faithful to some principles, such as democracy, the rule of law, and a certain respect of the identity of the domestic legal order of its member States, as well as the principle of subsidiary. The European Union is supposed to be a Union of limited competences.

¹¹ Bayatyan v. Armenia, Appl. no 23459/03, Judgment of 7 July 2011, Paras. 121 et seq.

¹² Id., Para. 89.

¹³ See BVerfGE 126, 286 <301 ff.> Honeywell.

Thus, the question arises of how to check whether the European Union still conforms to these founding ideas. In its widely cited, but also heavily criticized Lisbon judgment¹⁴, the second Senate of the Federal Constitutional Court had identified, in line with, but also in further development of the court's previous jurisprudence, three topoi or instruments by which such control by the FCC itself could take place:

1) the famous Solange-jurisprudence, according to which the ECJ needs to uphold minimum standard of protection of fundamental rights to render further constitutional control of EU acts by domestic courts unnecessary and inadmissible,

2) the *ultra vires* jurisprudence, according to which important violations of the competencies enumerated in the treaties would render the respective act non-binding, and

3) the identity jurisprudence, according to which the EU needed to protect the core of the identity of the constitutional order of its member States, as, for example, enshrined in Article 79 § 3 of the German constitution.

Afterwards, some commentators feared, and others hoped, that the FCC would soon apply these instruments and declare a Union act void in violation of the German constitution. Until this day, they were proven wrong, however.

In its decision on preventive data retention, the First Senate of the Court held that the data retention directive was not by itself unconstitutional, but its implementation by the German legislature was. Thus, the identity question needed not to be answered. However, the Court added that a complete surveillance of communication might well violate the identity of the German constitution that the German representatives in the Union organs need to promote¹⁵. It did not say, however, that a directive coming near to that situation was per se void.

In its Honeywell decision¹⁶, the Constitutional Court clarified that the *ultra vires*-situation could only arise in extraordinary circumstances in which the ECJ would have violated the core legal methods of interpretation and application of the treaties, but acknowledged that European law has developed its own means of interpretation, that the ECJ could further develop the law and that it

¹⁴ BVerfGE 123, 267 <335, 353 ff.> Lissabonner Vertrag.

¹⁵ BVerfGE 125, 260 (324) – Data retention.

¹⁶ BVerfGE 126, 286 <301 ff.>.

was even entitled to "make mistakes". In addition, the broadening of European competences needed to be manifest and grave to allow for such disregard of European law by a constitutional court. Thus, the Constitutional Court would not supervise the application of European law by the European Court, but would limit such control to egregious cases the occurrence of which is highly unlikely. In other words, only an ECJ beyond its own legal bounds would qualify.

Let me add, however, that a clear division of competencies, by which the European Charter of Fundamental Rights only applies, in the words of its own Article 51 § 1, to Union law and its domestic implementation, is vital to this task so that domestic courts - who know the mentality and culture of their country better than the central European Courts - will, in general, control the constitutionality of domestic legal acts, and European courts and tribunals will essentially control the human rights conformity of European legal acts and those domestic legal acts in which domestic law merely implements these laws.

IV. Conclusion

The Federal Constitutional Court circumscribes the situation of 21st century constitutional courts in Europe when it emphasizes that they need to accept the specificities of international and European law and their authoritative interpreters, international and regional courts, but that they have, at the same time, the important task of applying their constitution in harmony with the international commitments their country has freely undertaken as a member of the European family. On the other hand, the European courts need to respect the identity of all the family members as indeed required by their respective legal orders.

Dialogue is the key to the realization of human rights in the different apartments of the European house. In this spirit of friendship I would like to repeat my heartfelt congratulation to our Bulgarian brethren with the best wishes for the fulfillment of your important task.



O. Paksut*Vice-President of the Constitutional Court of Turkey*

Limits of Constitutional Review *(The Turkish Experience)*

Constitutional Courts exist in order to protect and promote democracy, human rights and the rule of law. Therefore, the jurisdiction of a constitutional court generally includes the legislative acts of the parliament. There are some areas, however, where constitutional review is not possible because the Constitution itself restricts the jurisdiction of the Constitutional Court. In this short presentation I will briefly share with you the Turkish Constitutional Court's experience with the existing limits to its review processes and some of my own views. Here are the main areas:

A- Amendments to the Constitution:

The Court is not authorized to review constitutional amendments on their merits (essence). However, the Court may examine the constitutionality of constitutional amendments from the aspect of the form (whether due procedure is observed during the enactment of the amendment).

Notwithstanding the word of the constitution, in the recent years, the Turkish Constitutional Court, however, cancelled constitutional amendments on two occasions by interpreting the concept of "form". The decisions on cancellation were taken on the grounds that the amendments were conflicting with the immutable principles enshrined in the first three articles of the Constitution. These principles are democracy, secularism, social justice and the rule of law. The Constitution prohibits any motion or proposal for a constitutional amendment in the Parliament that may contradict these fundamental principles. For example, an amendment to the constitution that would provide for the postponement of general elections

up to 20 years is definitely against the principle of democracy. Could such an amendment be considered in conformity with the due form of constitutional amendment? This was the critical question. The Court's reasoning was as follows:

On two occasions, the Turkish Constitutional Court cancelled the constitutional amendments on the grounds that they did not fulfil the condition of form stipulated by the constitution, thereby rendering the proposals procedurally invalid since their substance was incompatible with the unchangeable principles of the constitution. Therefore no proposal could be made in contravention of these principles. This meant that the proposals, even though they were voted and passed by the parliament as amendments to the constitution, were legally null and void in the first place. The court decided that, therefore, the ensuing vote in the parliament was groundless and the amendment was cancelled. These decisions of the Constitutional Court were met with strong political reaction and criticism. It is said that by doing so, the Court placed itself above the Parliament and the will of the people.

After the amendments made in the Constitution and approved by a referendum in September, 2010, a clarification on the jurisdiction of the Constitutional Court has been added to the law on the Establishment and Working Procedures of the Constitutional Court. According to this provision, applications to the Constitutional Court for the cancellation of a constitutional amendment may only be made on the basis of form (which means, the merits of a constitutional amendment may not be challenged). Since the Court is authorized to make constitutional review only within the limits of the application, it may be considered unauthorized to look into the meaning and scope of the amendment in question and cannot review it on the basis of the fundamental principles of the constitution.

B- Decrees Having the Force of Law:

The Constitution provides for the enactment of decrees of the Council of Ministers (the executive) having the force of law under certain conditions and for a definite period. In order to realize this, the Parliament must authorize the Council of Ministers for such an action and the decree thus enacted by the Council of Ministers should be submitted to the Parliament for approval, amendment

or cancellation. They are normally subject to constitutional review. However, it is not possible to apply to the Constitutional Court for the cancellation of Decrees Having the Force of Law enacted at the time of war, martial law and emergency rule. Whether this is fully in line with democracy and rule of law is, of course, highly debatable. My personal view is that, when a new Turkish Constitution is made, this should be abolished.

C- Resolutions of the Parliament:

They are also beyond the jurisdiction of the Court. There are very important decisions, for example sending the Turkish troops outside the country, which requires a resolution made by the Parliament. But they are clearly beyond of the review process of the Constitutional Court.

D- International Agreements:

According to the Turkish Constitution, international treaties duly put into effect have the force of law (equivalent to law) but no claim of unconstitutionality may be made against international treaties. Agreements are normally put into effect only after they are ratified on the basis of a law enacted by the parliament which authorizes the ratification of a treaty. The actual ratification is made by the Executive. The question whether such laws of authorization fall into the jurisdiction of the Constitutional Court is still debated in the doctrine. However, the Turkish Constitutional Court recently took the view that although it cannot review the merits of an international treaty, it can review a law that authorizes the ratification of an international treaty. This decision was taken with a narrow margin.

My personal view is that the Constitutional Court should be able to review the substance of international treaties also, since no country should undertake international obligations which its constitution may not permit.



А. Кокотов

*Судья Конституционного Суда
Российской Федерации*

Осуществление Конституционным Судом Российской Федерации конституционного контроля: насущные вопросы развития

1. Современная проблематика конституционного контроля, осуществляемого конституционно-судебными средствами, многообразна, не поддается охватной характеристике в кратком сообщении. Поэтому коснусь лишь тех ее вопросов, которые связаны с последними изменениями законодательства о Конституционном Суде Российской Федерации, затрагивающими полномочия, структуру Конституционного Суда, порядок отправления им правосудия¹.

Произведенные перемены вызваны главным образом необходимостью обеспечения качественного и оперативного рассмотрения и разрешения Конституционным Судом судебных дел в условиях сохранения в течение длительного времени за пределами высокого числа обращений. Так, в 2009-2010 гг. в Конституционный Суд поступило 38843 обращения. И хотя после исключения явно не подведомственных обращений Конституционным Судом в конечном итоге было рассмотрено 3440 обращений - это все равно весьма высокий показатель, явно не способствующий надлежащему отпращиванию конституционного правосудия.

2. Поскольку подавляющее число обращений - это направляемые в Конституционный Суд в порядке конкретного нормоконтроля жалобы граждан, их объединений², то зако-

¹ Названные изменения внесены Федеральным конституционным законом от 3 ноября 2010 года № 7-ФКЗ и вступили в силу с 9 февраля 2011 года.

² В 2009-2010 гг. Конституционный Суд рассмотрел 3199 жалоб граждан и их объединений.

нодатель попытался сократить их число посредством ограничения числа случаев, при которых граждане вправе обращаться с конституционными жалобами. На это направлена новая законодательная интерпретация части 4 статьи 125 Конституции Российской Федерации, согласно которой Конституционный Суд по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, примененного или подлежащего применению в конкретном деле.

Если в прежней редакции Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" (далее - ФКЗ о КС) данная конституционная формула воспроизводилась буквально, то в действующей редакции она конкретизирована. Граждане теперь вправе оспаривать в Конституционном Суде конституционность закона, который был применен в их судебном деле. Следовательно, гражданин не вправе оспаривать конституционность закона, еще только подлежащего применению в его деле, а таковым не может быть дело, рассматриваемое в отношении гражданина компетентным органом во внесудебном порядке. До этого Конституционный Суд рассматривал жалобы, связанные с применением в отношении гражданина закона не только судами, но и органами управления, причем не только по вопросам наложения на него взысканий.

Что касается входящих в судебную систему страны судов, то они обращаются в Конституционный Суд в порядке конкретного нормоконтроля с запросами о проверке конституционности закона, подлежащего применению ими, если при рассмотрении дела в любой инстанции придут к выводу о его несоответствии Конституции.

Изменившееся регулирование означает, что с точки зрения законодателя положение части 4 статьи 125 Конституции позволяет толковать его вариативно, имея в виду, что в нем в обобщенном виде очерчивается предмет сразу двух разных видов конституционного судопроизводства: по жалобам граждан и по запросам судов.

Названное регулирование означает также, что, с точки зрения законодателя, произведенное им ограничение возможностей граждан в сфере конституционного судопроизвод-

ства компенсируется иными наличными механизмами защиты их прав, обеспечения конституционности действующего законодательства, в том числе судебными, включая конституционно-судебные. Оправдан ли подобный расчет и приведет ли новая законодательная интерпретация части 4 статьи 125 Конституции к разгрузке Конституционного Суда, покажет время.

В свете сказанного интересно отметить, что сам Конституционный Суд своими решениями неоднократно расширял возможности граждан по обращению с конституционными жалобами за счет соответствующего истолкования содержащихся в части 4 статьи 125 Конституции понятий "граждане" (субъекты обращения с конституционной жалобой) и "закон" (вид оспариваемого в процедурах конкретного нормоконтроля акта)³.

Так, согласно правовым позициям Конституционного Суда субъектами обращений с конституционными жалобами являются не только граждане Российской Федерации, но также иностранцы и лица без гражданства (Постановление от 17 февраля 1998 года № 6-П), представители граждан, признанных недееспособными (Постановление от 27 февраля 2009 года № 4-П). В число субъектов конституционной жалобы, по мнению Конституционного Суда, входят юридические лица, включая коммерческие объединения, государственные предприятия, государственные учреждения тогда, когда они подпадают под действие конституционных прав и свобод, в частности, в качестве налогоплательщиков (Постановления от 24 октября 1996 года № 17-П, от 12 октября 1998 года № 24-П, от 28 июня 2009 года № 10-П), муниципальные образования (Постановление от 2 апреля 2002 года № 7-П).

Расширительно толкуя содержащийся в части 4 статьи 125 Конституции термин "закон", Конституционный Суд распространяет его на ряд актов, имеющих в системе российского законодательства статус подзаконных актов. Это постановления Государственной Думы об амнистии (Постановле-

³ Развивающее Конституцию Российской Федерации законодательство наделяет правом на обращение в Конституционный Суд по вопросам нарушения законом конституционных прав и свобод граждан Генерального прокурора, Уполномоченного по правам человека. Указанные субъекты обращаются в Конституционный Суд в порядке части 4 статьи 125 Конституции.

ние от 5 июля 2001 года № 11-П), постановления Правительства, издаваемые по прямому указанию законодателя по вопросу, не получившему непосредственной регламентации в законе (Постановление от 27 января 2004 года № 1-П)⁴.

3. Еще одна мера, призванная обеспечить надлежащее качество конституционного правосудия в условиях "вала" обращений - законодательное закрепление такой упрощенной процедуры, как письменное производство вкупе с упразднением принципа непрерывности проведения судебных заседаний. Письменное производство и ранее использовалось Конституционным Судом в качестве средства ускоренного разрешения конституционно-судебных дел в тех случаях, когда для этого достаточно было опоры на ранее выработанные им правовые позиции. Письменное производство завершалось принятием отказных определений с положительным содержанием. Оно не исключалось прежней редакцией ФКЗ о КС, определялось нормами Регламента Конституционного Суда и вырабатываемыми им деловыми обыкновениями.

Федеральный законодатель лишь ввел данную процедуру в законодательные рамки, откорректировав ее. Так, он установил, что по итогам рассмотрения дел в процедуре письменного производства Конституционный Суд выносит постановления, а не определения, как раньше. Конституционный Суд вправе прибегнуть к процедуре письменного судопроизводства, если придет к выводу о том, что оспариваемые заявителем положения нормативного правового акта аналогичны нормам, ранее признанным не соответствующими Конституции постановлением Конституционного Суда, сохраняющим силу. Второе основание обращения к письменному производству - оспариваемая заявителем норма, ранее признанная неконституционной постановлением Конституционного Суда, сохраняющим силу, применена судом в конкретном деле, а подтверждение Конституционным Судом ее неконституционности необходимо для устранения фактов нарушений конституционных прав и свобод граждан в правоприменительной практике. Ранее Конституционный Суд прини-

⁴ Подробнее об этом см. в: *Князев С. Д.* Конституционная жалоба в Российской Федерации: законодательная модель и судебная интерпретация // Журнал конституционного правосудия. 2011. № 1. - С. 25-32.

мал решения в процедуре письменного судопроизводства и тогда, когда они основывались на суждениях, содержащихся в определениях Конституционного Суда.

Очевидно, что в настоящее время Конституционный Суд, устанавливая аналогичность (не обязательно тождественность) проверяемого регулирования и регулирования, ранее им уже оцененного, вправе опираться на свои выводы, содержащиеся не только в постановлениях, но и в определениях. Однако при этом ядро правовой позиции, свидетельствующей об аналогичности проверяемого регулирования ранее оцененному регулированию, должно содержаться именно в постановлениях Конституционного Суда. Законодатель, видимо, исходит тут из того, что "площадкой" выработки полноценных правовых позиций является публичное разбирательство конституционно-судебных дел в процедуре устного судопроизводства, завершающееся принятием итоговых решений Конституционного Суда в форме постановлений. Определения с положительным содержанием и постановления, принимаемые по итогам письменного производства в его современном виде - это решения Конституционного Суда, в которых его правовые позиции уточняются, "досказываются", но не более того. Впрочем, категоричность данного вывода может смягчить последующая практика Конституционного Суда и изменившееся правовое регулирование.

Для обращения Конституционного Суда к процедуре письменного производства ему недостаточно выявить предусмотренные законом основания: необходимо также выяснение позиции по этому вопросу сторон - заявителя и органа, принявшего и подписавшего оспариваемый акт. Если стороны возражают против письменного производства, то дело подлежит рассмотрению в публичном заседании в процедуре устного судопроизводства. Такое регулирование наделяет стороны правом одностороннего повышения "градуса публичности" предстоящего судебного заседания, дает им возможность воспользоваться преимуществами устного разбирательства, в том числе действием принципа состязательности сторон в варианте их непосредственного взаимодействия, а не в варианте "состязания документов". Указанные

меры призваны гарантировать законные интересы сторон в конституционном судопроизводстве⁵.

4. Проблема корректного сокращения числа обращений в Конституционный Суд не является тотальной и значима в настоящее время только применительно к рассмотрению жалоб граждан. Она, как представляется, соседствует с прямо противоположной проблемой "простаивания" тех полномочий Конституционного Суда, которые позволяют ему по обращениям специальных субъектов давать толкование Конституции, разрешать споры о компетенции, осуществлять абстрактный контроль нормативных правовых актов федерального и регионального уровня, международных и внутрифедеральных договоров с нормативным содержанием. Следует обратить внимание на тот неоднозначный факт, что Президент, палаты Федерального Собрания, иные уполномоченные органы федерального уровня в течение ряда последних лет не обращаются в Конституционный Суд по перечисленным категориям дел.

Очевидно, что названные "простаивающие" полномочия дают Конституционному Суду в совокупности большие возможности по сравнению с его полномочиями в рамках конкретного нормоконтроля по интерпретационному углублению конституционного пространства, конституционализации отраслевого законодательства, а в чем то и - правоприменительной практики.

Обращение в Конституционный Суд с запросами о толковании Конституции, проверке нормативных правовых актов в порядке абстрактного нормоконтроля, с ходатайствами о разрешении споров о компетенции - исключительное право соответствующих уполномоченных субъектов. Побуждение их к деятельному использованию названного права - не тот вопрос, который можно и нужно решать законодательными мерами, например, посредством превращения такого права в обязанность⁶. Другое дело, использование средств косвен-

⁵ К настоящему времени Конституционным Судом вынесены четыре постановления по итогам рассмотрения дел в процедуре письменного производства.

⁶ Хотя предложения такого рода делаются, получая доктринальное обоснование. Так, Н. В. Витрук предлагает ввести правило об обязательной проверке на соответствие Конституции Российской Федерации не вступивших в силу международных договоров, затрагивающих права и свободы человека и гражданина. См.: Витрук Н. В. Верность Конституции. - М., РАП, 2008. - С. 80.

ного воздействия, призванных убедить уполномоченный орган в существовании проблемы, для решения которой может быть целесообразным наряду с другими мерами и его обращение в Конституционный Суд.

Такое косвенное воздействие на Президента, палаты Федерального Собрания, иные уполномоченные органы способны оказывать и Конституционный Суд посредством собственных посланий. Формат посланий удобен для выделения на основе анализа конституционно-судебной практики системных проблем российского законодательства и правоприменения, для устранения которых помимо изменений законодательства могут быть задействованы и конституционно-судебные средства, такие, например, как прояснение содержания конституционных положений в процедуре официального толкования Конституции⁷. Послания в указанном значении, будучи одним из средств овеществления государственной политики, имели бы качество своеобразных предправовых источников социального регулирования (как и послания Президента Федеральному Собранию, доклады Уполномоченного по правам человека).

Конституционный Суд пока не использует инструмент посланий, в том числе по причине его недостаточной регламентации. Прежний Закон "О Конституционном Суде РСФСР" от 12 июля 1991 года предусматривал необходимость подготовки Конституционным Судом на основе рассмотренных им материалов ежегодных посланий Конституционного Суда Верховному Совету РСФСР о состоянии конституционной законности в Российской Федерации. Действующий ФКС о КС более лаконичен, не определяя точно ни адресата послания, ни его формальных признаков, ни его содержательного наполнения. Одним словом, инструмент посланий - это точка роста для Конституционного Суда, требующая более деталь-

⁷ О посланиях Конституционного Суда смотри, например: Абросимова Е. Б., Уметбаева Э. Р. Ученый совет Института государства и права РАН обсуждает научный доклад Председателя Конституционного Суда Российской Федерации // Государство и право. 1992. № 5; Гаджиев Г. А. Федеральное Собрание и Конституционный Суд. Партнерство и контроль // Российская Федерация. 1994. № 8; Жаркова Л. М. Содержание и применение юридической конструкции "Послание Конституционного Суда Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации" // Конституционные чтения. Вып. 2 / Под ред. Т. Д. Зражевской. - Воронеж, 2003; Митюков М. А. Методология исследования проблемы послания Конституционного Суда Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 12.

ного его урегулирования в Регламенте Конституционного Суда, а, возможно, и в ФКЗ о КС.

5. В действующей редакции ФКЗ о КС теперь оговорено, что позиция Конституционного Суда относительно того, соответствует ли Конституции смысл нормативного правового акта или его отдельного положения, придаваемый им правоприменительной практикой, выраженная в его постановлении, подлежит учету правоприменительными органами с момента вступления в силу соответствующего постановления Конституционного Суда. Сделаю лишь три оговорки относительно приведенного законодательного положения.

Во-первых, оно означает законодательное подтверждение правомерности использования Конституционным Судом средств конституционно-правового истолкования, позволяющих ему, не прибегая к признанию проверяемой нормы неконституционной, выявлять ее соответствующее Конституции содержание⁸.

Во-вторых, такой подход законодателя выводит, строго говоря, из сферы действия режима "учета" те позиции, которые сформулированы Конституционным Судом в его позитивных определениях. Логично возникает вопрос - вправе ли вообще в настоящее время Конституционный Суд принимать определения с позитивным содержанием? Думается, что жанр позитивных определений по-прежнему допустим. Такие определения могут приниматься, например, тогда, когда Конституционный Суд не вправе использовать процедуру письменного производства при установлении аналогичности проверяемого и ранее проверяемого регулирования. Статья 47.1 ФКЗ о КС предусматривает, что основанием для принятия постановления в рамках письменного производства является аналогичность проверяемой нормы и нормы, которая ранее признана Конституционным Судом неконституционной. Тогда в случае, если Конституционный Суд на стадии принятия решения о приеме обращения к рассмотрению ус-

⁸ Конституционный Суд Российской Федерации, руководствуясь доктриной сдержанности, активно использует конституционно-правовое истолкование проверяемых актов, как и иные средства мягкого воздействия на законодательство и законодателя. О доктринальном анализе такой практики смотри, например: *Зорькин В. Д.* Современный мир, право и Конституция. - М., "Норма", 2010. - С. 172-194, др.; *Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. - М., "Норма", 2011. - С. 141-142, 233-234, 258-293.

тановит, что проверяемая им норма аналогична норме, ранее признанной им конституционной в ее конституционно-правовом истолковании, то он принимает отказное определение. В нем он должен показать наличие упомянутой аналогичности, что вполне может потребовать изложения в отказном определении позитивного материала.

В-третьих, положение об учете позиций Конституционного Суда может в разных ситуациях означать и императивную обязанность уполномоченных органов осуществить конкретные действия (например, отмену определенных актов), и их обязанность по осуществлению тех или иных действий в рамках собственных полномочий на основе широкого усмотрения, и их обязанность по принятию во внимание позиции Конституционного Суда в своей будущей деятельности.

6. В числе произведенных законодательных изменений - упразднение палат Конституционного Суда. Оно обосновывалось законодателем необходимостью обеспечения единства конституционно-судебной практики. Очевидно, что названная мера объективно ведет к утяжелению, удлинению конституционного судопроизводства и в этом своем проявлении противоположна иным законодательным изменениям, призванным "разгрузить" Конституционный Суд (письменное производство, др.).

Приспособление Конституционного Суда к новой структуре еще идет. Такое приспособление, имеющее целью рационализацию досудебных и судебных процедур, скорее всего, потребует:

- расширения письменных форм взаимодействия судей в ходе подготовки к заседаниям, в частности, расширения обмена письменными предложениями и замечаниями (а впоследствии и формализации в необходимой мере такого взаимодействия в регламенте, иных внутренних актах Конституционного Суда, обыкновениях делового оборота);

- создания рабочих групп (неформальных или в той или иной мере формализованных), которые при согласии судьи-докладчика, работая с материалами соответствующего дела, могли бы помочь ему глубже овладеть проблематикой дела.

7. Отметим, что законодатель не остановился на анализируемых изменениях ФКЗ о КС - в настоящее время на рас-

смотрении в Государственной Думе находится проект закона⁹, нацеленный на реформирование порядка исполнения в Российской Федерации решений межгосударственного органа по защите прав и свобод человека (имеется в виду Европейский суд по правам человека - далее ЕСПЧ). Он предусматривает изменение ряда законов, в том числе ФКЗ о КС.

В пояснительной записке к законопроекту указано, что он направлен на правовое решение вопроса о соотношении конституционного истолкования нормы национального законодательства, данного Конституционным Судом Российской Федерации, и такого толкования Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее - Конвенция), данного ЕСПЧ, при котором та же норма становится несовместимой с Конвенцией. Таким образом, законопроект направлен на снятие возможных противоречий в оценках, даваемых ЕСПЧ и Конституционным Судом нормам российского законодательства. Указанная противоречивость может порождаться тем обстоятельством, что положения Конвенции обладают приоритетом по отношению к российским законам, но уступают по юридической силе положениям Конституции Российской Федерации.

Предлагаемое регулирование вызвало острую полемику. Оппоненты законопроекта полагают, что он, будучи принятым, позволит российским властям, опираясь на решения Конституционного Суда, блокировать исполнение решений ЕСПЧ¹⁰. Полемика вокруг законопроекта заставила федерального законодателя отложить его принятие. Возможно, он и не будет принят, в том числе в связи с нахождением иного, более оптимального механизма согласования решений Конституционного Суда и ЕСПЧ, исполнения решений последнего в Российской Федерации¹¹.

Представляется, что характеристика заложенной в законопроекте модели как позволяющей на основе решений Конституционного Суда блокировать решения ЕСПЧ, требую-

⁹ Законопроект подготовлен членом Совета Федерации А.П. Торшиным и внесен им в Государственную Думу в порядке законодательной инициативы 16 июня 2011 года.

¹⁰ Смотри, например: Александр Торшин отложил Евросуд на осень // Коммерсантъ. 2011. 18 июля.

¹¹ В. Д. Зорькин оценивает поиск путей органичного сопряжения национальных и наднациональных юридических институтов как приоритетную задачу для государственных и межгосударственных формирований, в том числе применительно к практике взаимоотношений Конституционного Суда Российской Федерации и ЕСПЧ. См.: Зорькин В. Д. Предел уступчивости / Росс. газета. 2010. 29 октября.

щие изменения российского законодательства, не вполне корректна.

Решение Конституционного Суда, которым может быть признано соответствующим Конституции регулирование, оцененное ЕСПЧ как несовместимое с Конвенцией, вовсе не означает "блокаду" исполнения соответствующего решения ЕСПЧ. Во-первых, решение Конституционного Суда в таком случае может означать, что проблема регулирования, приведшая к установленным ЕСПЧ нарушениям, заключается не в самом законе, а в практике его применения. Во-вторых, признание Конституционным Судом закона конституционным не означает само по себе, что действующая модель правового регулирования оптимальна, а значит, что решение Конституционного Суда вовсе не освобождает законодателя от заданной ЕСПЧ задачи оптимизации регулирования. Решение Конституционного Суда только переводит эту задачу из обязанности законодателя в его право. В-третьих, дефектность, приведшая к установленным ЕСПЧ нарушениям, может определяться не названным ЕСПЧ актом, а конкретизирующим его регулированием. Все это значимо для выбора стратегии исполнения уполномоченными органами Российской Федерации решений ЕСПЧ.

Кроме того, законопроект определяет, что следует считать исчерпанием всех имеющихся национальных средств правовой защиты по смыслу Конвенции, после чего лицо вправе обращаться в ЕСПЧ. В законопроекте говорится, что такие средства считаются исчерпанными, если по заявлению заинтересованного лица имеется вступивший в законную силу судебный акт Верховного Суда или Высшего Арбитражного Суда. Все-таки решение этого вопроса выходит за рамки полномочий законодателя, как и иных органов государственной власти Российской Федерации. Надо полагать, что это область компетенции ЕСПЧ.



G. Kūtris

*President of the Constitutional Court
of the Republic of Latvia*

L. Jurcēna

*Adviser to the President of the Constitutional Court
of the Republic of Latvia*

Principle of Judicial Independence in the Case-Law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia: Modern Trends

Introduction

I'll start by saying that I do not want to contradistinguish the words "classical" and "modern". I am convinced that the case law developed by Constitutional Courts should be considered a classical value. Obviously, life evolves, specific circumstances change, exceptional situations arise, which make the Court respond, possibly, in an untraditional way - modify classical tests, look for arguments and justification for some deviations from the limits set previously.

The Constitutional Court acts as the balancer of public interests. It assesses the balance between various rights, interests or principles of law; between the rights, on the one hand, and the need to ensure public interests, on the other hand. The judgment of the Constitutional Court is always influenced by the public interests of the given moments, which, due to various circumstances, can change (of course, within the limits defined by the Constitution).

Everything mentioned falls within the concept "development

of the constitutional jurisprudence". It is the specific feature of our work that we are as "modern" as the concrete circumstances, political decisions, economic situation, etc. make us.

Therefore I'll discuss the evolution of one concrete issue - the principle of the judicial independence in the case law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia.

During the recent years we have discussed the independence of the judiciary quite often (both in Bucharest and Rio de Janeiro, also during other conferences). However, I have chosen this issue to demonstrate the way the concrete circumstances influence the assessment of the issue by the Constitutional Court. Namely, the issues to be assessed and the references included in the judgments, as well as the way conclusions are substantiated, and the limits of the Court's jurisdiction are influenced.

In this paper I'll examine two judgments of the Constitutional Court connected with the principle of the judicial independence. These are judgments on the decrease of judges' remuneration. Both cases were initiated on the basis of constitutional complaints submitted by more than half of all Latvian judges (excluding the Constitutional Court Justices).

Before analysing concrete issues, I would like to point out two facts:

First, I fully agree to what was indicated in one of the judgments of the Constitutional Court: judges do not live in a social vacuum, and the concrete situation, whatever has caused it (a natural disaster, economic recession, the government's actions or failure to act or irresponsible decisions of the state), applies to them¹.

Secondly, in all its judgments thus far the Constitutional Court recognised that the legislator's actions are not in conformity with the Constitution. When the Constitutional Court made its first judgment, the judges received 62% of the remuneration envisaged by the law. When the Court made its second judgment, the judges were receiving remuneration in the amount of 38%, some - even in 33% of the one envisaged by the law. However, numbers (the amount of remuneration) was not the only reason, why these provisions were recognised to be unconstitutional.

¹ The Judgment of 18 January, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-11-01, para 10.3.

1. The Principle of Judicial Independence

The judicial independence is connected with a number of guarantees: guaranteed tenure of the judge (the procedure for appointing or approving judges, the qualification necessary for the appointment, guarantees of irremovability, conditions for promotion and transfer to another position, conditions for suspending and terminating the mandate), the immunity of the judge, financial security (social and material guarantees), the institutional (administrative) independence of a judge and the actual independence of the judiciary from the political influence of the executive power or the legislator. As the Constitutional Court indicated in its first judgment on the decrease of judges' remuneration: "all these guarantees are closely interlinked, and, if even one of them is disproportionately restricted, then the principle of the independence of judges is breached and thus the fulfilment of the basic court functions and ensuring human rights and freedoms come under threat"².

The judgments I refer to analyse one guarantee of the independence of judges - the financial security. The constitutional doctrine points out several aspects in judges' financial security. However, in all democratic states the judges' financial security is clearly recognised as one of the most essential elements in ensuring judges' independence³.

2. Concrete Circumstances that Influence the Examination of the Issue

The understanding of general values, including the independence of judiciary and democracy, depends upon the history and traditions of a state. In those states, in which quite recently a single partly ruled, it might be difficult to accept the understanding that the independence of the judiciary demands its separation from the political power⁴.

I already indicated that the examination of the issue by the Court is influenced by concrete circumstances. In the cases regarding the decrease of judges' remuneration, not only the

² The Judgment of 18 January, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-11-01, para 8.2.

³ The Judgment of 14 July, 2005 by the Constitutional Court of the Czech Republic in the Case Pl. US 34/04

⁴ The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 4, 2001, p. 54.

existing legal provisions, but also the arguments and the substantiation provided by the legislator and the executive power directly revealed the essence of the problem. Unfortunately, we can still talk about insufficient understanding of the significance and the meaning of the judicial independence.

The other factor, which influenced the Court's judgement in these cases, is the situation of economic recession (economic crisis) in Latvia. The decrease of judges' remuneration is one of the issues most directly linked with the crisis. Thus, not only the legislator's action, but also the substantiation and interpretation of the Court's judgement were influenced by "the crisis background".

3. Main Reasons for the Constitutional Court's Conclusions

Due to the already mentioned lack of understanding or, possibly, unwillingness to understand the importance of judicial independence, the Constitutional Court had to substantiate repeatedly in each judgement the vital importance of judicial independence in a democratic state.

Perhaps the Constitutional Court could arrive at the part of conclusions also without repeated references to obvious things. However, by responding to the lack of understanding of the judicial independence and the still unsecured position of the judicial power among other branches of power, and hoping that it is possible to educate and to inform society also with the help of the Constitutional Court judgments, the Court repeatedly indicated:

- the independence of the court and the judges is not an end in itself, but only a means for ensuring and strengthening democracy and the rule of law, as well as a mandatory pre-condition for realising the rights to a fair trial⁵;
- an effective realisation of human rights is impossible, if the judges are not independent⁶;
- the independence of judges guarantees the safeguarding of the rule of law in the interests of the society and the state⁷.

⁵ The Judgment of 18 January, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-11-01, para 7

⁶ *ibid.*, para 7.1.

⁷ *ibid.*, para 7.2.

The Court indicated in its judgments that decisions directly influencing the actions of the judiciary and the functioning of courts, i.e., the issues of funding, the number of judges, the necessary staff, its competence requirements, remuneration and other issues, can be taken solely by the legislator.

3.1. *The Legislators' Discretion and Obligation to Listen*

The Constitutional Court in several of its judgments has referred to the legislator's discretion in different fields and about the "duty to listen to and to assess" in the legislative process.

For example, in the case, when the Constitutional Court examined the rights to social security, the Court indicated that in the process of drafting the law, the Parliament performs its duty to listen to and to assess in the framework of legislative procedure. To meet the requirement of listening it is sufficient that the opinion of the respective person has been made known orally or in writing to the Parliament, namely, to the members of the committee in charge⁸.

The Court provided a detailed analysis and substantiation of the Parliament's duty to "listen and to assess" in its judgments on the decrease of judges' remuneration. In this case it is important that the Court not only assessed, whether this legislator's duty had been adequately ensured, but also provided motivated, clear indications as to what this legislator's duty included, if the decisions that affect the functioning of the judiciary are taken.

The Court pointed out that the legislator, prior to taking decisions on the functioning of courts - both on issues linked to the budget, as well as other issues related to the realisation of the functions of the courts, must give a possibility to the judiciary or an independent institution, representing the judiciary, to express their opinion on issues affecting the functioning of courts⁹. Listening to the opinion of the judiciary in the context of the division of power means that in case, if this opinion is not taken into consideration or is only partially taken into consideration, the legislator has the duty to provide substantiation of its actions in the scope that, if the Constitutional Court would have to assess the

⁸ The Judgment of 29 October, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2010-17-01, para 10.1.3.

⁹ The Judgment of 18 January, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-11-01, para 8.1.

constitutionality of the legislator's action (the decision adopted), this substantiation would provide all the necessary information needed to perform the proportionality test¹⁰.

The Constitutional Court in its judgement, on the basis of the principle of the division of power, outlined the limits, at the same time leaving room for the legislator's discretion as set out in the Constitution. Namely, the legislator can elaborate a separate procedure for deciding on issues significant for the judicial power. The legislator is entitled to establish a separate committee for deciding on these issues (similarly as in Canada in connection with judges' remuneration). In our case the legislator thus far has not defined special procedures; but for listening to the opinion of the judiciary, the Council for the Judiciary is used.

Simultaneously, the Constitutional Court pointed out risks, namely, that the involvement of some representatives of the judiciary in solving the issue of judges' remuneration should be avoided. It can adversely impact the public trust in the independence and objectivity of courts. When budget issues are debated, the judicial power, undeniably, is in a weaker position compared to the other branches of power. Thus, direct negotiations between the legislator and separate representatives of the judiciary is not the most appropriate way of communicating between the branches of power, since in such negotiations the legislator has at least the perceived possibility to influence the judiciary and its decisions, but even such a perceived possibility is inadmissible¹¹.

Listening to the opinion of the judiciary, when dealing with issues essential for its functioning, is the legislator's obligation, which follows from the principle of the division of power. Thus, not only the scope of legislator's discretion is different, namely, to listen to the judiciary and to substantiate its decision, but also the competence of the Constitutional Court in assessing, whether the opinion of the judiciary has been listened to and taken into consideration, and whether substantiation has been provided in those cases, when this opinion has not been or has been only partially taken into consideration¹². In view of the "sensitivity" of the issue,

¹⁰ The Judgment of 22 June, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-111-01, para 29.1.p.

¹¹ Judgment of 18 September, 1997 by the Supreme Court of Canada in the case Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, [1997] 3 S.C.R. Ref. 3.

¹² The Judgment of 22 June, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-111-01, para 29.2.p.

both powers should listen to the other's opinion and treat it with special respect and true understanding.

3.2. *Indications to the Legislator*

It must be admitted, that the background mentioned before - the insufficient understanding of the place of the judicial power and the system of division of power and the significance of its independence - has been the reason why these judgments contain several "indications" and "hints" to the legislator.

In a democratic country governed by the rule of law, considering the scope of functions given to the institutions of state authority, the identification and elimination of the insufficiencies in legal regulation primarily falls within the competence of the legislator. However, the duty of effective co-operation between the branches of power not only allows, but also imposes the obligation upon the Constitutional Court to draw the legislator's attentions to inadmissible actions or better solutions.

In the judgments on the decrease of judges' remuneration the Constitutional Court is discussing at length the need to have a stable and long-term system of remuneration for judges, since only such a system creates financial security.

In view of the fact that the execution of the judgement made the legislator introduce amendments in the regulation on judges' remuneration, the Constitutional Court outlined clear "red lines" for the legislator, which follow from the Constitution:

a) it is impossible to develop a new remuneration system in a period of crisis or under the influence of a crises (a temporary situation), when a system, which complies with the Constitution and the international requirements, is already functional. It would not comply with the principle of the independence of courts and judges, since in a democratic state the system of judges' remuneration must function in the long-term¹³.

b) when deciding on the development of a new system in the absence of crisis, taking into consideration that the procedure for setting judges' salaries should be independent, effective and impartial, the Constitutional Court pointed out the logical steps in the legislative procedure and the legislators' duties:

¹³ The Judgment of 18 January, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-11-01, para 11.5.

- to substantiate the need for the new system in such a scope that in case, if the Constitutional Court had to assess its compliance with the Constitution, this substantiation would provide all information necessary for assessment;

- to listen to the opinion of an independent institution representing the judiciary, respecting it in accordance with the principle of the division of power;

- if this opinion is not taken into consideration or is only partially taken into consideration, provide a substantiation for one's actions in such a scope that in case if the Constitutional Court had to assess its compliance with the Constitution, this substantiation would provide all information necessary for examination;

- to set a sufficient transition period, allowing the judges, who have chosen their position for life, to re-qualify for an equal position¹⁴.

c) during a period of crisis the remuneration may be decreased, if equality and solidarity requirements are met. Namely, not only the amount of remuneration of concrete persons, but also the scope of work, different functions, requirements and restrictions set for the office in all branches of power - judges, the representatives of the legislative and executive power, as well as independent institutions should be taken into consideration, moreover, the option of giving up certain functions or the possibility of decreasing the number of positions should be considered¹⁵.

d) the Constitutional Court defined "appropriate salary" for judges. Such remuneration for judge's work could be regarded as appropriate, which is commensurate with the office of a judge, i.e., firstly, it is sufficiently competitive to attract to the position of a judge capable and competent lawyers. Secondly, the salary is sufficient for the judges to enjoy adequate financial independence, taking into account the significance and the impact of the decisions taken by judges, the prohibition set in the law to hold another job, as well as the workload of judges¹⁶.

e) the principle of the division of power does not define special arithmetic proportions between the levels of remuneration in different branches of power¹⁷. However, setting judges' remuner-

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ *ibid.*, para 19

¹⁶ *ibid.*, para 20.

¹⁷ *ibid.*, para 21.4.

ation on the basis of the legislator's political will is contrary to the principle of the division of power and the judicial independence. If the legislator were given unlimited rights to influence the judges' salaries according to its own political choice, the concept of judicial independence would become meaningless¹⁸.

3.3. Influence of Crisis upon Conclusions of the Constitutional Court

The majority of the courts represented here have examined the decreasing of judges' remuneration and social guarantees in different contexts, under different circumstances, in different periods of time. Poland, Lithuania, the Czech Republic, Russia, Estonia, Slovenia, Germany. Each case followed from different circumstances, in each case different legal regulation was assessed.

In none of these countries (just like in Latvia) the Constitution contains expressis verbis prohibition to decrease judges' remuneration. Article 83 of the Constitution of the Republic of Latvia states that "judges shall be independent and subject only to the law." In assessing, whether this provision contains a prohibition to decrease the judges' remuneration, the Constitutional Court evaluated the scope and content of the principle of the judicial independence not only in interconnection with other norms and principles of the Constitution, but also by considering Latvia's international commitments in the field of human rights.

The Constitutional Court established that the requirement to safeguard judges' remuneration and other guarantees follows from the principle of the independence of courts and judges, which aims to protect judges against any kind of influence: of the legislator, the executive power, institutions and officials, various organizations, commercial structures, legal and natural persons. Thus, Article 83 of the Constitution contains the prohibition to decrease judges' remuneration set by the law during their term in office.

At the same time the Court pointed out that the prohibition to decrease the judges' remuneration during the term in office (mandate) does not mean that any actions of the legislator, which,

¹⁸ The Judgment of 22 June, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-111-01, para 14

could, possibly, have a negative impact upon the judges' remuneration, are absolutely prohibited¹⁹. Thus, a temporary decrease of judges' remuneration is admissible in the presence of serious, socially justifiable reasons and if it is decreased in compliance with the principles enshrined in the Constitution²⁰.

It is possible to make the financial and material conditions for court functioning worse and to decrease judges' remuneration only by law in special exceptional cases and for a short term - until the financial and economic circumstances of the state are particularly hard. However, even under particularly difficult economic conditions, neither the funding of the courts, nor the judges' remuneration can be decreased to the point that the courts are no longer able to fulfil their constitutional function - to administer justice. The safeguards for judges' independence must be ensured always - both during the exceptional situation that has arisen in state and after it is over²¹.

Conclusion

The judiciary must fit organically into society and it needs to be approved (accepted) and respected by the society. The judiciary itself and also the legislator and the executive power have a significant role in achieving and ensuring that²².

The Constitutional Court has already examined three cases on the decrease of judges' remuneration (the third is almost the same as the second one). Currently the new case is pending. The first judgement was passed on 18 January 2010. We plan to pass the fourth one at the end of year 2011. Considering the circumstances of the concrete case, it seems that the Constitutional Court is not fated to fall behind "modernity". Thanks to the legislator and the applicants, who allow us to develop the constitutional jurisdiction.

Thank you all for your attention.



¹⁹ The Judgment of 18 January, 2010 by the Constitutional Court of the Republic of Latvia in the Case No. 2009-11-01, para 10.3.

²⁰ Ibid., para 11.4.

²¹ Ibid.

²² Ibid., para 10.3.

А. Головин

Председатель Конституционного Суда Украины

Превентивный и последующий судебный конституционный контроль как важная составляющая государственного механизма защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина

Прежде всего разрешите выразить глубокую благодарность болгарским коллегам за приглашение принять участие в торжественном мероприятии, посвященном 20-ой годовщине Конституционного Суда Болгарии, а также в Конференции, посвященной изучению актуальных проблем применения судебного конституционного контроля для защиты прав и свобод человека и гражданина, и предоставленную возможность выступить с докладом. Тема, предложенная к рассмотрению уважаемым собранием, безусловно, выбрана не случайно, ведь на современном этапе развития международного сообщества проблема защиты прав и свобод человека и гражданина перестала быть прерогативой одного или нескольких отдельно взятых государств, приобрела международный характер.

С принятием в июне 1996 года Конституции Украины в ней были гарантированы конституционные права и свободы человека и гражданина.

Конституция ввела государственный механизм защиты указанных прав и свобод, важной составляющей которого является Конституционный Суд Украины, который обеспечивает исполнение данной функции в пределах и на основании своих конституционных полномочий, в том числе путем осуществления судебного конституционного контроля.

В соответствии с Конституцией Украины Конституцион-

ный Суд Украины как единственный орган конституционной юрисдикции является составляющей общей судебной системы. Он состоит из 18 судей, которых равными квотами назначают Президент, парламент и съезд судей.

К полномочиям Конституционного Суда отнесено:

– решение вопросов о соответствии Конституции законов и иных правовых актов Верховной Рады Украины, актов Президента Украины и Кабинета Министров Украины, правовых актов Верховной Рады Автономной Республики Крым;

– официальное толкование положений Конституции и законов;

– дача заключений о конституционности действующих международных договоров и тех договоров, которые вносятся в парламент Украины для дачи согласия на их обязательность, о соблюдении конституционной процедуры расследования и рассмотрения дела о смещении Президента Украины с поста в порядке импичмента.

Как я сказал, Конституционный Суд Украины является обязательным участником процесса внесения изменений в Основной Закон государства. К его полномочиям относится осуществление превентивного конституционного контроля законопроектом по данному вопросу и дача заключения об их соответствии требованиям Конституции Украины. В частности, в соответствии с предписанием Конституции Основной Закон не может быть изменен, если изменения предусматривают упразднение либо ограничение существующих прав и свобод человека и гражданина, что является одной из гарантий их соблюдения.

Наличие такого заключения в соответствии с Конституцией Украины является обязательным условием перед рассмотрением парламентом законопроекта о внесении в нее изменений.

Конституционный Суд Украины за время своей деятельности рассмотрел ряд дел такой категории и неоднократно выносил вердикт о неконституционности изменений, которые предлагалось внести в Основной Закон Украины.

Следует также указать, что полномочия осуществлять превентивный конституционный судебный контроль не ограничиваются исключительно исследованием законопроектов

о внесении изменений в Конституцию Украины. К функции конституционного судебного контроля следует отнести также дачу заключений о конституционности договоров, которые вносятся в Верховную Раду Украины для дачи согласия на их обязательность, о соблюдении конституционной процедуры расследования и рассмотрения дела о смещении Президента Украины с поста в порядке импичмента.

Таким образом, Конституционный Суд Украины, реализуя свои полномочия превентивного конституционного контроля, по сути, выступает барьером на пути намеренных или ненамеренных нарушений Конституции Украины, в том числе ограничения или упразднения конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Не менее важным направлением в деятельности единственного органа конституционной юрисдикции Украины является осуществление последующего конституционного контроля конституционности законов и иных правовых актов высших органов государственной власти.

Согласно Основному Закону Украины законы и иные правовые акты по решению Конституционного Суда Украины признаются неконституционными полностью или в отдельной части, если они не соответствуют Конституции Украины либо если была нарушена установленная ею процедура их рассмотрения, принятия и вступления в силу.

Конституционный Суд Украины также в своих правовых позициях предостерегает, что перераспределение конституционной компетенции возможно лишь путем внесения соответствующих изменений в Конституцию Украины.

Судьи Конституционного Суда Украины соглашались с мнением ведущих ученых-конституционалистов, что последующему контролю подлежат лишь вопросы соблюдения конституционной процедуры рассмотрения, принятия, вступления в силу таких законов. Действительно, после вступления в силу закона о внесении изменений в Конституцию отдельные его положения приобретают статус конституционных и не подпадают под юрисдикцию Конституционного Суда. Тем более что эти положения, как и весь текст такого закона, уже были предметом превентивного конституционного контроля.

К изложенному следует добавить, что нарушение определенных положений Конституции не имеет срока давности. В практике отечественного и зарубежного конституционного судопроизводства имели место случаи, когда исследовались и признавались неконституционными правовые акты, действовавшие не только шесть лет, но и намного дольше.

Это не только обеспечивает стабильность конституционного порядка в государстве, гарантирование конституционных прав и свобод человека и гражданина, целостность, неизбылемость и непрерывность действия Конституции, ее верховенство как Основного Закона государства, но и служит напоминанием для участников законотворческого процесса, что любое нарушение конституционных предписаний, какими бы целями оно не оправдывалось, в конечном счете, будет оценено соответствующим образом.

Относительно осуществления Конституционным Судом Украины последующего конституционного контроля следует также отметить, что за 15 лет деятельности он рассмотрел вопросы конституционности норм более 150 законов и иных правовых актов, из которых более ста положений были признаны неконституционными, что соответственно имело следствием утрату ими силы со дня принятия Конституционным Судом соответствующего решения.

В большинстве случаев основанием для признания неконституционными указанных норм права было нарушение ими основополагающих прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конституцией:

- неотъемлемое право человека на жизнь;
- право на личную неприкосновенность и свободу передвижения;
- право на объединение в профессиональные союзы;
- право на получение безвозмездной медицинской помощи;
- право на социальную защиту;
- право на частную собственность и т.д.

Подоживая сказанное, можно прийти к заключению, что функции превентивного и последующего конституционного контроля, осуществляемые Конституционным Судом Укра-

ины, являются важной составляющей общегосударственных мер гарантирования прав и свобод человека и гражданина.

При этом, если, осуществляя превентивный контроль по законопроектам о внесении изменений в Конституцию Украины, Суд предупреждает возможные нарушения этих прав, то, выполняя функцию последующего конституционного контроля, он совершенствует отечественную систему законодательства, де-факто удаляя с правового поля государства законы и иные правовые акты, которыми неконституционным способом были урегулированы определенные правоотношения, в том числе в области соблюдения и реализации конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Следует также подчеркнуть, что конституционный судебный контроль не ограничивается реализацией указанных полномочий, но и осуществляется в процессе официального толкования Конституционным Судом Украины Конституции и законов Украины.

Во-первых, осуществляя толкование Основного Закона, Конституционный Суд Украины делает невозможным применение разъясненных конституционных норм субъектами правоприменения иным способом, тем самым выполняя свою задачу быть гарантом верховенства Конституции Украины.

Во-вторых, дача официального толкования всегда соотносена и прямо зависит от одновременного решения вопросов о соответствии законов Конституции Украины, поскольку официальному толкованию Конституционного Суда Украины подлежат исключительно законы, соответствующие Конституции Украины. Поэтому их официальному толкованию предшествует выяснение вопроса о соответствии их Конституции Украины (конституционности). Если окажется, что закон не соответствует Конституции Украины, противоречит ей, он должен быть признан неконституционным со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Следовательно, официальное толкование законов по своей правовой природе содержит элементы судебного конституционного контроля. Именно поэтому в соответствии с Законом Украины “О Конституционном Суде Украины” в случае, если в процессе рассмотрения дела, в том числе по конституционному обращению (то есть письменному хода-

тайству об официальном толковании Конституции и законов Украины), выявлено несоответствие Конституции Украины иных правовых актов, кроме тех, по которым открыто производство, Суд признает их неконституционными.

Этим же Законом непосредственно регламентировано, что в случае, если при толковании конкретного закона будет установлено наличие признаков его несоответствия Конституции Украины, Конституционный Суд Украины в том же производстве решает вопрос о неконституционности соответствующего закона.

Конституционный Суд Украины неоднократно применял указанные положения Закона Украины “О Конституционном Суде Украины” и признавал неконституционными нормы законов и других правовых актов в ходе рассмотрения дел об их официальном толковании.

Кстати, предоставление Конституционному Суду Украины полномочий решать вопросы конституционности положений законов, относительно которых подано ходатайство об официальном толковании, является не только логичным, но и актуальным в аспекте отсутствия в правовом поле государства института конституционной жалобы.

Не могу не сказать, что в Украине активно ведется дискуссия о необходимости внедрения института конституционной жалобы.

Это вопрос времени, и я уверен, что рано или поздно он будет решен.

Осознавая важность данного вопроса, Конституционный Суд Украины и Венецианская комиссия запланировали совместную международную конференцию на тему: “Защита прав и свобод человека органами конституционной юстиции: возможности и проблемы индивидуального доступа”. Это мероприятие, приуроченное к 15-летию Конституционного Суда Украины, состоится в сентябре с.г. в рамках программы председательства Украины в Комитете министров Совета Европы, что придает данной тематике особенное звучание в Украине. И я, пользуясь случаем, приглашаю Вас, уважаемые коллеги, принять в нем участие.

Благодарю за внимание и до встречи в столице Украины – древнем городе Киеве!

Желаю всем плодотворной работы.

Еще раз от имени Конституционного Суда Украины поздравляю судей Конституционного Суда Болгарии, моих коллег со славной юбилейной датой и желаю дальнейших успехов.



Б. Ненадич

*Судья Конституционного Суда
Республики Сербия*

Основные характеристики конституционного контроля в современной Сербии

Конституционное правосудие в Республике Сербия через более чем четыре десятилетия после его введения¹ в тексте Конституции 2006 года (принятой по модели и образцу конституций европейских либерально-демократических государств) заняло место центрального конституционного института. Действующей Конституцией закреплён институт Конституционного Суда, являющегося, по словам Ла Перголы, "краеугольным камнем конституционной демократии". В нашей современной конституционной литературе этот "блюститель" Конституции называется ещё и "символом конституционного государства", "первоклассным демократическим институтом", "главным носителем процесса перехода к европейским стандартам" и т.п.

Конституционный контроль как отдельная государственная функция умело включен (скомпонован) Конституцией в систему разделения властей и защиты прав и свобод человека. Конституционный контроль не является частью судебной функции (на что могли бы указывать название органа, осуществляющего его - суд, и способ его выполнения - разрешение споров и назначение санкций), а также частью конституционной и законода-

¹ Конституционный контроль как отдельная государственная функция, осуществление которой возложено на государственный орган в лице Конституционного Суда, введен в Республике Сербия в 1963 году. Естественно, со временем положение и полномочия Конституционного Суда менялись и отличались на определенных этапах государственного и конституционного развития Сербии. В частности, заметны изменения роли и полномочий Конституционного Суда, внесенные Конституцией 2006 года, которые привели к повороту в осуществлении конституционно-судебного контроля в Сербии. Его полномочия данной Конституцией расширены и изменены во многих аспектах, а также и его состав и способ избрания судей.

тельной функции, несмотря на то, что осуществление конституционного контроля в определенных его сегментах напоминает эти функции (особенно, когда Суд действует как "негативный законодатель") и что, по сути, они дополняют друг друга. Конституционный контроль на основании Конституции Сербии - функция *sui generis* не только потому, что ее выполнение возложено на государственный орган специального ранга и статуса, но и потому, что она самостоятельная, отличающаяся по своему назначению и целям, предмету защиты и критериям, порядку осуществления, последствиям в отношении правового порядка, возникающим в результате ее выполнения, эксклюзивному действию решений, то есть санкций по отношению к тем, кто нарушает Конституцию как право наивысшего ранга. Она по своей сути и характеру может быть репрессивно-контрольной, а также и коррективно-креативной. Она может не только предоставлять и защищать право, но и ограничить и приостановить, она может приказывать и запретить.

После принятия Конституции 2006 года ожидалось, что Конституционный Суд в последующий период не только на бумаге, но и в реальности выполнит свою роль главного контролера уважения и применения Конституции всеми носителями политической власти в государстве (законодательной, исполнительной и судебной), одновременно защищая и укрепляя основы демократического конституционного государства - верховенство права над политикой и личную свободу и достоинство, которые невозможны без осуществления и защиты конституционности и основных прав и свобод граждан.

На самом деле Конституционный Суд после демократических перемен в Сербии в 2000 году, цитируя слова Н. Димитриевича, "достаточно неожиданно" вышел на передний план², стремясь приобрести роль независимого, компетентного и авторитетного "блюстителя" Конституции³, в основную задачу которого входит "введение принципа конституционности в Сербии" и обеспечение доминирования Конституции над политикой и превалирования конституционных норм над

² Dimitrijević N. „Ustavna demokratija shvaćena kontekstualno“, Beograd, 2007, str. 125.

³ Функционирование Конституционного Суда в данном периоде было дополнительно обременено требованиями в отношении его независимости, легитимности и авторитета, то есть необходимости "освобождения" от статуса, которым он обладал в предыдущей системе и восприятия Суда общественностью как "воздержанного и робкого" органа в отношениях с политической властью.

всеми остальными правовыми актами и действиями государственной власти в целом.

Можно сказать, что правовые предпосылки для такого функционирования Конституционного Суда обеспечены Конституцией Сербии, предоставившей достаточно оснований для введения эффективного и всеобъемлющего (универсального) конституционно-судебного контроля. Однако конституционная демократия требует не только строгого соответствия Конституции как наивысшей правовой форме нормативных актов и действий государственных органов и наблюдения мощного института в лице Конституционного Суда за применением и уважением Конституции, но и чтобы манера поведения в соответствии с Конституцией стала моделью поведения для всех без исключения, то есть чтобы конституционные ценности и культура, связанные с такой конституционной концепцией демократии, проникли в общество в целом. Иными словами, в обществе необходимо наличие всеобщего консенсуса и "готовности всех действующих лиц политической общины" (М. Пайванчич) воплотить основные конституционные ценности в конституционную действительность и поддержать роль Конституционного Суда в этом процессе.

Однако следует напомнить, что в Сербии уже более десятилетия происходит процесс установления и поддержания демократической конституционной системы и переходный процесс в Сербии - что порою случается и в других европейских постсоциалистических странах - сопровождается большими трудностями и многочисленными проблемами, в том числе и проблемами, связанными с сохранением ее территориальной целостности. Создается впечатление, что период, составляющий десять и более лет демократического переходного процесса, в Сербии уже давно прошел, образно сказано "истек", а стандарты конституционной демократии, заложенные в ее Конституции, все еще не достигнуты во всех сегментах.

I

В качестве базы конституционного правосудия в Сербии с момента его введения до сегодняшнего дня принята и сохраняется европейско-континентальная модель, основывающая-

ся на учении Кельзена о конституционном суде как защитнике конституции и его превосходстве над законами и всеми другими правовыми актами. Бывшие конституционные рамки основных полномочий Конституционного Суда были аналогичны существующим в большинстве европейских традиционных демократий. Однако Конституционный Суд Сербии сегодня выделяется среди других как один из конституционных судов, имеющих самые объемные и весьма гетерогенные полномочия. Конституцией 2006 года указанные рамки значительно расширены. Наряду с основными традиционными функциями защиты конституционности (и законности)⁴ и разрешения споров о компетенции (которые и сами в отношении предмета контроля и форм контроля Конституцией значительно изменены и расширены), Суд наделен еще одной новой важной функцией - непосредственной защитой прав и свобод человека и меньшинств. Эта функция значительно изменила характер существующего до того момента конституционного правосудия в Сербии, создавая одновременно ясный перелом в осуществлении конституционного контроля в целом. При этом в полномочия Суда вошли и многочисленные новые споры, включая и те, которые очень редко встречаются в перечне полномочий современных конституционных судов⁵.

Даже самый общий просмотр положений статьи 167 Конституции показывает, что автор Конституции до предела расширил полномочия Конституционного Суда в защите Конституции и что предметом конституционно-судебного контроля помимо законов и других общих актов стали и международные договоры⁶, затем отдельные акты и действия

⁴ О конституционном контроле законов, см. подробнее Мијановић Г. *Контрола уставности закона, Сарајево, 2000*, стр. 81 и далее, Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд, 2008, стр. 537 и далее, М. Пајванчић, *Уставно правно-уставне институције*, Нови Сад, 2003, стр. 300 и далее и Б. Ненадић, *Особеност контроле уставности закона према Уставу Републике Србије*, Сборник Правног факултета у Нишу, Ниш, 2007, стр. 51 и далее.

⁵ Это, прежде всего, споры по жалобам на решения Высокого совета правосудия и Государственной палаты прокуроров, оценка конституционности актов и деятельности различных объединений, оценка законности общих актов предприятий и других субъектов и др.

⁶ В осуществлении нормативного контроля Суд обязан "сохранить и защитить" установленные Конституцией отношения между правовыми актами в правовой системе страны, что проявляется как принцип конституционности (и законности). Суд это делает путем осуществления непосредственного нормативного контроля, который из-за сложности отношений, установленных в правовом порядке Республики и разнообразия общих актов, осуществляет через различные виды и порядки разрешения "абстрактных конституционных споров". Это генеральный, централизованный контроль, который может осуществлять только Конституционный Суд и который не исключает ни одного общего акта в правовом порядке страны (кроме, по нашему мнению, необоснованно, Конституционного закона "О выполнении Конституции").

всех органов государственной власти без исключений - законодательной, исполнительной и судебной, а также конституционность деятельности всех форм объединений (от политических партий до религиозных общин). Очевидно, намерение автора Конституции заключалось в том, чтобы Конституционный Суд своими полномочиями в конечном итоге охватил все виды нарушений Конституции и решал их как конституционно-правовые споры. Это Суд, который в ходе осуществления своих полномочий проводит почти двадцать различных судопроизводств.

Выполнение утвержденных Конституцией полномочий приводит к разнообразной роли Конституционного Суда в жизни современной Сербии как правового государства. Оценкой конституционности (и законности) права в формальном и материальном смысле⁷, сейчас определяемой Конституционным Судом не только *a posteriori*, но и *a priori (ex ante)*, которая в соответствии с Конституцией распространяется и на оценку соответствия национального права международному праву, Суд существенным образом согласует и "гармонизирует" правовой порядок страны, то есть "обеспечивает единство многослойной и сложной правовой системы Республики Сербия", которая состоит из норм национального и международного права. Конституционное определение места международных конвенций в правовой системе Сербии как непосредственно применяемых актов, имеющих сверхзаконодательную правовую силу, предоставило Конституционному Суду возможность возникновения "экстрауровня" интерпретации в осуществлении функции конституционного контроля, что дает Суду возможность выйти за традиционные рамки толкования национального права. Это особенно важно для Сербии как члена Совета Европы в аспекте уважения и обеспечения защиты основных прав и свобод человека в соответствии со стандартами, выработанными преимущественно через практику Суда в Страсбурге. Это важно и для Сербии как страны-кандидата присоединения к Европейскому союзу в аспекте уважения и применения основопо-

⁷ С момента введения конституционно-судебного контроля до настоящего времени в рамках Конституционного Суда объединен контроль конституционности и законности, что получило оценку как рациональное и оправданное, потому что таким образом более эффективно достигается защита единства правового порядка.

лагающих принципов и решений, на которые опирается право Европейского союза.

Более того, Конституционный Суд затем назначен "главным", то есть "конечным" гарантом защиты прав и свобод человека на национальном уровне, именно в качестве последней инстанции в защите этих прав в Республике Сербия до обращения в международные институты, компетентные по вопросу осуществления и защиты основных прав человека. При этом роль Конституционного Суда заключается не только в гарантировании основных прав человека и обеспечении их действенной защиты, как это определено Конституцией, но и в возможности Суда ограничить отдельные права, которые могут способствовать созданию условий для развала конституционной демократии (когда ими злоупотребляют или они используются в целях призыва к насильственному свержению конституционного строя, нарушению гарантируемых прав человека и меньшинств или к подстрекательству расовой, национальной или религиозной нетерпимости и ненависти).

Разрешая споры о компетенции по горизонтали - между органами законодательной, исполнительной и судебной власти, и по вертикали - между органами государства Сербия и органами ее автономных краев и единиц местного самоуправления, Конституционный Суд выступает в роли гаранта сохранения установленного равновесия и отношений между отдельными государственными органами в системе разделения властей (*checks and balances*).

Суду выпала также роль эксклюзивного арбитра по вопросам нарушений в процессе выборов важнейших носителей государственной власти в стране, а также принятия решения о том, нарушил ли глава государства Конституцию в ходе осуществления своей функции. И, наконец, разрешая споры о защите права на территориальную автономию и права на местное самоуправление, споры, возникшие в связи с оценкой конституционности деятельности политических партий, объединений граждан, профсоюзных организаций и религиозных общин, Конституционный Суд способствует "поддержанию необходимого общественно-политического порядка в стране", то есть достижению "всеобщей общественной гармонии".

II

В связи с утвержденными таким образом полномочиями и ролью Конституционного Суда вновь возникли вопросы: *первый* - должен ли Конституционный Суд разрешать только споры "подлинно правовой природы" или Суду больше чем до сих пор придется заниматься и разрешением споров, имеющих явно политическое значение, проникая таким образом также в сферу политического принятия решений, то есть "политической юриспруденции"; *второй* - указывает ли общий просмотр всех полномочий Конституционного Суда и вытекающая из этого его тесная связь с кругом обязанностей других властей, прежде всего законодательной, на то, что у Суда "будет доля и в политическом управлении страной". Также открытым остается вопрос о том, может ли Конституционный Суд в новом демократическом строе, установленном, то есть прокламированном Конституцией, позволить себе применять при осуществлении конституционного контроля модель "абсолютного судебного нейтралитета", то есть "осторожной судебной сдержанности", или он должен как конституционные суды большинства стран переходного периода следовать по пути "новой судебной активности"; является ли судебный "позитивизм" исключительно желаемым в деятельности Конституционного Суда или необходимо, чтобы Суд отошел от "твердо определенной должности" рассматривать только "удобность", то есть "соответствие" правовых норм Конституции.

Не имея возможности в данном докладе подробно ответить на эти вопросы, скажу только, что Конституция, кроме правового, представляет собой и политический акт, что трудно "резко" разделить эти два вида споров (потому что право и политика не являются и не могут рассматриваться а priori как две противостоящие вещи), что Конституционный Суд в разрешении конституционных споров из-за их природы всегда находится, как говорят немецкие юристы - конституционалисты, "на пересечении права и политики". Естественно, при разрешении споров, автором Конституции определенных как конституционные споры, Конституционный Суд никогда не должен касаться "основных областей законо-

дательной, исполнительной или судебной власти"⁸, и свои критерии для принятия суждения (решения) всегда обязан находить только в действующем конституционном праве и его основополагающих позициях и принципах, а не в политических, социальных или экономических представлениях о целесообразности⁹. Суд, наконец, принимая решение, всегда должен стремиться к "подлинной справедливости" под "шапкой" Конституции.

В своей новейшей практике Конституционный Суд Сербии неоднократно находился в ситуации разрешать не "подлинно правовые" конституционные споры, то есть споры с большей или меньшей дозой политических элементов, а даже споры о конституционности законов, регулирующих самые чувствительные политические вопросы. Приведем в качестве примера законы о приватизации, государственном долге на базе старых валютных сбережений и об отдельных формах денационализации, об избрании депутатов республиканского и муниципальных собраний (вопросы порядка распределения мандатов, числа представителей национальных меньшинств в представительских органах, характера мандата народных представителей, "партийного отзыва" и "бланко отставки" и т.п.), о несовместимости функций и запрещении конфликта интересов, об информировании, то есть свободе средств массовой информации, о правах заключенных в Гаагском трибунале, о реабилитации, о церквях и религиозных общинах и т.д. Суд в данном периоде не миновали споры в связи с обращениями государственного прокурора по вопросу запрещения деятельности политических организаций, то есть объединений.

Конечно, в осуществлении конституционного контроля Конституционный Суд обладает определенной свободой в отношении толкования конституционных норм, то есть "прочтения" текста Конституции в измененных обстоятельствах. Благодаря значительной "дискреционной власти в отношении творческой интерпретации" (Гейгер), Конституционному Суду предоставлена возможность установить рациональную связь между значением конституционных и других правовых

⁸ H. J. Papier, *Pravna država i ustavno pravo*, Zbornik "Ustavno sudstvo u teoriji i praksi", KAS, Beograd, 2010. - С. 32-33.

⁹ *Ibidem*.

норм и реальной общественной и политической обстановкой. Значит, для Конституционного Суда недостаточно только "провозгласить право", то есть конкретизировать правовые нормы через формальное толкование Конституции, а необходимо значительно больше этого, а именно, чтобы Суд выступал как "творческий интерпретатор Конституции", то есть как институт, который своими творческими усилиями действует в духе Конституции в целом и Конституции как высшей правовой формы в стране, защищающий права человека и общество от "любой государственной власти".

В определении роли Конституционного Суда любая крайность недопустима. С одной стороны, доминирование политической и иной целесообразности в способе рассуждения данного суда представляло бы дискредитацию идеи конституционно-судебного контроля, а с другой стороны, от этого суда нельзя ожидать, что будет поступать как "техник-механик" в строго позитивистском смысле и изолированно от окружающей его действительности. Конституционные споры, входящие сегодня в полномочия Конституционного Суда, по своей природе являются правовыми спорами со значительным политическим содержанием, однако роль Конституционного Суда в разрешении этих споров заключается в обеспечении судом "подлинного прочтения" Конституции, ведении и направлении конституционной действительности "в оптимальной мере" (В. Зорькин) к конституционной норме как желаемой цели.

Следовательно, выступая за судебный, правовой аспект конституционного контроля Конституционным Судом как основной, а также за его независимость и нейтральность, данный институт сегодня не может лишиться разрешения споров, предметом которых являются вопросы, имеющие более широкое политическое значение и требующие от Суда умелого подхода к толкованию конституционных норм. От Суда справедливо ожидается установить рациональную и разумную связь между конституционными позициями и принципами и демократическим конституционным строем, особенно в ситуациях, когда конституционные нормы и действительность не находятся в согласии. С преодолением несоответствия между "нормативно-ценностным" и "реальным", то

есть "действительным", заметного в странах переходного периода, какой является и Сербия, конституционные суды этих стран сталкиваются ежедневно. Поэтому толкование конституционных норм данными конституционными судами сегодня оказывается чрезвычайно сложной интеллектуальной работой, так что судьям недостаточно хорошо известных методов, грамматической, исторической и логической интерпретации, а судьи должны понять смысл Конституции в целом и ответственно учесть все последствия, к которым их решения могут привести в реальности.

По этой причине Конституционный Суд Сербии в настоящее время гораздо больше, чем раньше склоняется к толкованию так называемых "базовых принципов", то есть "основных начал" Конституции при непосредственной опоре на международные стандарты, что Суду обеспечивает и дает возможность определенной свободы в реализации его функции "блюстителя" Конституции, то есть носителя конституционного контроля.

Именно толкованием основных конституционных начал и принципов, на которых основывается утвержденный Конституцией строй современной Сербии, посредством большого количества решений с 2002 года по настоящее время Конституционный Суд во многом способствовал их практическому воплощению в жизнь. Например, в своих решениях о конституционности законов о судах и государственной прокуратуре, то есть избрании на должности судей и прокуроров, о выборах и прекращении мандата народных депутатов в республиканской и муниципальных скупщинах, о выборах Президента Республики, о Правительстве и его полномочиях в сфере нормативной функции и т.п. Суд в далеком идущем смысле способствовал обоснованию принципа разделения властей в работе государственных органов, в частности независимости судебной власти и развитию парламентаризма. В то же время Суд путем толкования конституционных положений и уважения международных стандартов в этой области, оценивая конституционность законов и разрешая конкретные споры по конституционным жалобам, способствовал укреплению определенных прав и свобод граждан: личных прав (права на свободу, права лишенных свободы

лиц), политических прав и свобод (свободы политической деятельности и объединения, избирательного права, права на получение информации, права на петицию), права на доступ к суду, на использование правовых средств, на справедливое судопроизводство, на окончание судебного процесса в разумный срок, а также права на мирное использование имущества, права на труд и других прав, вытекающих из трудовых отношений, и т.п.

III

Далее, особой характеристикой конституционно-судебного контроля в Республике Сербия является исключительно либеральный подход и доступность Конституционного Суда для всех государственных органов, органов автономного края и единиц местного самоуправления, парламентского меньшинства (25 депутатов), а также для самих граждан и их ассоциаций. На самом деле любое юридическое и физическое лицо обладает правом обращаться с инициативой в Конституционный Суд не только для защиты своих основных прав и свобод, но и для защиты конституционности и законности. При этом Конституционный Суд пользуется и возможностью возбуждения дел, связанных с конституционным контролем *ex officio*.

Преимущественно благодаря инициативам граждан о проверке конституционности большого количества законов, а также запросам со стороны парламентского меньшинства, Конституционный Суд принимал решения по практически всем важнейшим, так называемым реформным законам. Несмотря на все трудности, с которыми за последние десять лет сталкивался Конституционный Суд Сербии, несомненно, наши граждане значительно больше, чем это было раньше, до этого Суда почувствовали как действует правовое государство.

На основании непосредственной доступности Суда и либерализации доступа граждан конституционному равноправию с уверенностью можно утверждать, что Конституционный Суд Сербии находится на самом вершине конституционного правосудия. Это, несомненно, должно быть оценено как важ-

ное демократическое достижение, несмотря на определенные недостатки такого конституционного решения¹⁰.

IV

Конституционный Суд все еще сталкивается с проблемами при исполнении тех его решений, которые не "нравятся" или которые не "любят" политическая власть¹¹. При этом трудно найти ответ на формальный правовой вопрос, кто отвечает за исполнение его решений. Конституцией, а вместе с ней и законом категорически утверждены субъекты, ответственные за исполнение и применение решений Конституционного Суда, то есть определено, что решения Суда "окончательны, подлежат исполнению и общеобязательны", что "каждый должен уважать и исполнять решение Конституционного Суда", и что "в случае необходимости Правительство обеспечит их исполнение". Однако исполнение решений Конституционного Суда вопрос не только конституционного и законодательного определения. Исполнение и применение решений любого органа, особенно такого органа, каким является Конституционный Суд, основывается не на формальном определении, а на установленной хорошей конституционной практике и политической культуре в целом, которые создают обстановку для функционирования правового государства, а в рамках этого и для действенности конституционно-судебной защиты.

Действенность конституционно-судебного контроля в каждой стране определяется именно на основании влияния решений Конституционного Суда. Это влияние обязательно отсутствует, если конституционно-судебные решения неэф-

¹⁰ Только в 2010 году в Суд поступило около 340 инициатив и запросов о проверке конституционности законов и других нормативных актов и 360 обращений с ходатайством о разрешении споров о компетенции. Суд разрешил 283 дела в связи с нормативным контролем и 307 дел по спорам о компетенции. Конституционный Суд рассматривал и принимал решения по 830 инициативам, то есть запросам об оценке конституционности законов.

¹¹ Например, в июне и июле текущего года Конституционный Суд имел возможность обязать исполнение своего решения об отмене "бланко отставок" на основании более 100 запросов, после того как компетентные органы (скупщины единиц местного самоуправления, то есть административный суд) не приступили к исполнению решения Суда по обращениям о "возвращении" отнятых мандатов депутатов в данных скупщинах, то есть мандатов, которые на основании решения Конституционного Суда были отняты в соответствии с положениями Закона "О местных выборах", а которые Конституционный Суд признал неконституционными.

фективны, то есть если эти решения не являются эффективной санкцией за допущенное нарушение Конституции и если они не исполняются безоговорочно. Соответственно без исполнения решений этого Суда, независимо от заинтересованности или его оценки со стороны тех, кого они касаются или кто должен исполнить их, нет действенного конституционного контроля. Конституционные суды в странах переходного периода не только в процессе принятия решений, но и в процессе исполнения своих отдельных решений все еще находятся в ситуации, когда должны балансировать между различными субъектами: политическими участниками в парламенте и правительстве, даже судами; правящими и оппозиционными политическими партиями; гражданским сектором; научной и гражданской общественностью - и заданной целью защитить основные стандарты конституционной, гражданской демократии. И в практике Конституционного Суда Сербии встречается такое отношение¹².

V

В предыдущем периоде в нескольких своих решениях Конституционный Суд Сербии продемонстрировал возможности независимого государственного авторитета, утвердившего новые ценности и внесшего новые конституционные стандарты в конституционный строй современной Сербии. Конституционный Суд, начиная с 2002 по 2008 год, в основном рассматривал и принимал решения по вопросам, имеющим значение для созидания единой правовой системы Сербии на новых демократических принципах, как, например, о нарушении принципа разделения властей. Среди функций Конституционного Суда преобладало разрешение споров о соответствии Конституции законов и права в целом, а также разрешение типичных споров о компетенции, в то время как

¹² Известным является и случай, когда в законодательные решения, которые Конституционный Суд Сербии признал неконституционными, вносились только редакционные изменения и затем они вновь вписывались в текст законов (законы о судах, прокуратуре и т.п.). Также известен и случай, когда определенные законодательные решения (о характере мандата народного депутата), которые Конституционный Суд кассировал и признал неконституционными (так как ограничивали свободный мандат депутата и вводили институт "партийного отзыва"), впоследствии, в 2006 году, внесены в текст Конституции (статья 102 Конституции) ради предотвращения их кассации Конституционным Судом.

его деятельность была мало заметной в сфере непосредственной защиты и гарантирования основных прав и свобод граждан. Однако с 2008 года центр внимания работы Конституционного Суда постепенно перемещается к защите граждан и их прав.

Таким образом, Конституционный Суд за прошедшие десять лет своими решениями, то есть толкованием Конституции в соответствии с демократическими стандартами, своеобразным способом "помогал" законодателю освободиться от сильного влияния правового размышления, принятого до той поры, и некритичного заимствования ранее существовавших законодательных решений. Суд иногда своими позициями определенным образом подстрекал и направлял законодателя к установлению определенных отношений на новых основаниях, согласно европейским и международным стандартам. В разрешении конституционных споров Суд до принятия Конституции 2006 года сделал шаг вперед в отношении действующих в то время конституционных решений таким образом, что оценку конституционности зачастую выносил с учетом общепринятых правил международного права и демократических стандартов, выработанных в процессе применения международных актов о защите прав и свобод человека¹³.

Разделение властей было и осталось "вдохновением" для различного рода злоупотреблений, то есть нарушений. Это представляло серьезную угрозу новым демократическим тенденциям в Сербии. Поэтому работа Конституционного Суда в области разрешения этих споров была важна в процессе ут-

¹³ Кроме работы Суда как "негативного законодателя", Суд иногда непосредственно, а иногда и косвенно предупреждал о необходимости внесения изменений, дополнений или принятия абсолютно нового нормативного акта. Например, Суд в период 2009 - 2010 гг. направил 12 "писем", в которых указал Скупшине на положение конституционности и законности в отдельных сферах общественной жизни, то есть на необходимость принятия новых или внесения изменений в существующие законы. Затем Суд своей оценкой конституционности Закона "О пенсионном и инвалидном страховании" от 2011 года указал законодателю на то, что согласно гарантированному Конституцией равенству лиц, состоящих в официальном и гражданском браке, необходимо установить такое же равенство и в области пенсионного страхования. Суд указал на необходимость обеспечения Законом "Об административных спорах" и другими законами обязательную судебную защиту в случае незаконных актов государственных органов, включая и принятые непосредственно на основании конституционных полномочий органами политической власти, а также обеспечения законом защиты избирательного права и беспрепятственного пользования народными представителями мандатом, полученным на прямых выборах. Своим решением о конституционности Закона "О семейных отношениях" Суд "подсказал" и о необходимости законодательного урегулирования определенных прав лиц одного пола, проживающих в супружеском союзе и т.д.

верждения указанного принципа и обеспечения равновесия в отношениях между носителями законодательной, исполнительной и судебной власти. Приведем в качестве примера то, что решениями Конституционного Суда о Законе "О судах" (впервые в 2003 году, а затем и решениями от 2004 и 2009 года) детально уточнено значение принципа разделения властей и важности независимости судебной власти. Содержание этих решений представляло собой ясную основу для утверждения Конституции как права над политикой. Отдельные формы нарушения этого принципа и сегодня можно заметить в отношениях между исполнительной и законодательной властями и исполнительной и судебной властями, а также в областях, которые раньше были исключительным "заповедником" (резервацией) органов управления. Хотя постепенно уходит в прошлое практика принятия положений Правительства, которыми оно регулирует отдельные вопросы, являющиеся на основании Конституции вопросами *materia legis* (чему, несомненно, способствовала и позиция Конституционного Суда, высказанная во многих решениях, которыми такие положения кассированы), Правительство все-таки с трудом отвыкает от "проникновения в сферу деятельности законодателя"¹⁴.

Конституционный Суд за весьма короткое время после его формирования в 2007 году открыл свои двери конституционным жалобам, то есть активно включился в защиту основных прав и свобод граждан. Принимая решения по конституционным жалобам, Суд за последние три года уже утвердил основы хорошей конституционно-судебной практики в этой области и приобрел доверие граждан. На основании количества поступивших (13 000) и решенных (более 8 000) дел по конституционным жалобам и жалобам за последние три с половиной года Конституционным Судом можно было бы сделать вывод, что защита прав и свобод человека по значимости стала превалирующей функцией Конституционного Суда. Однако эта защита остается в тени нормативного конт-

¹⁴ В течение последних нескольких лет заметна тенденция принятия "заключений" Правительства, которыми оно также регулирует вопросы, выходящие за рамки основной компетенции исполнительной власти. При этом указанные акты Правительство и не публикует в служебном вестнике, во избежание контроля их конституционности и санкций Конституционного Суда. Однако Суд и в случае таких актов обосновывал свое полномочие и вынес несколько решений, в которых определил их несоответствие Конституции и закону.

роля и споров о компетенции, потому что предметы этих споров все еще зачастую являются вопросами более широкого политического значения и достигаемости. Но без "освобождения" Суда от приоритетного разрешения этих споров, вызванных, в основном, неуважением Конституции государственными органами в процессе исполнения их основных конституционных функций и нарушением принципа разделения властей (представляющего основную предпосылку для существования конституционного демократического государства), нельзя ожидать эффективной и действенной конституционно-судебной защиты в сфере прав и свобод человека.

VI

Слишком широко определенные полномочия на практике привели к исключительной перегрузке Суда и к необходимости в его частом "вмешательстве", что не является характеристикой конституционных судов, а скорее всего такая деятельность привычна для органов государственного управления и отдельных видов судов общей юрисдикции. Все это повлияло на функциональность, а тем самым и на репутацию и авторитет Суда. Данный Суд из органа, который должен вмешиваться лишь в исключительных случаях, начал превращаться в орган "ежедневного вмешательства". Конкретно Суд после введения института конституционной жалобы и других жалоб стал слишком перегруженным и все больше становился "судом обычных людей" (а в глазах граждан и своеобразным "народным судом"), но и сам по своему порядку работы и правового рассуждения на практике становится все больше похожим на суд общей юрисдикции¹⁵.

И Конституционный Суд Сербии точно также как и конституционные суды в других странах переходного периода, имеющих институт конституционной жалобы, стал "задыхаться" от этих дел, вопреки резкому увеличению объема работы

¹⁵ В течение 2010 года общее количество дел в работе Конституционного Суда составило 10 807, из которых 8 672 (80,24%) - дела по конституционным жалобам. В 2010 году в Конституционный Суд после всеобщего избрания судей и прокуроров поступило и 1815 обращений, указанных как конституционная жалоба, то есть жалоба. Следовательно, первоначальная практика работы Конституционного Суда по конституционным жалобам подтвердила ожидания, что центр тяжести работы этого органа перейдет из области нормативного контроля в область судопроизводства по конституционным жалобам, то есть в сферу непосредственной защиты основных прав человека.

и количества разрешенных дел¹⁶. Конституционно-судебный контроль требует решительности. Это факт, но он, в первую очередь, требует спокойного размышления судей Конституционного Суда и субличного рассмотрения спорных конституционно-правовых вопросов. Он не терпит ни суетливого, ни поверхностного, а менее всего "механического и конвейерного разрешения дел".

Если оставить в стороне некоторые из основных причин большого количества споров в конституционных судах, характерных для всех стран переходного периода (являющихся следствием уже упомянутых системных проблем в этих обществах и значительного расхождения между "нормативно-ценностным" и "реальным", а также первоначальных успехов в защите этих прав в конституционных судах), то можно указать только на некоторые из причин, приведших к перегрузке Конституционного Суда Сербии. Это: *во-первых*, расширение полномочий Конституционного Суда другими многочисленными вопросами, кроме двух его "основных" полномочий¹⁷; *во-вторых*, широкие возможности для непосредственного доступа к Суду многочисленных субъектов без строго формальных правовых средств¹⁸; *в-третьих*, прохож-

¹⁶ Суд пытается преодолеть проблему количества дел различными способами при повышенной активности в рассмотрении дел, прежде всего, путем рационализации организации своей работы и порядка производства в отношении этих дел, повышением числа штатных сотрудников и т.п. Но все это не оказывается действенным, потому что большое количество конституционных жалоб возникает в результате двух основных причин: *во-первых*, неэффективной и недействительной первичной защиты основных прав и свобод человека в судах и административных органах; *во-вторых*, отсутствия качественных правовых (законодательных) рамок для работы Конституционного Суда над защитой прав и свобод человека в условиях широко определенной защиты этих прав и свобод.

¹⁷ Полномочия Суда дополнительно расширены законодателем, обеспечившим возможность непосредственной подачи конституционной жалобы в Конституционный Суд на нарушение права на окончание судебного процесса в разумный срок. Такие конституционные жалобы составляют более одной трети от общего количества поданных конституционных жалоб, а больше половины жалоб, которые Суд рассматривал в меритуме. Например, в 2010 году из общего количества 2421 рассматриваемого дела по конституционным жалобам в меритуме было вынесено 590 решений, из которых 249 - о принятии конституционной жалобы (42,20 %) и 136 решений (54,61 %), утверждающих нарушение права на окончание судебного процесса в разумный срок.

¹⁸ Поскольку граждане могут обращаться в Конституционный Суд непосредственно (и без уплаты любых сборов), то и конституционные жалобы и обращения остались "правовыми средствами для несведущих" вместо того, чтобы быть строго формальными правовыми средствами. При этом эти обращения в случае, если оформлены ненадлежащим образом, должны в соответствии с Законом "О Конституционном Суде" быть возвращены заявителю ради устранения недостатков и могут быть отклонены, только если по своему содержанию создают помехи в работе Суда. Их заявители чаще всего ожидают от Конституционного Суда, чтобы он действовал как "орган для исправления всех допущенных несправедливостей" и орган для пересмотра всех, по их субъективному мнению, "несправедливо разрешенных споров". Анализ сложившейся до сих пор практики показывает, что, наряду с многочисленными необоснованными обращениями, Конституционный Суд сталкивается и с наличием большого количества обращений в результате сутяжных навыков подающих их лиц или злоупотребления правом на непосредственное обращение в Конституционный Суд в смысле подачи нескольких десятков обращений. Замечены и случаи, когда отдельные лица только в течение одного календарного года подавали в суд более 150 обращений, указанных как конституционная жалоба.

дение большого количества законов (часто и в ускоренном порядке и на внеочередных заседаниях) через правительственную и парламентскую процедуру без возможности серьезной и качественной оценки и анализа их соответствия Конституции и международному праву со стороны компетентных органов и служб; *в-четвертых*, неадекватно регулируемое судопроизводство по конституционной жалобе, особенно в отношении принятия решения о допустимости и годности конституционной жалобы, а также и введение возможности отклонения от принципа subsidiarity конституционной жалобы; *в-пятых*, утвержденный порядок принятия решений Судом исключительно на пленуме - заседании всех 15 судей.

VII

При ознакомлении с конституционными положениями складывается впечатление, что Конституционный Суд Сербии имеет огромную силу и мощь. Однако самого определения роли Конституционного Суда как самостоятельного и независимого органа и утверждение широкого спектра его полномочий (общим знаменателем которых является защита конституционности прав человека и меньшинств в стране) недостаточно для понятия его настоящей роли. Данную роль, помимо утвержденной Конституцией компетенции, полномочия и механизмов ее исполнения, а также влияния его решений, необходимо рассматривать в контексте общественной реальности, в которой Суд функционирует. Факторы, влияющие на формирование роли Конституционного Суда, весьма разнообразны - от политических, правовых, экономических до многих других. Приведем всего лишь некоторые из них: многочисленные слабости правовой системы, угрожающие ее единству (в формальном и материальном смысле), и выраженный анормизм, то есть неуважение права; недостаточная степень демократического потенциала отдельных конституционных институтов; не доведенные до конца реформы в области правосудия и государственной администрации; особо выраженное влияние политических партий на исполнительную власть; недостаточно оснащенные независимые

контрольные институты; экономический кризис в стране и вызванные им социальные и другого рода волнения и напряженность; высокий уровень коррупции и других аналогичных явлений в обществе; отсутствие активного демократического общественного мнения и сильных альтернативных демократических (гражданских) движений; отсутствие демократической традиции и развитой политической и правовой культуры.

Однако, несмотря на вышеуказанное, Конституционному Суду Сербии в прошедшем периоде удалось укрепить конституционно-судебный контроль как важную и обязательную функцию в любом конституционном, демократическом государстве и положить основу хорошей конституционно-судебной практики.

VIII

Опыт современных государств в функционировании конституционно-судебных институтов аутентичен, а конституционно-правовая теория предоставляет возможность для разнообразного толкования этой практики и отношений конституционных судов к "нормативно-ценностному" с одной стороны, и к "действительности" - с другой. Поэтому в сочетании конституционных решений с хорошей конституционной практикой (определяющей качество конституционно-судебного контроля) и теоретическими познаниями в этой области Конституционный Суд Сербии сегодня пытается найти и выработать правильные стандарты для осуществления конституционно-судебного контроля.



Г. Арутюнян

*Председатель Конституционного Суда
Республики Армения*

Системный мониторинг конституционализма и проблемы развития конституционной юстиции

Общественные процессы в современном мире мало чем отличаются от тех социальных потрясений, которые в прошлом веке диктовали необходимость формирования специализированных институтов судебного конституционного контроля. Существенное различие заключается в том, что новые реалии требуют адекватных сегодняшнему мироустройству механизмов обеспечения общественной стабильности и развития. Основными характеристиками современного мира стали системная неустойчивость, разнохарактерные кризисы, многоцветные революции, социальная деградация, ценностно-системная неопределенность. Человеческая жизнь, как высшая ценность, превратилась в орудие борьбы за некие не воспринимаемые социальным большинством идеалы.

Глобальная угроза миру и согласию является основным вызовом современности. Насколько человечество готово противостоять этому, в какой степени сопоставимы согласованные усилия в этом направлении с реальными угрозами дестабильности? Трудно найти однозначные ответы на эти вопросы. Они, с точки зрения конституционно-правового подхода, имеют как надгосударственные, так и внутригосударственные слагаемые. Что касается последнего, то мы убеждены, что **перспективы недопущения общественного дисбаланса органически связаны с проблемами конституционализации общественных отношений.**

Основной Закон страны должен базироваться на всю систему фундаментальных ценностей гражданского общества и гарантировать их устойчивую, надежную защиту и воспроизводство. Эти ценности, в свою очередь, формируются на протяжении веков, каждое поколение переосмысливает их и своими дополнениями гарантирует дальнейшее развитие. **Удача сопутствует тем нациям и народам, у которых эта цепь не прерывается или серьезно не искривляется.**

"Конституирование" общественных отношений, **установление при всеобщем согласии общеобязательных правил поведения**, исходя из их характера, формы, круга охвата, состояния применения, ценностно-системных ориентиров, формирует соответствующую конституционную культуру. **Понятие "конституционная культура" может характеризоваться как исторически сложившаяся, устойчивая, обогащенная опытом поколений и всего человечества определенная ценностная система убеждений, представлений, правосознания, являющихся основой данного конкретного общества в процессе установления и гарантирования общественным согласием основополагающих правил демократического и правового поведения.** Конституционная культура характеризует также качество и уровень взаимоотношений конституционных субъектов и институтов, степень "зрелости" правовых отношений между ними.

Конституционная культура - не абстрактное понятие, она проявляется в аксиологических основах самой Конституции, во всех сферах бытия общества, проявляется на прочной основе выработанных, выстраданных, выверенных за века ценностей и идеалов. Конституционная культура находит свое предметное проявление в принятых законах и иных правовых актах, в соблюдении основных принципов международного права, в политической системе государства, деятельности политических институтов и органов власти, их взаимоотношениях, в общественном статусе личности, ее правоспособности.

В правовом, демократическом обществе **конституци-**

онная культура предполагает адекватный уровень конституционализма. А суть последнего заключается не только в том, каков закрепленный Конституцией конституционный строй и какие принципы лежат в основе взаимоотношений права и власти. **Существенно то, как проявляется данный конституционный строй в общественной жизни,** насколько облекаются в плоть и кровь основополагающие принципы Конституции, кто является действительным источником и носителем власти, насколько гарантировано и защищено достоинство человека, насколько практически разделены, независимы и сбалансированы институты государственной власти. **Их обеспечение - основной критерий оценки конституционализма и конституционной демократии в стране.** Обществу, людям необходим не свод добрых намерений, а реально действующая Конституция.

Конституционализм - это, в итоге, наличие осознанной системы конституционных ценностей в общественной жизни, во всех проявлениях социального поведения личности. Ценностное измерение конституционализма каждого суверенного народа с учетом его социокультурных особенностей определяет уровень общественной зрелости данного социума, **степень становления гражданского согласия и стабильности.**

Если до XVIII века развитие политико-правовой мысли привело к принятию конституций, к идее установления общественного согласия посредством Основного Закона социального общества, то **основная задача XXI века - гарантирование в стране конституционализма, который является основой устойчивого развития общества.**

Данная задача выдвигает качественно новые требования к разработке и внедрению целостной системы постоянной конституционной диагностики и конституционного мониторинга, с помощью которых возможно выявить, **оценить и восстановить нарушенный конституционный баланс** и обеспечить динамизм развития, стабильность в многомерном социальном обществе.

Наши анализы привели к выводу, что **именно отсут-**

ствие действенного механизма своевременного выявления и восстановления нарушенного конституционного баланса становится основной причиной накопления соответствующей отрицательной общественной энергии, которая, набирая критическую массу, приводит к социальным взрывам. Реальная жизнь показывает, что особенно в трансформирующихся обществах не задействованы соответствующие механизмы постоянной конституционной диагностики и мониторинга, а существующие системы конституционного контроля и юстиции не в состоянии адекватно реагировать на современные вызовы¹.

Понятие “диагностика” имеет греческое происхождение (diagnostikos) и **представляет определенный механизм выявления системной целостности и функциональной дееспособности исследуемого объекта с учетом сопоставимости основных параметров его функционирования критериальным основам запрограммированного и естественного состояния данного объекта.**

Понятие конституционная диагностика охватывает весь механизм оценки конституционности в обществе, выявления соответствия реальных общественных отношений конституционно установленным нормам и принципам. Конституционная диагностика - способ и возможность определения степени функциональной дееспособности общественного организма в целом. Она необходима, в первую очередь, **для выявления истинного состояния и тенденций развития конституционализма в обществе.**

¹ Использование двух понятий “конституционный мониторинг” и “конституционный контроль” - не случайность. Мы считаем, что система конституционного контроля, одним из основных звеньев которой является судебный конституционный контроль, только на определенном уровне системного и непрерывного функционирования может представляться как целостная система конституционного мониторинга. В данном контексте “контроль” - это функция, “мониторинг” - форма реализации этой функции, “диагностика” - механизм реализации данной функции. По существу, **контроль в настоящее время осуществляется посредством дискретного сопоставления объекта с самой Конституцией, а мониторинг предполагает системное выявление реального состояния конституционализма в обществе.**

Объектом конституционной диагностики является общественная жизнь в целом и, в частности, функционирование институтов власти.

Субъектами конституционной диагностики являются: народ как источник и носитель власти; органы государственной власти и местного самоуправления; все институты гражданского общества; каждый человек.

Основой конституционной диагностики является постоянно функционирующая система конституционного мониторинга.

Основными задачами конституционной диагностики в условиях общественной трансформации, в частности, являются:

- выявление дефицита конституционности в мировоззренческо-идеологической сфере, в сфере законодательного процесса и других формах правотворческой деятельности;
- оценка внутриконституционных деформаций, выявление причин этих деформаций и разработка механизмов их преодоления;
- выявление деформаций конституционных ценностей и принципов в правоприменительной практике.

Основными задачами конституционного мониторинга являются:

- гарантирование необходимого и достаточного уровня конституционализма в стране;
- преодоление деформированного восприятия основополагающих конституционных ценностей и принципов в обществе, повышение уровня конституционного правосознания;
- обеспечение необходимого уровня конституционализации политического поведения институтов власти и социального поведения личности;
- системное обеспечение конституционности государственного управления;
- выявление и учет транснациональных критериев оценки социального поведения человека и власти.

Многолетний и многоплановый анализ данной пробле-

матики привел нас к выводу, что обеспечение системности и полноценности системы конституционного мониторинга возможно только при глубоком учете следующих обстоятельств:

1. Функционирование социальной системы имеет многоплановый иерархический характер, основой которой является гарантирование и обеспечение верховенства права.

2. Каждая подсистема социального общества обладает определенными ресурсами самозащиты, при исчерпании которых включается защитная система всего организма.

3. Главная миссия **иммунной системы общественного организма - сохранение функционального конституционного баланса и стабильности**, так как невозможность восстановления нарушенного баланса, как отмечалось выше, становится причиной накопления отрицательной общественной энергии, которая, набирая критическую массу, может привести к общественным катаклизмам.

4. Система конституционного мониторинга как контролирующая система должна функционировать в свойственном ей порядке непрерывности и относительно независимо.

5. Любая общественная патология должна активизировать и приводить в действие всю систему конституционной самозащиты.

Система конституционного мониторинга должна базироваться на следующих основных принципах:

- в режиме непрерывного функционирования выявление любого нарушения конституционного равновесия;
- определение характера нарушения;
- предложение механизмов и способов восстановления конституционности;
- гарантирование недопущения нового нарушения при восстановлении функционального равновесия.

Для реализации этих принципов с помощью последовательной конституционной диагностики необходимо выделить такую **группу индикаторов**, которые в состоянии всесторонне и целостно охарактеризовать конституционность исследуемых общественных отношений. Системой подобных индикаторов часто пользуются многие междуна-

родные организации. Хорошим примером являются ежегодные исследования американского института “Дом свободы” (Freedom House) относительно тенденций развития конституционной демократии в странах мира. Нами также была сделана попытка представить научную методику подобного анализа, с которой можно ознакомиться в вестнике “Конституционное правосудие” (номер 4, 2010 год², см. также схемы 8-9).

В данной работе считаем необходимым представить также некоторые аспекты осуществления системного конституционного мониторинга, которые связаны с **обеспечением в динамике функционального равновесия власти**.

С появлением первых конституций фундаментальной задачей конституционной архитектуры было и остается обеспечение функционального разделения и сбалансированности государственной власти. Необходимо в первую очередь констатировать, что среди десятков различных доктринальных подходов к конкретной конституционной модели разделения властей единодушно признанной и бесспорной является только теоретическая констатация необходимости разделения и сбалансирования властей. Конкретные подходы, формы и методы и, тем более, практические решения существенно отличаются в каждой конституционной системе.

Вместе с этим придется реально и четко ответить на вопрос, как решается задача разделения и сбалансированности властей в наши дни с учетом той объективной реальности, что в мире появились специализированные государственные институты, которые должны независимо гарантировать верховенство и непосредственное действие Конституции.

Мы убеждены, что, по большому счету, по существу ничего не изменилось и американская доктрина конституционного разделения и сбалансированности властей в полной мере жизнеспособна и в наши дни. Основные требова-

² Арутюнян Г. Роль конституционной диагностики в обеспечении устойчивости общественного развития // Конституционное правосудие. 2010. N4/50/. - С. 28-42.

ния к эффективному функционированию данной системы, на наш взгляд, заключаются в следующих предпосылках:

Во-первых, разделение властей - это, в первую очередь, функциональный, а не институциональный процесс, что часто путается даже на уровне конституционных решений. Определенную отдельную конституционно-правовую функцию могут реализовать разные конституционные институты.

Во-вторых, главная задача конституционной архитектуры - обеспечение сбалансированности в системе **функция-институт-полномочия**.

В-третьих, принципиальным является вопрос о четком разграничении функциональных, сдерживающих и противовесных полномочий конституционных институтов власти и обеспечении оптимальной сбалансированности этих полномочий.

В-четвертых, неотложной задачей современного конституционализма является внедрение дееспособного и эффективно функционирующего механизма внутриконтитуционной самозащиты, чтобы гарантировать своевременное выявление, оценку и восстановление функционального конституционного баланса в динамике. Это является, по существу, главной целью конституционного мониторинга и главной задачей конституционного контроля в целом.

Основными критериальными характеристиками обеспечения перечисленных выше предпосылок являются:

- 1) обеспечение функциональной независимости ветвей власти;
- 2) гарантирование полноты и функционального соответствия полномочий конституционных институтов;
- 3) обеспечение непрерывности и нерушимости функционального конституционного баланса в динамике, в реальной общественной жизни, что, в свою очередь, предполагает недопущение так называемого отчуждения Конституции от реальной жизни.

Как обеспечиваются эти принципиальные, на наш взгляд, подходы к гарантированию конституционной де-

мократии и устойчивого развития разных стран? Мы попытались найти ответ на поставленный вопрос, в первую очередь, на основе сравнительного конституционного анализа.

Страны мира нами условно были разделены на следующие группы:

- 1) США, Канада, Япония и западноевропейские страны;
- 2) восточноевропейские страны;
- 3) латиноамериканские страны;
- 4) африканские страны;
- 5) страны Средней и Восточной Азии;
- 6) арабские страны;
- 7) страны постсоветского пространства.

Последние пять групп, с точки зрения изучаемой проблематики и с некоторыми исключениями (в первую очередь, имеются в виду Индия и Южная Корея), с учетом схожих результатов конституционной диагностики мы объединили в одну условную группу - группу стран так называемой переходной демократии.

Какими признаками отличается первая группа?

Во-первых, в этой группе как сама внутренняя структура Конституции, так и все конкретные конституционные решения четко базируются на функциональном разграничении полномочий конституционных институтов власти независимо от формы правления.

Во-вторых, эта группа отличается высоким уровнем конституционных традиций и конституционно-правовой культуры, что формирует соответствующую среду конституционного восприятия социальных процессов в обществе. А это архиважно для современного общества.

В-третьих, общефилософской основой конституционных решений является обеспечение баланса свободы, власти и закона.

В-четвертых, в данной группе функционально и институционально гарантированы непрерывность, избираемость, подотчетность и сменяемость власти, которые являются основой установления конституционной демократии.

В-пятых, не существует реального антагонизма между конституционными решениями и общественной практикой. Конституционные ценности и принципы в основном стали нормой социального поведения общества³.

Для второй группы стран характерны тенденции приближения к тем критериальным основам, о которых было сказано в отношении первой группы.

Для третьей обобщенной группы характерно то, что эти основы в определенной мере деформированы в основном на трех плоскостях: на уровне самой Конституции (что включает также системные деформации при выборе и непостоянстве форм государственной власти); деформации в общеправовой системе; деформированное восприятие и реализация основополагающих конституционных ценностей и принципов на уровне правоприменительной практики.

Третья группа стран отличается именно тем, что эти страны в основном пошли по пути внедрения модельных конституций и, с точки зрения установления конституционной демократии, находятся на этапе общественной трансформации.

Изучение конституций этих стран показывает, что на этом уровне формально правовое государство, народо-властие, верховенство права, достоинство человека, свобода, конституционная демократия, разделение властей, общественное согласие, равенство, толерантность, плюрализм, солидарность и другие общепризнанные ценности в их органическом единстве стали основой конституционных решений. Но вместе с этим реальная действительность в этих странах другая, она оказалась в другом измерении. **В большинстве этих стран не в полной мере обеспечена самодостаточность Конституции и имеет место существенная оторванность основополагающих конституционных ценностей и принципов от социальной действительности.** Характерными чертами последней являются: низкий уровень конституционной культуры; системная неполноценность механизмов обес-

³ Мы не исключаем, что и в первой группе обнаружались некоторые тенденции к отходу от ранее общепризнанных принципов конституционализма.

печения верховенства права; наличие деформированной, внутренне противоречивой правовой системы; отсутствие единого ценностно-системного понимания социальных ориентиров общественного развития, что в итоге приводит к общественным катаклизмам.

Для стран этой группы основная проблема заключается в существующем антагонизме между Конституцией и правовой действительностью в целом.

Общими отрицательными характеристиками системной трансформации в этих странах, на наш взгляд, являются:

- неустойчивость и неопределенность в общественном развитии и углубление кризиса доверия;
- антагонизм между политикой и конституционностью принимаемых решений;
- серьезные упущения и недоработки в осуществлении ценностно-системных преобразований;
- неполноценность формирования гражданского общества;
- несоответствие социальных ориентиров общества конституционно провозглашенным демократическо-правовым ценностям, то есть наличие существенного дефицита конституционализма;
- низкий уровень функциональной и институциональной дееспособности институтов власти;
- как следствие всего этого - накопление определенной отрицательной общественной энергии, что порой приводит к разноцветному социально-политическому взрыву с неизбежными трагическими последствиями.

Основополагающие конституционные ценности в общественной практике могут гарантированно воплощаться в жизнь там и в той степени, где и в какой степени **утверждение конституционной демократии является стержневой задачей и актуальной повесткой дня государственной политики**. Они не могут обуславливаться текущей политической целесообразностью, обслуживать бюрократические, клановые и криминальные интересы, способствовать слиянию политических, административ-

ных и экономических сил, что неизбежно приводит к формированию коррумпированной государственной пирамиды.

Обеспечение реального разделения и баланса властей, установление народовластия из лозунга должны стать живущей реальностью. Каждое правовое решение должно исходить из принципа верховенства права, что является основной гарантией стабильности и развития. **Там, где заканчивается верховенство права, начинается тирания**. Это обеспечивается также путем приспособления конституционной формы правления к текущим политическим интересам. **Реальное правовое мерило демократизации общества - это уровень конституционализации общественных отношений на основе верховенства права**⁴.

Для стран с низкой конституционной культурой от Конституции до реального конституционализма предстоит преодолеть еще немало трудностей. Конституционализм как основа гражданского общества не может развиваться прогрессивно в условиях слабой дееспособности государственных демократических структур и деформированности самих политических институтов.

Главная задача успешного осуществления общественной трансформации - это последовательность в конституционализации общественных отношений с преодолением конфликта между Конституцией, правовой системой и правоприменительной практикой в целом. Только в этих условиях можно обеспечить также необходимую дееспособность системы разделения и сбалансированности властей, гарантировать необходимую устойчивость и динамизм общественного развития. А это, в свою очередь, **требует новых функциональных и институциональных решений внедрения действенной системы внутригосударственного конституционного мониторинга**.

Нам кажется, что сегодняшние реалии и вызовы однозначно доказали актуальность функционирования цело-

⁴ Необходимо также иметь в виду, что и конституции бывают антидемократические.

стной системы постоянного конституционного мониторинга в обществе с помощью соответствующих механизмов конституционной диагностики. **Это реальный путь укрепления иммунной системы общественного организма и обеспечения стабильности развития.** Институциональное решение данной проблемы связано также с определением перспективы развития системы конституционного контроля и определением места и роли конституционных судов в системе государственной власти.

Мы убеждены, **что непрерывный системный мониторинг конституционализма в обществе становится первоочередной функцией государственной власти и требует соответствующих функциональных и институциональных решений. В этом контексте необходимо искать также возможности дальнейшего развития всей системы конституционного контроля.**

Функциональные решения данной проблемы можно обеспечить на трех уровнях. В первую очередь необходимо **гарантировать конституционность самой Конституции.** Конституция может реализовать свою миссию и **быть самодостаточной**, если основополагающие конституционные ценности и принципы являются реальной ценностно-системной основой данного конкретного общества. Вместе с этим необходимо исключить такие внутриконституционные противоречия, как непоследовательность реализации основных конституционных принципов в самой Конституции, несоответствие конституционных функций и полномочий институтов власти, всевозможные конфликты при реализации принципов непосредственного и представительного народовластия, антагонизм между властью и свободой. Исключительно важное значение имеет также обеспечение внутриконституционного функционального баланса в общей цепи **“конституционная ценность - принцип - нормативное регулирование - обеспечение динамичности функционального равновесия - механизмы восстановления данного равновесия при его нарушении”**. Вышеприведенные примеры показывают, что особенно в трансформирующихся обществах продолжает оставаться актуальной

проблема преодоления деформированности внутриконституционного функционального баланса.

Второй уровень обеспечения непрерывного системного мониторинга конституционализма в обществе относится к гарантированию сбалансированности функциональных, противовесных и сдерживающих полномочий институтов власти. В первую очередь это относится к функциям и полномочиям главы государства. Необходимо наполнить реальным конституционно-правовым содержанием такие конституционные положения, как: “Президент следит за соблюдением Конституции” (см. Конституции: Франции (ст. 5), Польши (ст. 126, пункт 2), Республики Армения (ст. 49); “Президент является гарантом Конституции” (см. Конституция Российской Федерации, ст. 80, пункт 2); “Президент обеспечивает нормальное функционирование конституционных органов или демократических институтов” (см. Конституции: Португалии (ст. 120), Словакии (ст. 101, пункт 1) и т. д.).

В правовом государстве основная функция Президента заключается именно в гарантировании поступательного развития конституционализма в стране. С учетом того обстоятельства, что решение этой задачи предполагает также системное выявление, оценку и восстановление нарушенного конституционного баланса на основе правовых механизмов, Президент становится принципиальным звеном иммунной системы общественного организма. Нам представляется, что с учетом этого обстоятельства необходимо конституционно предусмотреть полномочие и обязанность Президента по проведению постоянной конституционной диагностики с учетом функциональных полномочий других институтов власти. Нынешние общепринятые основные полномочия Главы государства, в том числе на уровне взаимоотношений Парламент-Президент в области законодательной политики, как инициатора конституционных изменений или как обращающегося в Конституционный Суд субъекта недостаточны для полноценного участия Президента в общем процессе конституционного мониторинга. Особенно в странах новой демократии ныне задействова-

ны неформальные, теневые механизмы конституционной диагностики, что очень опасно и несовместимо с принципом правового государства. Конституция должна обязывать Президента обеспечивать проведение постоянной конституционной диагностики с участием функциональной роли всех конституционных субъектов. Это приведет также к тому, что Глава государства займет активную позицию в осуществлении абстрактного судебного конституционного контроля. Во многих странах за последние годы президенты практически не обращаются в Конституционный Суд по вопросам конституционности нормы закона или другого нормативного акта.

На наш взгляд, общая институциональная схема осуществления конституционного мониторинга предполагает также, что гражданское общество играет принципиальную роль в развитии конституционализма в стране. Это, в первую очередь, означает, что народ как основной источник и носитель власти является также основным гарантом соблюдения конституционных ценностей и принципов. Любой отклик, исходящий от гражданского общества в отношении всякой деформации этих ценностей и принципов, должен стать объектом конституционного мониторинга.

В свою очередь, Парламент и Правительство, наряду со своими традиционными функциями, должны не только в правотворческом процессе постоянно учитывать результаты конституционной диагностики, но и, исходя из своих полномочий, обеспечивать необходимый контроль над процессами конституционализации общественных отношений. Они из пассивных институтов конституционного контроля должны стать более активными институтами конституционного мониторинга с учетом того обстоятельства, что основные права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов и других правовых актов, деятельность законодательной и исполнительной власти. В рамках своих конституционных полномочий подобную роль осуществляют также другие конституционные институты.

Особая роль в данной системе отводится общим судам и Конституционному Суду.

Суды общей юрисдикции и специализированные суды призваны обеспечивать эти права, гарантируя доступность судов, эффективность судопроизводства и единообразное применение законов. Именно судебная практика должна выявить существующие несоответствия между Конституцией и действующей правовой системой в целом. А это означает, что, во-первых, суды должны играть более активную роль в общей системе конституционного контроля, а во-вторых, судебная практика должна стать важным объектом конституционной диагностики.

Конституционные суды, в свою очередь, могут полноценно осуществлять свою ключевую миссию в обеспечении конституционализма в стране при следующих обстоятельствах:

1. На уровне Конституции необходимо гарантировать системное соответствие функций и полномочий Конституционного Суда. Основная функция Конституционного Суда - гарантирование верховенства и непосредственного действия Конституции. А это становится возможным, если обеспечиваются самостоятельность Конституции, непосредственное действие основных прав и свобод человека, конституционность правовых актов, а политические споры и споры по конституционным полномочиям разрешаются в правовом поле.

Сегодня в мире существуют единичные конституционные суды (как в Германии, Австрии и некоторых других странах), где сбалансированность их функций и полномочий соответствует сегодняшним вызовам конституционного мониторинга.

2. Дееспособность судебного конституционного контроля во многом зависит от системной полноценности и эффективности функционирования всей системы конституционного надзора и контроля. В представленной схеме принципиальное значение имеет гарантирование именно системности непрерывного конституционного мониторинга.

3. Глава государства, как гарант эффективного функционирования всей системы конституционного мониторинга, должен стать также гарантом реализации решений

Конституционного Суда. Классическим примером может служить статья 146 Конституции Австрии (страна, где в 1920 году был образован первый Конституционный Суд), в которой установлено: “Исполнение решений Конституционного Суда в отношении требований, предусмотренных статьей 137, осуществляется обычными судами. Исполнение прочих решений Конституционного Суда **возлагается на Федерального президента**. Исполнение осуществляется уполномоченными по его указанию и в соответствии с его усмотрением органами Федерации или земель, включая федеральную армию. Ходатайство об исполнении таких решений заявляется Федеральному президенту Конституционным Судом...”.

4. Процессуальные механизмы судебного конституционного контроля должны в полной мере соответствовать полномочиям и функциональной роли Конституционного Суда в обеспечении верховенства и прямого действия Конституции. Эта проблема актуальна особенно в странах новой демократии.

Более 110 действующих в настоящее время в мире специализированных органов судебного конституционного контроля в общей сложности осуществляют 37 различных полномочий. При этом ни один Конституционный Суд не обладает всеми этими полномочиями. Невозможно также выделить хотя бы два суда, конституционные полномочия которых были бы полностью схожи. Это, естественно, потому, что они являются носителями определенных общественных отношений со своими конкретными особенностями. Вместе с тем все действующие конституционные суды можно условно разделить на три группы:

1) имеющие более 15-16 полномочий по осуществлению нормативного конституционного контроля, толкованию Конституции и законов, разрешению споров по полномочиям, осуществлению непосредственной защиты конституционных прав человека, а также имеющие расширенный круг субъектов, правомочных обращаться в Конституционный Суд;

2) во вторую группу можно включить те суды, которые

имеют 10 - 15 основных конституционных полномочий осуществления конституционного правосудия, а также сравнительно узкий круг обращающихся субъектов;

3) в третью группу входят те конституционные суды, которые стоят перед серьезными проблемами становления, не только имеют слишком ограниченные полномочия, но и такой круг обращающихся субъектов, когда, в частности, и эти полномочия становятся нереализуемыми.

Не случайно, что некоторые суды в течение года принимают сотни, а порою и тысячи решений, а есть и такие конституционные суды, принятые которыми окончательные решения не превышают одного десятка.

Мы убеждены, что конституционное правосудие не будет функционально достаточно независимым и дееспособным, пока акты, действия и бездействие всех конституционных институтов не станут объектом судебного конституционного контроля и все конституционные институты не станут субъектом, имеющим право обращения в Конституционный Суд. Только в этом случае конституционные суды могут стать эффективным звеном целостной системы конституционного мониторинга в обществе.

Весь 20-й век убедительно доказал, что **вера, традиции, нравственные нормы, вся ценностная система общественного поведения, иные механизмы системной самозащиты неполноценно обеспечили динамический баланс и устойчивость развития общества в условиях новых реалий**. Основные вызовы современности заключаются именно в том, чтобы сформировать дееспособную систему внутренней самозащиты общественного организма. Это становится возможным путем гарантированного обеспечения верховенства Конституции и динамичного развития конституционализма.

Подводя итоги, необходимо констатировать, что на основе многолетних наблюдений мы только в общей форме представили некоторые соображения о необходимости внедрения целостной и дееспособной системы конституционного мониторинга, без которой невозможно гарантировать верховенство живой Конституции, устойчивость и

динамизм общественного развития. В то же время, на наш взгляд, концептуальная постановка данной проблемы открывает реальные возможности разработки и внедрения соответствующей вызовам времени подобной системы, в рамках которой обозначаются также тенденции дальнейшего развития института судебного конституционного контроля в целом.



E. Drumeva

*Justice of the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria*

Prejudicial Inquiries from the Bulgarian Constitutional Court

1. As compared to ordinary courts, national constitutional courts are of a different order in that they command special jurisdiction. Those in EU Member States cooperate with the institutions of the judiciary at EU level, notably the European Court of Justice (ECJ), with a view to achieving uniform and consistent application of Community law. Could such cooperation with the Court in Luxembourg, however, differ from that in which the ordinary courts in EU Member States are engaged? In other words, to what extent do the established principles of cooperation between the ECJ and national courts apply to the Constitutional Courts of EU Member States?

2. Institutional cooperation is based on the founding Treaties of the European Union. It ensures a robust dialogue with national courts on matters relating to the interpretation and application of Community law. More specifically, cooperation takes place through the mechanism of PREJUDICIAL ENQUIRIES, which essentially involves the submission of enquiries to the ECJ relating to cases pending before national courts; the ECJ may be petitioned either in respect of an interpretation of the Treaties or secondary legislation or the validity of applicable acts of Community law adopted on the basis of the Treaties (*Article 267(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union*). Prejudicial enquiries are the main tool for the development, application and improvement of Community law. Beyond doubt, the interpretation and application of national law, where it derives from Community

law, has been and remains the exclusive domain of national courts. The ECJ is limited to interpreting and ruling on the validity of relevant pieces of Community law and, within the PREJUDICIAL ENQUIRY procedure in each case, to guiding national courts in clarifying the legal aspects of cases pending before them. Therefore, national law remains a domain reserved for domestic courts whilst the ECJ is focused on Community law with a view to ensuring its uniform application across all Member States. In other words, PREJUDICIAL ENQUIRIES are essentially *advisable* as far as national courts of first and second instance go. However, where a case is pending before a national court of the highest instance, that court is required to ask the ECJ for an interpretation, in other words the procedure is no longer advisable but *obligatory*. Such obligation does not arise if the piece of Community legislation is clear. Where this is the case, in line with the **Acte Claire** doctrine developed in ECJ case-law, two situations may occur¹:

- firstly, there may be prior ECJ judgments in which the matter has already been clarified;
- secondly, the correct interpretation of Community law in the case at hand may be as apparent and not require disambiguation or clarification.

2. How does the Bulgarian Constitutional Court (CC) fit into the framework for cooperation with the institutions of the judiciary at Community level to ensure a uniform interpretation and application of Community law? Taking into account that Bulgaria joined the European Union at the beginning of 2007, the components of this vital cooperation are still being decided and set in place in order to ensure that the most appropriate forms that will enable the country to deliver on its commitments to the EU but also remain true to its national legal tradition are adopted.

2.1 On the one hand, in its capacity as a court the institution shares certain common features with ordinary courts (in terms of its powers). On the other hand, it is distinct and special in terms of the validity of its rulings (applicable *erga omnes*), which means that it is

¹ Case 283/CILFIT and Others /1982/ ECR 3415, paragraphs 14 and 16.

positioned outside of the judiciary the rules governing its work are not laid down in the Chapter on the Judiciary of the national Constitution but in a special chapter entitled "Constitutional Court". The Court itself has ruled on its legal standing as follows:

*"The Constitutional Court is not a part of the national system of courts and, therefore, it may not be placed on the top of that system" ... "It is positioned between the three powers and acts as a counterbalance to each of them exercising the public powers vested in it"*².

- At the same time, the Constitutional Court is a public body to which powers that derive directly from the Constitution are granted, i.e. it has been established under the Constitution.

3. How does the Bulgarian Constitutional Court cooperate with the institutions of the judiciary at Community level for the purposes of ensuring a uniform interpretation and application of Community law? It does so through the instruments of *acquis communautaire* and by adhering to the national legal tradition and applying its constitutional law. For the Bulgarian Constitutional Court building this form of cooperation has been an evolutionary process involving a number of small steps. I will try to briefly illustrate its main aspects by discussing four of its judgments.

3.1 First steps taken at the time of accession to the European Union

- *Ruling No 3/2004 commonly referred to as "European"*. This ruling concerned the Constitutional amendments, which Bulgaria had to enact in relation to the crucial issue of surrender of powers provided for in the national Constitution to the bodies and institutions of the European Union. According to the ruling: [...]the acts of primary Community law are essentially international treaties within the meaning of Article 5(4) of the Constitution³

² Ruling No 18/1993 in Constitutional Case No 19/1993.

³ For Bulgarian legal professional Article 5(4) of the Constitution is a fundamental concept. It lays down the essential provisions and rules governing the national legal domain as regards the relationship between national law and international treaties ratified by the Republic of Bulgaria, which have come into full force and effect following their promulgation. The principle known as "moderate monism" is followed, which means that the provisions stipulated in such international treaties are incorporated into and become a part of national law and that should a conflict occur between the two, the provisions laid down in the international treaty apply.

that - provided they are in compliance with the rules stipulated by law - are incorporated into and become part of national law [...].

A key feature of secondary legislation is that its acts are not construed as international treaties within the meaning of Article 5(4) of the Constitution and are, therefore, not subject to ratification by the national parliaments following their adoption. They apply directly and do not need to be transposed into national law. This is so because the institutions at Community level act within their respective areas of competence, which have a direct binding effect on the institutions and citizens in Member States. At the same time, it should be recalled that *the means and mechanisms for the enactment of secondary legislation and the scope of that legislation depend on primary law*, which essentially comprises international treaties subject to ratification.

This raises the question of whether or not the adoption of constitutional provisions granting powers to the bodies of the European Union to enact legislation that is directly enforceable in Bulgaria without a requirement for its ratification jeopardizes and encroaches on national sovereignty [...].

One of the fundamental principles of statehood enshrined in the national Constitution is Bulgaria's commitment to the establishment and "promotion of a just international order" (Article 24, Paragraph 2). This objective outlines the framework and constitutes the grounds for the country's accession to the European Union and the acceptance of the direct and universal applicability of Community law in Bulgaria at supranational level. This is best exemplified by the provisions laid down in Articles 5, 4, 85(2) and 149(1)(4) of the Constitution and warrants the conclusion that Bulgaria is fully open to international law and, hence, the possibility envisaged in the Constitution to delegate powers and implement actions with the aim of building a European Union; [...]

With the second amendment of the Constitution (promulgated in State Gazette (SG) No 18/2005), a new Paragraph 3 was incorporated into Article 4, which proclaims that Bulgaria is a country governed by the rule of law. It states: "The Republic of

Bulgaria shall participate in the building and development of the European Union" and fulfill all commitments and obligations arising from the principle of a State governed by the rule of law.

However, with the second Constitutional amendment (SG No 18/2005) no changes were introduced to Article 149, which lays down the powers of the Constitutional Court. In other words, no powers for judicial review of the compliance of national with Community law were granted to the court. The express prohibition stipulated in Article 149(2) of the Constitution on the possibility to expand the powers vested in the court beyond those expressly provided for in the Constitution and the clear awareness, even back in 2005, that the Constitutional Court would be required to take part in the cooperation mechanism set in place to ensure the uniform application of Community law, warrant the conclusion that the Bulgarian lawmaker understood the powers of the Constitutional Court, as they existed and were exercised at the time of Bulgaria's accession to the EU, to be appropriate and reasonably enforceable following accession, including in the context of the dialogue and cooperation with the ECJ to ensure the uniform interpretation and application of Community law.

3.2 Post-membership period

3.2.1 Ruling No 6/2008 in Constitutional Case No 5/2008 did not concern a dispute in which the Court was petitioned to conduct a review in order to ascertain the constitutionality of a challenged provision with international treaties. In fact, in the motives accompanying their pleas the parties did not even mention Community law. However, in order to properly substantiate the legal arguments set forth in its ruling (by which it proclaimed the challenged piece of legislation anti-constitutional) the court resorted to Community law and held as follows:

"[...] In the main, the link between competition and the award of public procurement contracts is emphasized in Community law (cf. Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC). According to EU law on public procurement, including Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council, which must be transposed into national law by the end of 2009 at the latest, the

designation of the body competent to rule on the legality of the decisions, actions and omissions of contracting authorities, and on the powers granted to different institutions to monitor the different aspects of the public procurement process, is a discretionary matter to be decided by the national lawmaker on the condition that it acts independently and its decisions are subject to judiciary or another review in accordance with Article 234 of the Treaty establishing the European Community.

[...] Some of the opinions presented by the parties to the dispute discuss the need for a review of the legal acts concerned. In that they are undoubtedly influenced by Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council, which, in its Bulgarian translation refers to a "review" (in English) and "procédure de recours" (in French), as opposed to the older Council Directive 89/665/EEC, which makes use of the term "appeal". It should nevertheless be taken into account that Directives 89/665/EEC and 2007/66/EC allows the procedure concerned to be brought not only before a court of law but also before other bodies of the judiciary, which compromises the use of such phraseology. According to both directives, the body responsible for the monitoring of public procurement exercises diverse powers. Moreover, some of these are not strictly in the domain of justice administration, *inter alia*, imposing temporary measures with a view to rectifying alleged infringements or precluding damages, the revocation of decisions that contravene the provisions laid down by law, and the award of compensation. Thus, by outlining the scope of powers to be vested in the bodies concerned, the cited directives also outline the possible solutions as regards the legal position of the body in which powers to carry out controls on public procurement are to be vested under national law [...]."

3.2.2 Ruling No 1/2008 passed in Constitutional Case No 10/2007. The petitioners request that the court conducts an abstract review to ascertain the constitutionality of the provision laid down in Article 149(1) (2) of the Constitution. However, the arguments set out in the petition in support of the alleged anti-constitutionality of the cited provision do not refer to Community law. *This is a landmark ruling and an important step forward for*

the Bulgarian Constitutional Court because the national Constitution, as already mentioned, does not grant express powers to it to engage in cooperation with an aim of ensuring the uniform interpretation and application of Community law, including by submitting prejudicial enquiries to the ECJ (Article 149(2) of the Constitution). *This presents a query as to the legal grounds laid down in the fundamental law upon which the Constitutional Court may cooperate with judiciary institutions at EU level with a view to achieving the objective of a uniform interpretation and application of Community law in line with its legitimate mandate.*

Several years ago, the Italian Constitutional Court concluded that its power to do so did not derive from the Italian Constitution but from Community law itself.

In its Ruling No 1/2008 in Constitutional Case No 10/2007, the Bulgarian Constitutional Court found that the grounds for cooperation with the institutions of the judiciary at EU level derive not only from Community law but also from the national Constitution, notably Article 149(1)(4) thereof: "The Constitutional Court [...] 1(4) rules on the constitutionality of international treaties to which the Republic of Bulgaria is a signatory prior to their ratification as well as on their compliance with the universally recognized principles of international law and international treaties to which it is a party on the basis of its Ruling No 3/2004 (mentioned above) in which the court held that primary EU law, i.e. the founding Treaties and their amendments, constitute international treaties."

- *Ruling No 1/2008 in Constitutional Case No 10/2007:*

- "The Court, as already noted, has been petitioned to ascertain the constitutionality of Article 149(1) (2). The petitioners allege that the Preamble and Articles 4(1), 6(2), 19(2), 56 and 134 of the fundamental law contravene the fundamental law. Without being limited by the cited constitutional grounds (Article 22 of the Constitutional Court Act), and taking into account the arguments and opinions submitted in support of the *alleged anti-constitutionality of the law concerned with legal acts of the European Union or ECJ case-law*, the

Constitutional Court finds that it is necessary to establish *whether or not the latter constitute proper grounds to proclaim the provision as anti-constitutional on the basis of the cited Article 149(1)(2)*. In accordance with sub-paragraph 4 of the same law, when petitioned the court may ascertain the compliance of a law with the international treaties to which Bulgaria is a party. Within the meaning of Article 15(2) of the Law on Statutory Acts, where a conflict occurs between the provisions laid down in national and Community law, the latter apply as a matter of priority. As regards the cited EU Directive, its main provisions aim to ensure that each Member State brings its legislation in compliance with Community law (Article 249(3) of the Treaty establishing the European Community), and that national law is subject to full constitutional review."

In other words, if the Constitutional Court had been petitioned on the grounds of Article 149(1)(4) of the Constitution, it would have been required to ascertain the compliance of the challenged provision with EU law. Why? Because primary EU law essentially comprises international treaties, which in accordance with Article 5(4) of the Constitution form an integral part of national law. Therefore, where a conflict occurs between national law and secondary EU law - derived directly from primary law - the latter supersedes national law and applies as a matter of priority. The ruling also explicitly refers to Article 15(2) of the Law on Statutory Acts, which stipulates: "**Article 15(2)** (new, SG No 46/2007) Where a statutory act contravenes a Regulation of the European Union, the Regulation shall apply".

The position taken within the official *doctrine*⁴ criticized the Constitutional Court alleging that it based its ruling "on formalistic considerations exploiting loopholes in the law"! Such criticism was unwarranted and unjust because the Constitutional Court, acting with caution and prudence (but not out of fear), sought a way to rule on the matter within the remit of the powers vested in it by Constitution. I once again recall that the second amendment of the Constitution enacted in 2005 did not expand its powers as it was already clear at that stage that Article 149(1)(4) of the

⁴ A Kornezov, *The Constitutional Court case-law in the light of Community law (2007-2008), Society and law, Volume II/2009*.

national Constitution would by default incorporate the review conducted to ascertain the compliance of national with Community law as Article 5(4) had properly substantiated the argument that membership of the EU did not entail a loss of national sovereignty but simply required the application of Article 5(4) of the Law on Statutory Acts.

3.2.3 In Constitutional Case No 15/2010 the Court was petitioned under both sub-paragraphs 2 and 4 of Article 149(1) of the fundamental law, the petitioners expressly asking that the court also rules on compliance with Community law. In its interim decision on the merits of the petition, the Constitutional Court found - *for the first time* - which the review conducted for the purposes of ascertaining compliance with Community law was within its remit of proper competence and proceeded to examine the substance of the petition. In its ruling, it held that: [...] "*it has proper jurisdiction to rule on the petition filed by the President of the Republic by which it is asked to proclaim the anti-constitutionality of §3f and §8a of the Labour Code (§20(2) and §21 of the Law amending and supplementing the Labour Code), respectively, and ascertain the contravention of §3f and §8a of the Labour Code with specific provisions of the Universal Declaration on Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the 1936 Holidays with Pay Convention (No 52) of the International Labour Organisation, the European Social Charter (revised), the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union in conjunction with Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council concerning certain aspects of the organisation of working time*".

In its Ruling No 12/2010, by which the provisions concerned were proclaimed anti-constitutional and in breach of Community law, the Court held as follows:

"1. Upholds the anti-constitutionality of §3f and §8a of the Transitional and Final provisions of the Labour Code (§20(2) and §20(5) of the Law amending and supplementing the Labour Code), promulgated in SG No 58/2010.

2. Pronounces §3f and §8a of the Transitional and Final

Provisions of the Labour Code and the Public Servants Act, respectively, in breach of Articles 24 and 2(1) of the Universal Declaration on Human Rights; Articles 7b(d) and 2(2) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; Article 2 of the 1936 Holidays with Pay Convention (No 52) of the International Labour Organisation; Article 2(3) of the European Social Charter (revised); Article 31(2) in conjunction with Article 52(1) of the Charter on Fundamental Human Rights of the European Union; and Article 7 of Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council in conjunction with Articles 153 and 151 of the Treaty on the Functioning of the European Union".

Special attention should be given to the operative part of the judgment in the part "*in conjunction with Articles 153 and 151 of the Treaty on the Functioning of the European Union*", in other words the fact that the court ruled on the compliance of a provision laid down in national law with Community law by exercising its power to conduct a review for the purposes of ascertaining the compliance of national with international treaties to which Bulgaria is a party. In its Ruling No 12/2010 the Constitutional Court applied the **Acte Claire** doctrine, in the sense that in the case at hand the interpretation and validity of the relevant piece of Community legislation was so evident as not to leave any reasonable doubt.

3.6 The analysis of Community law warrants the conclusion that the Bulgarian Constitutional Court, as a court of an EU Member State, albeit one of a special order, **should by default be allowed to submit PREJUDICIAL ENQUIRIES**. The fact that it is a body established by the Constitution, which has proper jurisdiction to rule within the national legal domain, is not sufficiently powerful enough to preclude the possibility for prejudicial enquiries to be sent to the ECJ per se. Let us briefly consider the most important power vested in the Constitutional Court, notably the exercise of abstract constitutional review in cases of transposition of Community into national law, by examining a hypothetical situation in which the court is petitioned by a body outside the judiciary system. In this situation, the Constitutional Court would be the only and last instance at which the matter may be reviewed

at national level. Therefore, in order to achieve a uniform interpretation and application of Community law in all EU Member States, the Bulgarian Constitutional Court should have the possibility to send PREJUDICIAL ENQUIRIES.

4. In practice, as compared to ordinary courts of law, Constitutional Courts tend to be petitioned in respect of matters within the domain of Community law much less frequently. Why? Because the powers granted to ordinary courts concern first and foremost the organisation of the State, in other words they concern the institutions and institutional matters. However, they additionally concern fundamental rights, which are also enshrined in the Constitution, and it is in such cases that the measures taken by the national authorities to transpose or apply Community law are challenged on the grounds of their compliance with the Constitution and the principles lay down therein.

In the framework of cooperation with the ECJ pressures may sometimes occur due to the fact that the disputes brought before national constitutional courts require *discretionary judgment* on legal matters (acts that transpose EU Directives into national law). They also concern the *validity of specific provisions of Community law* and the criteria for such discretionary judgment are derived from two sources - Community law and the national Constitution.

Finding the right path for further development of cooperation with the ECJ with the objective of ensuring the uniform interpretation and application of Community law whilst upholding the dignity and unique identity of the national Constitution, remains one of the primary tasks of the Bulgarian Constitutional Court. After all, Community law itself is built on the achievements of constitutionalism throughout the centuries of its development within the confines of the nation-state.



T. Birmontienė

*Justice of the Constitutional Court of the
Republic of Lithuania*

The Influence of Constitutional Review on Modern Trends of Constitutional Law

1. Introduction

Constitutional review is an important institute of constitutional law, without which the constitutional law of most European and other countries would hardly be imaginable. Constitutional control influences, and sometimes also determines, the content of some areas of law as well as formation of new institutes of law. In the modern world constitutional review, carried out by various forms and methods, exists not as an idea of perfection of law, but as one of essential features of a democratic state, and this is especially evident from the development of statehood in Central and Eastern Europe at the end of the 20th century.

The purpose of this presentation is to analyse how the institute of constitutional control changed the concept of constitutional law of Lithuania, what changes were undergone in the system of sources of constitutional law, how the main source of constitutional law—the Constitution itself—has become "living law" and is creating a new paradigm of constitutional law.

2. The establishment of the Constitutional Court and its activity as the main factor that determined the changes of constitutional law

The restoration of the State of Lithuania at the end of the 20th century, which was declared in the 11 March 1990 Act "On the Re-establishment of the State of Lithuania", is linked with adoption of several constitutions. However, the constitutions that were valid for a short time only (the 1938 Lithuanian Constitution was

restored for a short period of time and the Provisional Basic Law was adopted in 1990) and which essentially changed the content of constitutional law, did not exert any crucial influence on the new concept of constitutional law. Neither did these constitutions provide for an institution of constitutional review. Constitutional law used to be investigated from the historical aspect, much attention used to be paid to an analysis of the text of the constitution as well as to interpretation of its norms, and individual institutes of constitutional law were analysed. Constitutional law used to be treated as an important one, however, as the one being on the same level as other areas of ordinary law.

The adoption of the 25 October 1992 Constitution of the Republic of Lithuania (hereinafter—the Constitution) was the crucial factor that determined and is determining the development of the entire law and constitutional law in particular. The Constitution has been amended several times¹, whereas its essential amendment was the adoption of the Constitutional Act of the Republic of Lithuania "On Membership of the Republic of Lithuania in the European Union", which defined the relations between constitutional and supranational law (in this act inter alia the place of the norms of EU law in the Lithuanian legal system is described).

The 1992 Constitution provided for establishment of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania (hereinafter—the Constitutional Court), the institution of constitutional review, and defined the areas of its activities. The emergence of the Constitutional Court also determined the development of a new area of constitutional law—an institute of constitutional review—and the growth of newly formed law of constitutional review procedure.

The Constitutional Court was formed and began its activities in 1993, however, constitutional law was still treated only as being one among areas of law, perhaps an important one, but as being on the same footing as other areas of law, and, even as somewhat less important, since it dictated only some imperatives and "basics" to other branches of law, but its direct influence on the legal system remained rather limited.

During this period, which continued for more than five years, the Constitutional Court adopted some very important acts: one

¹ All in all, seven articles of the Constitution have been amended, whereas some of these articles have been amended more than once.

of them was the 24 January 1995 Conclusion on the compatibility of some norms of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights) with the Constitution², which stirred discussions among some legal scientists regarding several arguments expressed by the Constitutional Court that were related with validity of norms of an international treaty in national law. During this period the Constitutional Court paid much attention to the analysis of the jurisprudence of other constitutional courts and was "looking for" its own place in the system of state powers.

During this stage, scientists of constitutional law and of other areas of law discussed a lot about the power of Constitutional Court acts and their impact upon other areas of law. Constitutional Court acts were assessed as significant, however, their place among the sources of law was perceived in a varied manner.

For a long time, the Constitutional Court did not speak about the meaning of the acts adopted by it and perception of these acts as sources of law. There were scientific discussions about the legal power of Constitutional Court acts and that of their constituent parts; there were also discussions about the role of the Constitutional Court as the "negative legislator", about which legal acts of the Constitutional Court must be attributed to sources of constitutional law, etc. Institutes of constitutional law were interpreted not only on the grounds of the Constitution and the jurisprudence of the Constitutional Court, but also were widely construed on the basis of ordinary law.

The year 2000 was marked by an essential breakthrough, when in the jurisprudence of the Constitutional Court the doctrine of integrity of an act (*ruling*) of the Constitutional Court was formulated-in its decision of 12 January 2000³, the Constitutional Court noted that a ruling of the Constitutional Court constitutes one whole; its ruling part is based on the arguments of the stating part; construing its ruling, therefore, the Constitutional Court is

² The Conclusion of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania "On the compliance of Articles 4, 5, 9, 14 as well as Article 2 of Protocol No. 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with the Constitution of the Republic of Lithuania" of 24 January 1995. Full texts of all final acts adopted by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania can be found at www.lrkt.lt/index_e.html

³ The Constitutional Court decision of 12 January 2000 "On the request to construe a Constitutional Court ruling"

bound by both the content of the ruling part and that of the stating part; a decision adopted in connection with the construction of a ruling of the Constitutional Court is inseparable from the ruling of the Constitutional Court.

Another important ruling of the Constitutional Court was its ruling of 30 May 2003⁴ wherein the Constitutional Court held that only the Constitution itself (with amendments) and final acts of the Constitutional Court, in which the constitutional doctrine is being formulated, may be sources of constitutional law. The Constitutional Court noted that, under the Constitution, decisions (rulings) of the Constitutional Court are obligatory to everyone; acts of the Constitutional Court are a source of law; under the Constitution, only the Constitutional Court is empowered to construe the Constitution officially; the Constitutional Court does so by deciding whether the laws are not in conflict with the Constitution, whether other acts of the Seimas (Parliament) are not in conflict with the laws and the Constitution, whether acts of the President of the Republic and the Government are not in conflict with the laws and the Constitution.

Emphasising the importance of its legal acts as sources of law, in the aforementioned ruling the Constitutional Court stated that while considering the compliance of laws and other legal acts (or parts thereof) with the Constitution, the Constitutional Court develops its concept of constitutional provisions which was presented in its earlier rulings and other acts, by disclosing new aspects of the regulation established by the Constitution, which are necessary for the consideration of a particular case. The institutions that adopt the acts - the Seimas, the President of the Republic, and the Government - while adopting new, amending and supplementing the already adopted laws and other legal acts, are bound by the concept of the provisions of the Constitution and other legal arguments presented in the reasoning part of the Constitutional Court ruling.

In the clarification of the power of acts of the Constitutional Court, its ruling of 6 June 2006⁵, wherein the Constitutional Court spoke about its own status, is significant. The Constitutional Court even had to solve the question whether the Constitutional Court is a court-a group of Members of the Seimas (Parliament) applied to

⁴ The Constitutional Court ruling of 30 May 2003 "On elections to municipal councils"

⁵ The Constitutional Court ruling of 6 June 2006 "On the status of the Constitutional Court".

the Constitutional Court with such a doubt. In its ruling of 6 June 2006, the Constitutional Court emphasised that, under the Constitution, the Constitutional Court is an institution of constitutional justice executing constitutional judicial review, within its competence deciding on the compliance of legal acts (parts thereof) of lower power with legal acts of higher power, inter alia (and, first of all) with the Constitution, and executing its other constitutional powers, as well as guaranteeing the supremacy of the Constitution in the legal system and securing constitutional justice. The fact that only the Constitutional Court has the constitutional powers to officially construe the Constitution—to provide the concept of the provisions of the Constitution, which is binding on all the law-making and law-applying institutions as well as on the Seimas, the representation of the Nation, obviously testifies that the Constitutional Court may not be an institution not implementing state power.

Quite a few acts of the Constitutional Court were devoted for interpretation of the constitutional doctrine and its significance. The Constitutional Court emphasised that the constitutional doctrine cannot be finished at some point, and that it is being formed in constitutional justice cases in the course of interpreting the norms and principles of the Constitution (Constitutional Court rulings of 30 May 2003, 28 March 2006⁶, 9 May 2006⁷, etc.). The doctrine of reinterpretation of the constitutional doctrine, which is formed in Constitutional Court acts, is also significant. The Constitutional Court has formulated the criteria determining in what situations its doctrine may be reinterpreted in Constitutional Court acts.

A new doctrine of sources of constitutional law, under which one distinguishes the sources of two levels—sources of constitutional law which include the Constitution itself and the constitutional doctrine formulated by the Constitutional Court and sources of constitutional law which include also other sources such as constitutional laws, the Statute of the Seimas, etc., becomes increasingly consolidated in the tradition of Lithuanian constitutional law.

The jurisprudence of the Constitutional Court has also

⁶ The Constitutional Court ruling of 28 March 2006 “On the powers of the Constitutional Court to review its own decision and dismiss the instituted legal proceedings as well as on reviewing financing of courts

⁷ The Constitutional Court ruling of 9 May 2006 “On the constitutional system of the judiciary and its self-government, on appointment, promotion, transfer of judges and their dismissal from Office”

“expanded” the limits of constitutional law. At present it would be difficult to answer to the question “what relations are not covered by constitutional law”. This is because any issue of ordinary law may become a serious constitutional problem, inter alia the energy market, privatisation of the natural gas sector, the implementation of the project of an atomic power plant, criminal liability of a legal person, the limitation of social guarantees in the situation of the economic crisis and its consequences, etc.

3. The influence of the Constitutional Court on the doctrine of sources of constitutional law

The Constitutional Court has not only formulated the doctrine of its legal acts as sources of law, but it has also disclosed the significance of other sources of law inter alia international treaties and constitutional laws and has had influence on the formation of certain new sources of law.

The Constitutional Court has formulated the doctrine of international treaties as a legal source, which has been gradually developed, and some elements of this doctrine were specified⁸.

The Constitutional Court has held that the treaties ratified by the Seimas acquire the power of the law (Constitutional Court conclusion of 24 January 1995, ruling of 17 October 1995⁹ and decisions of 25 April 2002¹⁰ and 7 April 2004¹¹). While interpreting this doctrinal provision, in its ruling of 14 March 2006¹² the Constitutional Court held that it cannot be construed as meaning that, purportedly, the Republic of Lithuania may disregard its international treaties, if a different legal regulation is established in its laws or constitutional laws than that established by international treaties. Quite to the contrary, the principle entrenched in the Constitution that the Republic of Lithuania observes international obligations undertaken on its own free will and respects universally recognised principles of international law implies that in

⁸ In a certain aspect, at the initial stage (in its conclusion of 24 January 1995) the Constitutional Court formulated the legal doctrine of the Convention as a legal source, which is applied differently in criminal and civil law, however, later on, such differentiated application of the Convention was not developed and the Constitutional Court assesses the Convention as a directly applied legal source without differentiating the spheres of law. (The principle of a differentiated application of the Convention was widely discussed and criticised by most scientists of Lithuanian law).

¹⁰ The Constitutional Court ruling of 17 October 1995 “On the Law “On International Treaties of the Republic of Lithuania”

¹¹ The Constitutional Court decision of 25 April 2002 “On the State Pensions of Prosecutors and Soldiers”

¹² The Constitutional Court decision of 7 April 2004 “On the refusal to investigate part of the petition”

cases when national legal acts (inter alia laws or constitutional laws) establish the legal regulation which competes with that established in an international treaty, then the international treaty is to be applied.

The European Convention on Human Rights is applied in Lithuanian law directly. While construing the relation between the ratified international treaty and a law, in its decision of 25 April 2002 the Constitutional Court held that, under the Constitution, the Constitutional Court shall consider and adopt decisions concerning the conformity of laws of the Republic of Lithuania and legal acts adopted by the Seimas with the Constitution of the Republic of Lithuania. Thus, under the Constitution, the Constitutional Court shall not consider the conformity of a law with a legal act having the force of the law. Therefore, the Constitutional Court does not investigate the compliance of a law with the legal act which has the power of the law, it refuses to investigate the petitions of the petitioners regarding the compliance of laws with the international treaties, however, it investigates the compliance of sub statutory legal acts with international treaties.

The Constitutional Court has emphasised the significance, first of all, that of the jurisprudence of the European Court of Human Rights, in the course of deciding the compliance of legal acts with the Constitution. The European Convention on Human Rights, being an international treaty, is quite often interpreted as belonging not only to the sphere of international law, but also to constitutional law. While deciding the questions on human rights which are to be attributed also to the sphere of regulation of the Convention, the courts must at the same time refer not only to the Constitution, but also to the provisions of the Convention. Therefore, the Convention and the judgments of the European Court of Human Rights have the dimension of constitutional law, even though usually the Convention law is considered as being subordinate, according to its legal power, to constitutional law. However, such a formal point of view may not deny the important circumstance that, while influencing the construction of the catalogue of human rights which is enshrined in the constitutions, it essentially determines the principles of interpretation of rights, and sometimes even the content itself. The Constitutional Court

interprets the jurisprudence of the European Court of Human Rights as a particularly important source for the construction of law. Such a role of the Convention determines the entrenchment of the concept of constitutional human rights as innate rights which are based on the democratic values of the European culture and helps to foster the constitutional values of human rights.

The Convention and the jurisprudence of the European Court of Human Rights play a vital role in the development of the doctrine of human rights which is formulated by the Constitutional Court. The interpretation of constitutional rights guarantees by the Constitutional Court is to a great extent influenced by the understanding which the European Court of Human Rights gives to corresponding guarantees in the Convention. The concept of the Constitution as a living instrument permits the Constitutional Court to find an answer to most of the questions linked to human rights in the Constitution and not to oppose the principles of the Constitution and the Convention.

The exceptional significance of the Convention, nevertheless, does not create in certain situations absolute preconditions for avoiding the intersection of the jurisprudences in the course of interpretation of law by the Constitutional Court. The intersection of the jurisprudences, which comes into being due to different assessments of the legal regulation in cases where the same legal act was recognised by the Constitutional Court as being in compliance with the Constitution, while the European Court of Human Rights recognised that the application of the said act was a cause of the violation of a certain person's rights protected by the Convention (or vice versa), is one of the most important questions and raises many theoretical and practical problems. Different decisions in the intersection of the jurisprudences are determined by the character of the legal regulation which confronts the Convention. If such legal regulation does not stem from the Constitution itself, then ordinary courts should apply the Convention. If the legal regulation confronting the Convention stems directly from the Constitution, the answer to such a problem becomes more complicated, since the problem acquires the political dimension with a possibility of amending corresponding provisions of the Constitution.

After Lithuania had become a member of the EU and after the

13 July 2004 amendment to the Constitution-the Constitutional Act of the Republic of Lithuania "On Membership of the Republic of Lithuania in the European Union"-had been adopted (the latter came into force on 14 August 2004). The Constitutional Court had also to interpret the relation of EU law (supranational law) with the Constitution. In the Constitutional Court decision of 8 May 2007¹³, "On applying to the Court of Justice of the European Communities" the Constitutional Court decided to apply to the Court of Justice of European Communities for a preliminary ruling on this issue: Is Article 20 of Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC to be construed as obliging Member States to establish the legal regulation whereby any third party has the right, at its discretion, providing there exists "the necessary capacity" of electricity system, to choose as to which system-electricity transmission or electricity distribution-it wishes to connect, while the operator of such system has a duty to grant access to such network?. The Constitutional Court decided that the issue of consideration of constitutional justice case No. 47/04 at the judicial hearing of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania will take place after the requested preliminary ruling of the Court of Justice of European Communities is received.

In the arguments of this decision the Constitutional Court underlined that when investigating whether the disputed law (part thereof) is not in conflict with the Constitution, the Constitutional Court officially construes both the Constitution and the law. While doing so, the Constitutional Court applies various methods of construction of law: The Constitutional Court has construed the collision rule, which consolidates the priority of application of European Union legal acts in the cases where the provisions of the European Union arising from the founding Treaties of the European Union compete with the legal regulation established in Lithuanian national legal acts (regardless of what their legal power is), save the Constitution itself¹⁴. Therefore, it is necessary to construe the disputed provision of the Law which was passed

¹³ The Constitutional Court ruling of 14 March 2006 "On the refusal to construe the provisions of a Constitutional Court ruling"

¹⁴ The Constitutional Court decision of 8 May 2007 "On applying to the Court of Justice of the European Communities"

while implementing inter alia Directive 2003/54/EC, in the context of the legal regulation established in the said directive. Under Article 220 of the Treaty Establishing the European Community, the Court of Justice of European Communities shall ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed, while under Article 234 of the Treaty Establishing the European Community, the Court of Justice of European Communities shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning the interpretation of acts of the institutions of the Community (thus, also of Directive 2003/54/EC).

The issue of the relation of international law with the Constitution has remained important-this issue was interpreted by the Constitutional Court *inter alia* in its ruling of 14 March 2006. As the said questions continue to be of importance, they are further being developed in the jurisprudence of the Constitutional Court.

The Constitutional Court has also broadened the circle of sources of law, by substantiating the doctrine of precedent-a new source of law in the legal system of Lithuania, and has formulated the main principles of application thereof in the practice of the courts. The Constitutional Court has substantiated the doctrine of precedent as a source of law while interpreting the principle of a state under the rule of law, which is entrenched in the Constitution and implies continuity of jurisprudence.

In its ruling of 24 October 2007¹⁵, the Constitutional Court noted that court precedents are sources of law-*auctoritate rationis*; the reference to the precedents is a condition for the uniform (regular, consistent) court practice as well as that for implementation of the principle of justice entrenched in the Constitution. Therefore, it is not permitted that court precedents be unreasonably ignored. In order to perform this function properly, the precedents themselves should be clear. Court precedents may not be in conflict with the official constitutional doctrine, either. On the other hand, it is not permitted that the significance of court precedents as sources of law be overestimated, let alone be made absolute. One must refer to court precedents with particular care.

In the Constitutional Court decision of 21 November 2006¹⁶,

¹⁵ These provisions were also interpreted in the Constitutional Court rulings of 14 March 2006 and 21 December 2006

¹⁶ The Constitutional Court ruling of 24 October 2007 "On court precedents and on lodging complaints against court rulings whereby one applies to the Constitutional Court or an administrative court"

the Constitutional Court noted that not only ordinary courts, but the Constitutional Court itself is bound by the precedents that it itself has created as well as by the official constitutional doctrine which has been formulated by the Constitutional Court and which substantiates these precedents.

In its ruling of 24 October 2007, the Constitutional Court further developed the principles of the precedent and stressed that the Constitutional Court, while referring to its already formed constitutional doctrine and precedents, must ensure the continuity of the constitutional jurisprudence (its consecution, consistency) and the predictability of its decisions. It may be possible to deviate from the Constitutional Court precedents created while adopting decisions in cases of constitutional justice and new precedents may be created only in the cases when this is unavoidably and objectively necessary, constitutionally grounded and reasoned; also the official constitutional doctrinal provisions on which the precedents of the Constitutional Court are based may not be reinterpreted so that the official constitutional doctrine would be corrected. The necessity to reinterpret certain official constitutional doctrinal provisions so that the official constitutional doctrine would be corrected may be determined only by the circumstances as the necessity to increase possibilities for implementing the innate and acquired rights of persons and their legitimate interests, the necessity to better defend and protect the values enshrined in the Constitution, the need to create better conditions in order to reach the aims of the Lithuanian Nation declared in the Constitution on which the Constitution itself is based, the necessity to expand the possibilities of the constitutional control in order to guarantee constitutional justice and to ensure that no legal act (part thereof) which is in conflict with legal acts of greater power would have the immunity from being removed from the legal system.

The theory of sources of law inter alia sources of constitutional law that is being formulated by the Constitutional Court constitutes a very important factor as a new paradigm of constitutional law is coming into existence.

4. The transformation of the Constitution from declaration into norms and principles

The emergence of constitutional review and its development determined the growth of constitutional law and the emergence of the concept of the Constitution as "living" law. While looking for an answer whether the norms of ordinary law were not in conflict with the Constitution, the Constitutional Court had to construe and interpret the Constitution, helping it to become the "living Constitution".

Of course, we could only guess how constitutional law and its significance might be understood if constitutional review did not exist. However, even though the scientific thought "rivalled" with the jurisprudence of the Constitutional Court, however, the essential changes in interpreting the concept of constitutional law (the principal source of which is "living Constitution") as supreme law were determined by the jurisprudence of the Constitutional Court.

One should mention the Constitutional Court ruling of 25 May 2004¹⁷, wherein the Constitutional Court formulated the doctrine of interpretation of the Constitution (norms and principles thereof) and the concept of the Constitution as supreme law without gaps. The Constitutional Court emphasised that due to the fact that the Constitution is an integral act, that it is comprised of various provisions—both the constitutional norms and the constitutional principles—among which there may not exist and there is no contradiction, and which constitute a harmonious system, that the constitutional principles are derived from the entirety of the constitutional legal regulation expressing the spirit of the Constitution, and from the meaning of the Constitution as the act consolidating and protecting the system of the major values of the state community, the civil Nation, and which provides the guidelines for the entire legal system, as well as due to the fact that the letter of the Constitution may not be interpreted or applied in the manner which denies the spirit of the Constitution, only comprehensive interpretation of the Constitution may provide conditions for realisation of the purpose of the Constitution as a social agreement and the act of the supreme legal power, and for ensuring that the meaning of the Constitution will not be deviated from, that the spirit of the Constitution will not be denied, and that the values upon which the Nation has based the Constitution adopted by it will be consolidated in reality.

¹⁷ The Constitutional Court decision of 21 November 2006 "On the formation of Seimas provisional investigation commissions"

These provisions have been reiterated and have been developed in subsequent rulings of the Constitutional Court. In the doctrine of the Constitutional Court the Constitution is interpreted as law without gaps and any institute of ordinary law can be assessed in the aspect of its compliance with the Constitution.

The Constitutional Court has also interpreted various issues of direct application of the Constitution by ordinary courts, in situations where a court, while solving issues related to human rights is confronted by significant gaps in ordinary law. In the constitutional jurisprudence, while deciding cases related with a person's constitutional rights, more often than not one has to deal with an inactive legislator, as well as legal gaps, which especially encumber the implementation of constitutional social rights. In its decision of 8 August 2006¹⁸, the Constitutional Court noted that in case of legislative omission, which is prohibited by the Constitution, courts must fill the gaps in the respective individual case and this must be carried out by applying, first of all, the Constitution, general principles of law; however, such court's decision does not remove the duty of the legislator to fill the corresponding legal gap. The said Constitutional Court decision may be of significance when deciding cases regarding the social rights of a person, the implementation and restoration of which (where these rights have been violated) would be impossible if the legislator tried to avoid regulating the corresponding relations in a due way by means of ordinary law.

It is the Constitution itself where the Constitutional Court has to find answers to the questions which could not be reflected *expressis verbis* in the text of the Constitution when it was being drafted and adopted. One of such important current questions is reduction of social guarantees in the conditions of the economic crisis. The Constitutional Court has formed the doctrine of limitation of social rights during an economic crisis. In its decision of 20 April 2010¹⁹, the Constitutional Court, while providing construction of provisions of its previous rulings, emphasised the importance of adherence to constitutional requirements during an economic crisis, when various issues of social guarantees are being decided, and reiterated some of the principles formulated previously, whereby in exceptional situations, when, due to a grave

¹⁸ The Constitutional Court ruling of 25 May 2004 "On the Law on Presidential Elections"

¹⁹ The Constitutional Court decision of 8 August 2006 "On the dismissal of the legal proceedings"

economic and financial situation that has occurred in the state, the servants' salaries financed from state and municipal budgets, as well as awarded pensions that are paid from inter alia social insurance funds, may be reduced, however, it can be done only by law, when there is no other economic and financial alternative, and while following the constitutional principle of proportionality and other constitutional principles. Such reduction in the remuneration for work (and pensions²⁰) must be temporary and grounded upon the circumstances of the extremely difficult economic and financial situation in the state.

The Constitutional Court, while interpreting in its decision of 20 April 2010 the provisions of its former doctrine, formulated the constitutional imperatives which must be followed by the legislator while solving the issues of reduction of social guarantees, *inter alia* reduction of salaries as well as the pensions paid from the social insurance fund.

5. The significant influence of the development of the constitutional jurisprudence on the development of the scientific doctrine of constitutional law

The scientific research in constitutional law has also provided a significant contribution for the consolidation of constitutional law, as law actually determining the development of ordinary law, in the Lithuanian legal system. The comprehension of the structure of the legal system underwent changes as well. The legal system is understood as being "vertical-horizontal": constitutional law rose above ordinary law, while the latter remained in the horizontal position. However, such changes took place during a certain period of time, when the Constitution in reality underwent transformation from declaration into the norms and principles directly applied by courts.

The works of legal scientists and former justices²¹ of the Constitutional Court, who substantiated the new conception of constitutional law as jurisprudential law, were especially important

²⁰ Constitutional Court decision of 20 April 2010 "On the construction of the provisions of acts of the Constitutional Court related to reduction of pensions and remunerations during an economic crisis"

²¹ The Constitutional Court in the same decision also formulated a duty of the legislator, whereby, the legislator, upon occurrence of an extreme situation, when inter alia due to an economic crisis it is impossible to accumulate the amount of the funds necessary to pay old age pensions must, while reducing old age pensions, provide for a mechanism of just compensation of incurred losses to the persons to whom such pensions were awarded and paid, whereby, after the said extreme situation is over, the state would undertake an obligation before such persons to compensate them, in a fair manner and within a reasonable time, for the losses incurred by them due to the reduction of the old age pension.

for the formation of new understanding of Lithuanian constitutional law. First of all, constitutional law "discovered" the constitutional principles, without forgetting its own norms, later the gap between constitutional and ordinary law was substantiated, the conception of the jurisprudential constitution was consolidated, and constitutional law as jurisprudential law was reasoned. The concept of constitutional law had to change in essence and this fact significantly influenced the research of other scientists of constitutional law, who freed themselves from the fundamental influence of ordinary law²².

After one had recognised that only the Constitution and the constitutional doctrine formulated by the Constitutional Court are sources of constitutional law, the legal science confronted another problem—the scientists has focused their attention on an analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court, however, in such a case the constitutional institutes that have not been interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court receive less attention.

One could ask a question: what has not been said and explained in constitutional law? However, the concept and definition of constitutional law as an area of law has remained the biggest problem in the legal science, especially in the situations when one is seeking to formulate a certain definition and to demonstrate the existing gap between constitutional and ordinary law. *Constitutional law is to be treated as supreme law whose provisions are essentially different from ordinary law by their functions, systemic ties, entrenchment in legal acts, as well as by the system of sources wherein they are entrenched, where the system of sources encompasses only the Constitution and the acts of its judicial interpretation, in which the official constitutional doctrine is laid down.* Thus, in terms of the concept and definition of constitutional law, the door for scientific research remains widely open.



²² In this context the works of E. Jarašiūnas and E. Kūris are particularly distinguished.

С. Салманова

Заместитель Председателя

Конституционного Суда Азербайджанской Республики

Современные тенденции взаимоотношений Конституционного Суда Азербайджанской Республики с судами общей юрисдикции

Для меня большая честь выступить от имени Конституционного Суда Азербайджанской Республики на Конференции, посвященной двадцатой годовщине создания Конституционного Суда Республики Болгария.

Уважаемый Председатель, уважаемые судьи Конституционного Суда Республики Болгария! Позвольте прежде всего поздравить Вас с этим знаменательным днем, который, несомненно, является историческим событием, имеющим большое значение не только для Конституционного Суда, но и для всей Республики Болгария.

Позвольте представить Вашему вниманию доклад на тему "Современные тенденции взаимоотношений Конституционного Суда Азербайджанской Республики с судами общей юрисдикции".

Конституция и конституционное правосудие, являясь существенными элементами правовой культуры общества, влияют на качественное состояние всего социума и его прогресс. Целью конституционного правосудия является обеспечение и защита верховенства, а также прямого действия Конституции в деятельности всех субъектов общественных отношений на всей территории того или иного государства. Осуществление же функций конституционного правосудия возможно в правовом государстве лишь через реализацию

полномочий органов конституционного контроля, установленных Конституцией и законами.

В ряду государств, восстановивших независимость и взявших курс на построение правового, демократического государства, оказалась и наша страна. За прошедшие после восстановления независимости годы Азербайджанская Республика осуществила целый ряд мер, необходимых для воплощения общепризнанных принципов правового государства. Важнейшим событием в свете начавшихся политических и правовых реформ было принятие в 1995 году путем всенародного референдума Конституции Азербайджанской Республики, провозгласившей обеспечение прав и свобод человека и гражданина высшей целью государства.

Как известно, одной из важных правовых гарантий обеспечения прав и свобод человека и гражданина является Конституционный Суд - самостоятельный орган государства, призванный обеспечить в обществе функционирование режима конституционной законности. Правовой основой деятельности Конституционного Суда является Конституция Азербайджана. Необходимость создания органа конституционного контроля была связана, прежде всего, с конституционно-правовым закреплением приоритета прав и свобод человека в ряду других общечеловеческих ценностей, с коренной реформой государственно-правовых механизмов по их обеспечению и защите, с созданием эффективного механизма, направленного на контроль за соблюдением прав человека и их защиту.

Конституционный Суд Азербайджанской Республики как институт конституционного правосудия имеет сравнительно недавнюю историю. Он был создан в 1998 году. Однако за время своего существования Конституционный Суд как специализированный орган конституционного контроля, формулируя правовые позиции по тем или иным правовым вопросам, внес существенный вклад в развитие основных идей и принципов правового государства, в обеспечение верховенства Конституции и принципа приоритета прав и свобод человека. Вследствие это-

го Конституционный Суд стал одним из важнейших элементов судебной системы и государственной власти Республики.

Природа Конституционного Суда Азербайджана как главного органа судебной защиты Конституции определяет его предметную компетенцию.

Согласно статье 130 Конституции Конституционный Суд Азербайджанской Республики обладает достаточно широкими конституционными полномочиями по осуществлению конституционного контроля. Компетенция Конституционного Суда состоит из нескольких полномочий, в круг которых входит проверка конституционности законов, иных нормативно-правовых актов и международных и межгосударственных договоров, толкование Конституции и законов, разрешение споров о компетенции и другие. Такой широкий спектр полномочий позволяет Конституционному Суду осуществлять конституционный контроль всей законодательной системы, а посредством разъяснения положений Конституции оказывать влияние на развитие права и правоприменительной практики.

В связи со стремительным развитием общества, совершенствованием законодательных актов, правовой системы в целом, демократических процессов и механизмов защиты прав человека 24 августа 2002 года в соответствии с проведенным общенациональным референдумом в Конституцию страны были внесены изменения. Эти изменения вытекали из обязательств, принятых на себя Азербайджанской Республикой в сфере прав и свобод человека в соответствии с международными правовыми актами.

В результате этих изменений значительно расширился круг субъектов, обладающих правом обращения в Конституционный Суд. Так, правом обращения в Конституционный Суд, помимо Уполномоченного по правам человека и граждан, были наделены и суды общей юрисдикции.

Суды общей юрисдикции могут обращаться в Конституционный Суд по вопросам, предусмотренным частью IV статьи 130 Конституции, т.е. о толковании Конституции и за-

конов Азербайджанской Республики в порядке, установленном Законом "О Конституционном Суде".

Согласно установленному порядку существуют два обязательных условия для направления обращения: 1) данное обращение должно быть непосредственно связано с осуществлением прав и свобод человека; 2) обращение должно быть связано с конкретным делом, находящимся в производстве суда.

В соответствии с Конституционным Законом "О нормативно-правовых актах" при обнаружении неопределенностей и различий в содержании нормативно-правового акта, а также противоречий в практике применения нормотворческий орган, принявший данный акт, или в соответствии с частью IV статьи 130 Конституции Азербайджанской Республики Конституционный Суд Азербайджанской Республики официально толкует соответствующие нормы.

Важно отметить, что обращения судов играют огромную роль в выработке правовых позиций Конституционного Суда при разбирательстве тех или иных правовых вопросов. В свою очередь, выработанные правовые позиции Конституционного Суда оказывают большое влияние на развитие права и правоприменительной практики. Как известно, правовые позиции Конституционного Суда формируются с учетом основ Конституции, ее верховенства и непосредственной силы, международных актов, стороной которых является Азербайджанская Республика, в том числе принципа приоритета прав и свобод человека.

Конечно, необходимо отметить, что интерпретация применяемых в конкретном деле положений закона является основной задачей судов общей юрисдикции в их повседневной правоприменительной практике. Однако учитывая, что национальное законодательство достаточно новое и находится в постоянном совершенствовании, в некоторых случаях возникает необходимость в официальном толковании положений законов, подлежащих применению.

Вместе с тем хотелось бы привлечь Ваше внимание к определенным трудностям, с которыми приходится сталки-

ваться Конституционному Суду при рассмотрении обращений судов по поводу официального толкования.

Так, согласно части первой статьи 131 Конституции Азербайджанской Республики Верховный Суд Азербайджанской Республики является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и другим делам, отнесенным к производству общих и специализированных судов, он осуществляет правосудие в кассационном порядке, дает разъяснения по вопросам судебной практики. Эти решения Пленума Верховного Суда Азербайджанской Республики носят рекомендательный характер. Суды, наряду с доктринальным и другими видами толкованиями, используют эти разъяснения при обосновании своих решений. Однако данные разъяснения распространяются в конечном итоге на одного правоприменителя - суд.

В отличие от рекомендательных решений Пленума Верховного Суда, постановления Конституционного Суда имеют обязательную юридическую силу. Нормативный характер постановлений Конституционного Суда проявляется в том, что они имеют официальный и общеобязательный характер, являя собой нормы, рассчитанные на неопределенный круг субъектов, и подразумевают многократное применение.

Кроме этого, Конституционный Суд сам формирует практику, согласно которой его правовые позиции, сформулированные в постановлениях, должны быть обязательны для всех государственных органов, органов местного самоуправления, должностных лиц во всех аналогичных правовых ситуациях. Это означает, что правовая сила правовых позиций обладает общим характером и приравнивается к правовой силе постановлений Конституционного Суда, и вследствие этого они подлежат применению не только по конкретному делу, но и по всем аналогичным делам.

Именно по этой причине суды в последнее время все чаще обращаются в Конституционный Суд с запросом или с обращением о толковании норм закона, связанных с конкретными делами, находящимися в их производстве.

При толковании Конституции и иных нормативно-правовых актов Конституционный Суд принимает постановления, без которых текст Конституции или закона уже не может быть применен без учета этого постановления. При этом интерпретация другим органом правовой нормы, толкование которой уже было дано Конституционным Судом, недопустима. Так, согласно статье 63.4 Закона "О Конституционном Суде" постановления, принятые Пленумом Конституционного Суда, окончательны и не могут быть отменены, изменены или официально истолкованы тем или иным органом или лицом.

Не являясь законодательным органом, Конституционный Суд, самостоятельно и независимо осуществляя судебную власть посредством конституционного судопроизводства, тем не менее значительно воздействует на формирование новой национальной правовой системы, на развитие законодательства. Такое эффективное воздействие на систему права оказывается путем изложения в постановлениях и определениях Конституционного Суда правовых позиций, отражающих понимание права и определяющих ориентиры новой правовой политики.

В связи с этим необходимо отметить, что анализ постановлений Конституционного Суда, вынесенных по обращениям судов общей юрисдикции, позволяет утверждать, что Конституционный Суд оказывается вовлеченным в законодательный процесс, формируя позитивное конституционное право, способствуя совершенствованию и развитию отраслевого (текущего) законодательства.

Позитивные законодательные полномочия Конституционного Суда выражаются, прежде всего, в рекомендациях законодателю или другому уполномоченному органу осуществить необходимое нормативно-правовое регулирование в соответствии с его правовыми позициями.

Являясь относительно молодым и для законодательства, и для национальной правовой доктрины в целом, понятие "правовая позиция Конституционного Суда" прочно вошло в практику Суда. Правовые позиции, будучи необходимым

элементом деятельности Конституционного Суда, являют собой судебную интерпретацию юридических понятий, норм и принципов и в таком качестве оказывают прямое влияние на сферу конституционно-правовой действительности.

Выработанные Конституционным Судом правовые позиции устраняют возникшую конституционно-правовую неопределенность и тем самым устанавливают единственно возможный с позиции духа и буквы Конституции вариант поведения законодателей и правоприменителей. Ведь посредством выражения правовых позиций при рассмотрении обращений судов общей юрисдикции по поводу толкования законов Конституционный Суд санкционирует абсолютность и единообразность понимания правовой нормы.

Вместе с этим встречаются случаи, когда при даче толкования того или иного положения закона, Конституционный Суд определяет несоответствие последнего Конституции или иному нормативно-правовому акту, обладающему высшей силой, или приходит к заключению о "дефектности" нормы. Учитывая, что Конституционный Суд не является законодательным органом и не обладает законодательной инициативой, при выработке правовых позиций в постановлениях о толковании Конституции или законов он дает соответствующие рекомендации Милли Меджлису Азербайджанской Республики, т.е. Парламенту. Необходимо понимать, что в этих случаях правовые позиции Конституционного Суда выступают материальными критериями правового регулирования, задают ему известные параметры, являются своеобразными моделями будущих правовых норм.

Учитывая функции, возложенные на Суд, а также юридическую силу, придаваемую его постановлениям Конституцией и Законом "О Конституционном Суде", необходимо признать прецедентное значение правовых позиций Конституционного Суда. Суды общей юрисдикции, отказываясь от применения правовой нормы, признанной решением Конституционного Суда недействительной, должны будут ссылаться на соответствующее постановление. Таким образом, можно

говорить о возникновении нового для отечественной правовой системы явления - прецедентного права.

Принимая во внимание, что суды общей юрисдикции обращаются за толкованием той или иной нормы в связи с конкретным делом, приостанавливая производство по нему, Конституционный Суд, по сути, вынужден решить проблему и тем самым повлиять на окончательное решение по данному делу.

Практика направления Конституционным Судом рекомендаций Парламенту относительно восполнения пробела в законах свидетельствует о том, что законодательный орган рассматривает их в течение весьма длительного периода времени. Суды общей юрисдикции часто не могут приостанавливать производство по делу на столь длительное время, так как зачастую эти сроки превышают разумные сроки судебного разбирательства. Поэтому Конституционный Суд посредством правовых позиций, изложенных в своих постановлениях, указывает порядок разрешения правовых неопределенностей при применении данной правовой нормы, возникших у суда общей юрисдикции.

К числу решений, имеющих как интерпретационную, так и нормативную природу, можно отнести Постановление Пленума от 12 мая 2009 года "О толковании статей 397.1 и 397.2 Уголовно-процессуального кодекса Азербайджанской Республики".

Конституционный Суд в данном Постановлении выразил свою правовую позицию, отметив, что вынесение законного и обоснованного судебного решения и обеспечение судебной защиты обвиняемого при применении второго предложения статьи 397.2 УПК до восполнения пробела, имеющегося в законодательстве, может осуществляться по аналогии закона и обязательности исполнения постановления Конституционного Суда.

Таким образом, Конституционный Суд принял постановление, которое, по сути, до определенного момента являлось единственным источником права для правоприменителя при возникновении соответствующих правовых проблем.

Резюмируя сказанное, можно сделать вывод, что, определяя направление развития законодательства и создавая прецеденты толкования законов, Конституционный Суд в определенном смысле творит право. Конституционный Суд как орган конституционного контроля, обладающий полномочием официального толкования Конституции и законов, Верховный Суд как орган, обобщающий судебную практику путем вынесения разъяснительных решений, и Парламент Республики как законодательный орган должны осуществлять совместную, скоординированную деятельность для разрешения трудностей, возникающих перед судами общей юрисдикции при рассмотрении дел.

Могущество государства, помимо прочего, заключается и в уверенности граждан в непоколебимости защиты своих конституционных прав и свобод, а существование единообразного понимания и применения законов позволит укрепить эту уверенность. К этому в своей деятельности и стремится Конституционный Суд Азербайджанской Республики.

Спасибо за внимание.



J. Sorabji

*Barrister and Legal Secretary to the Master of the Rolls
Judicial Office for England and Wales*

Constitutional Review in the United Kingdom - Advice and Interpretation

(1) Introduction¹

1. The United Kingdom does not have a Constitutional Court², although it does not have a Supreme Court (although in reality and in substance it has no more and no less than the powers and jurisdiction of its predecessor the Judicial Committee of the House of Lords i.e. the Law Lords³). It does not have a written, codified, constitution. Nor does it have any other form of fundamental law. It might then, not unreasonably, be thought that the UK has little to contribute to a discussion on trends in constitutional review.

2. Developments over the last decade however show that the UK has in fact developed a new form of constitutional review. This has been described by some as the “*new commonwealth model of constitutionalism*”⁴; commonwealth because a similar model was adopted in New Zealand in 1990⁵. This approach to constitutional review differs substantially from the traditional, Hamiltonian, form of review, which was endorsed in *Marbury v Madison* in 1803

¹ This is the text of a short paper given at a conference, entitled “On Classical and Modern Trends in Constitutional Review”, to mark the 20th Anniversary of the Constitutional Court of Bulgaria in Sofia on 29 - 30 July 2011.

² Constitutional Reform Act 2005 ss40 - 41.

³ Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, (2001) 49 *American*

⁴ *Journal of Comparative Law* 707 at 707

⁵ New Zealand Bill of Rights Act 1990.

and which has profoundly influenced the development of constitutional review since then⁶. It has in fact been described as a “deliberate rejection of the American model of constitutionalism with its perceived excesses of judicial power”⁷.

3. The essence of this, commonwealth, model is that it provides the courts with a constitutional review power whilst leaving the final word with the legislature and through that with the electorate. In this it places more trust in the division of power between the twin chambers of a bicameral legislature and the limit which regular, free and fair elections place on the legislature than Hamilton and traditional constitutional review do, as a means to protect civic rights.

4. In that, it is a model which owes more to the theory of checks and balances on legislative power elaborated by James Madison in the *Federalist Papers* No 49 and 51, than the theory elaborated by Alexander Hamilton in *Federalist Paper* No 78⁸. The new commonwealth model may well have its origin in this alternative American model. James Madison's view may well have lost out in *Marbury v Madison*, but nearly 200 years later it may well have taken route in the UK.

5. In this short paper I give a pencil sketch of this new model. Before doing so I outline the UK's traditional - classical - approach to constitutional review.

(2) The United Kingdom's Traditional Approach

6. Traditionally, the centrepiece of the UK's uncodified constitution is the doctrine of Parliamentary sovereignty or supremacy. It has two central aspects.

7. First, it understands Parliament to have complete, untrammelled, legislative competence. As Lord Mustill explained in the

⁶ See Hamilton in Hamilton, Madison & Jay, *The Federalist Papers*, (Oxford) (2008) *Paper 81*, at 381, “The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void.”; *Calder v Bull* (1798) 3 U.S. 386 at 399 per Iredell J, “If any act of Congress, or of the Legislature of a state, violates those constitutional provisions, it is unquestionably void; though, I admit, that as the authority to declare it void is of a delicate and awful nature, the Court will never resort to that authority, but in a clear and urgent case”; *Marbury v Madison* 5 US 137 (1803) at 180 per Marshall CJ.

⁷ Gardbaum (2001), *ibid*, at 710.

⁸ Madison in Hamilton (2008) *Papers* 49 and 51; cf Loughlin, *Foundations of Public Law*, (Oxford) (2010) at 290ff.

House of Lords “decision in *ex parte Fire Brigades Union in 1995*, ‘Parliament has a legally unchallengeable right to make whatever laws it thinks fit’⁹.

8. Secondly, and a corollary of the first aspect, the validity of no legislative act - Statute - can be challenged in the courts. Executive and administrative acts may be subject to judicial review but legislative acts are not subject to judicial, constitutional, review. The courts interpret the law and develop the common law. They have however no lawful, no constitutional authority either to review the validity of legislation or strike down Acts of Parliament. As Lord Simon put it in 1974 in *British Railways Board v Pickin*, the courts do not have “power to declare enacted law to be invalid”¹⁰. Not even a Statute which retrospectively renders legal an act illegal at the time it was committed is capable of challenge in the courts¹¹. In the absence of fundamental law, there is no constitutional standard by which the courts could hold legislative acts to account.

9. On this, the UK’s, classical approach, the courts play no positive role in protecting civic or human rights in the face of an Act of Parliament. As Mr Justice Stephen, recognised in *Bradlaugh v Gossett* in 1884, “[t]here is no legal remedy . . . for oppressive legislation, though it may reduce men practically to slavery”. What remedy there was, what protection there was for civic rights, on this approach was political rather than legal.

10. That was the classical approach; it was one which denied the courts any power to engage in constitutional review of legislative acts¹². With the enactment of the Human Rights Act 1998 (which I will refer to as the HRA), and its incorporation of the European Convention of Human Rights (the Convention) into UK domestic law, the classical approach gave way - to a certain extent - to a more modern approach. It is to that which I now turn.

(4) The Human Rights Act 1998 - A Modern Approach

11. The first thing to say about the UK’s modern approach is

⁹ *R v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 at 597; and see Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edition, 1959) (Macmillan) at 39 - 40.

¹⁰ [1974] AC 765 at 798.

¹¹ Dicey, *ibid* at 50.

¹² This is subject to two limited exceptions both of which exist as a consequence of Parliament providing the courts with the power to review legislation via the Parliament Act 1911 and the European Communities Act 1972.

that at its heart it does not differ from the classical approach: Parliament’s legislative, constitutional, supremacy remains intact. The HRA was carefully and deliberately drafted to ensure that that remained the case. Indeed Lord Irvine, the Lord Chancellor at the time the Act passed through Parliament, has publicly doubted whether it would have become law if it “gave the judiciary the right to strike down Acts of Parliament...”¹³.

12. The HRA may not have provided a power to strike down legislation, but it did introduce a review power. It did so in three ways.

13. First, it renders it unlawful for any public authority, which included the courts, from acting in a way which was inconsistent with the rights set out in the Convention¹⁴.

14. Secondly, it requires the courts to interpret legislation, as far as possible, consistently with the rights set out in the Convention. This obligation applies to legislation whether enacted prior to, or after, the HRA entered into force¹⁵.

15. Thirdly, where it is not possible to interpret legislation consistently with the Convention, the courts cannot invalidate it¹⁶. They are however given discretion to make a *declaration* of incompatibility. This informs Parliament and the government of the issue. Crucially it leaves it to them to decide whether to amend the offending provision, repeal it or leave it as it is¹⁷. Neither Parliament nor the government are required to take any steps¹⁸. Parliament remains supreme.

16. Since the HRA came into force 27 declarations of incompatibility have been made¹⁹. Of those declarations: in eight cases the declaration was overturned on appeal; in three cases the incompatibility had already been remedied by legislative action by

¹³ Irvine, *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, (Oxford) (2003) at 98.

¹⁴ HRA ss6 - 9.

¹⁵ HRA s3.

¹⁶ HRA s3(2)(b).

¹⁷ HRA ss 4 & 10.

¹⁸ In addition to these three measures, HRA s19 also obligates the executive to consider whether proposed legislation is compatible with the Convention and make a statement to that effect when Bills are presented to Parliament. As such a culture of compliance is created. Only once has the executive not been able to make a positive statement on a Bill; the legislation was subsequently held to be compatible with the Convention: see *Communications Act 2003 and R (Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, Media and Sport* [2008] 1 AC 1312.

¹⁹ Figures accurate as at 26 April 2011. Hansard HC Deb, 26 April 2011, c144W (<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110426/text/110426w0005.htm#11042749003984>).

the time the declaration had been made; in twelve cases legislative action repealed or amended the incompatible provision in light of the declaration; in one case the amending legislation is in the process of being brought through Parliament; and in one case the government is considering how to respond to the declaration.

(5) Conclusion - Interpretation and Advice

17. The HRA may well have left Parliamentary sovereignty intact, but by placing the courts under an obligation to review Acts of Parliament in light of Convention rights it has nevertheless radically reshaped the UK's constitutional settlement.

18. The interpretative power is an extensive one, although it does not properly go so far as to breach separation of powers. Interpretation can go a long way to read words and meaning into a statute to render it, as far as possible, compatible with the Convention, but it does not go as far as to allow the courts to amend legislation²⁰. How far it is possible to go before interpretation becomes amendment is, of course, an open and difficult question. Where interpretation is not possible, the courts are effectively required to exercise their discretion and advise Parliament of the incompatibility. And, where Parliament disagrees with an interpretation given by the court, it is open to it to legislate accordingly, even to the extent that such legislation is expressly intended to be incompatible with the Convention and would thereby place the UK in breach of its international obligations²¹.

19. Here we have what has been described by Aileen Kavanagh as a “democratic dialogue²²” between the three

²⁰ *R v A (No 2)* [2002] 1 AC 45; *R v Lambert* [2002] 2 AC 545; *R v Offen* [2001] 1 WLR 253; *Poplar Housing & Regeneration Community Association Ltd v Doherty* [2002] QB 48; *Ghaidan v Mendoza* [2004] 2 AC 557; for a discussion see Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act (CUP) (2009)*.

²¹ *R v Home Secretary ex parte Simms* [1999] 1 AC 69 at 131, “Parliamentary sovereignty means that Parliament can, if it chooses, legislate contrary to fundamental principles of human rights. The Human Rights Act 1998 will not detract from this power. The constraints upon its exercise by Parliament are ultimately political, not legal. But the principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost. Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words. This is because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process. In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual. In this way the courts of the United Kingdom, though acknowledging the sovereignty of Parliament, apply principles of constitutionality little different from those which exist in countries where the power of the legislature is expressly limited by a constitutional document”.

²² Kavanagh (2009) at 405.

branches of the state; as she stresses the HRA has created a form of constitutional review which rests both on legitimate interaction between them and on their interdependence. Protection of civic rights is not the zero-sum game of Hamiltonian constitutional review. It is, perhaps, more nuanced than that. It, if properly understood, (and new constitutional cultures take time to be properly understood, applied and embraced) should minimise tensions between the branches of the State and ensure that the judiciary do not themselves become politicised. The dialogue between the branches of the State promotes the type of check and balance which Madison envisaged, rather than the Hamiltonian veto power. As such it promotes a distinct approach to a rigorous, informed, dialogue between the branches of the state and the electorate. At its heart though whether characterised as the UK, commonwealth or perhaps Madisonian model of constitutional review, the model introduced by the HRA is one which understands rights protection to be the product of open discussion and education, of interpretation and advice, of the diversification of powers between the branches of the state. It will be interesting to see how it develops over the coming years.



B. Naumovski

*President of the Constitutional Court
of the Republic of Macedonia*

**Constitutional Judiciary
in the Republic of Macedonia
(Development, Competence, Experience,
Challenges and Perspectives)**

First of all let me express my gratitude to the organisers of this Conference for inviting me as the President of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia to address the participants. On my personal behalf and on behalf of my colleagues from the Constitutional Court of the Republic of Macedonia I would like to congratulate the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria on its 20th anniversary and to wish them success in their work and in dealing with the challenges of the future as well as to express my best wishes for fruitful and successful work at this Conference.

The Conference is dedicated to the 20th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Bulgaria focusing on the topic of "Classical and contemporary trends of constitutional control" that I consider very important and always current. Namely, the experiences and the many years of existence have confirmed that constitutional control in the hands of a special competent institution such as the Constitutional Courts is the strongest guarantee and pillar for democracy and a foundation for continued advancing in the process of exercising and protection of human rights and freedoms following the rule of law principle.

The 20 years of existence of your court is neither long nor short period of time but one can make an affirmative conclusion that the decision of your constitution framer to establish such a particular body with a single purpose was the right one.

Your development as well as ours and of all the countries in the world and especially those from the Eastern European bloc up to today's general acceptance of protection of constitutionality and legality I believe has not been an easy task. However, it is a fact that today at this conference many judicial and public institutions from the country and abroad are here to confirm the fact that your constitutional court in the course of its functioning has played an important role of providing constitutional-judicial protection.

Ladies and Gentlemen:

Let me now address the topic of this Conference, namely to present our experience, our development of the constitutional court protection, the theoretical and practical application and the challenges we have been faced with and will continue facing in the future.

**1. Development of constitutional judiciary in the
Republic of Macedonia**

The Constitutional Court in the Republic of Macedonia has existed for almost half a century (48 years). For the first time the Constitutional Court as an independent institution controlling constitutionality and legality was introduced with the 1963 Constitution of the Socialist Republic of Macedonia, as a federal unit of former SFR Yugoslavia.

With almost identical format the Constitutional Court was also incorporated in the 1974 Constitution and after the independence of the Republic of Macedonia as a sovereign, independent and democratic state with a slightly changed position and constitutional regulation this institution was also incorporated in the 1991 Constitution.

With the adoption of the federal and republic constitutions in 1963 and 1974, SFRY at the time was the first socialist country that introduced the constitutional court in its legal system. The motive for the introduction of the Constitutional Court in the Republic of Macedonia was to ensure more efficient protection of

the principle of constitutionality. Hence, it is an incontestable fact that the Constitutional Court in the socialist period laid the foundations for the constitutional court practice in the country and in the region and raised its independent position above the political centres of power even though it was a closed centralised system.

As a result of this continuity and due to its many years of existence the Constitutional Court of the Republic of Macedonia managed with no significant difficulties to deal with the transitional problems and needs. Based on the acquired experiences it was not difficult for it to continue performing its fundamental role of protecting constitutionality and legality in the new environment. This experience and tradition one could say had a positive impact on the authority, legitimacy and work of the Constitutional Court and on the trust of the citizens.

Certainly there were also fears that the control of constitutionality would be a disturbing element of the model of democracy that without its own democratic legitimacy is incompatible with the principle of national sovereignty. However, on the contrary it proved as necessary. Namely for a state to be able to call itself a democratic and rule of law state it is not enough to simply pass a Constitution, but also to ensure its implementation and control of its implementation, and the constitutional judiciary proved that.

The Constitutional Court of the Republic of Macedonia in the course of its rather long functioning, especially after 1991 has faced, as I mentioned before, a rather great challenge of participating in the building and the implementation of a new legal system by interpreting the constitutional norms in consolidating democracy, rule of law and ensuring legal safety.

Certainly, it has not been easy if one takes into consideration that one legal system was being replaced with a new one, new laws and other acts for the operationalisation of the constitutional provisions were adopted.

Having in mind all these challenges, today I can easily say that the Constitutional Court of the Republic of Macedonia in its work, by interpreting the constitutional norms confirms the necessity and significance of the constitutional-judicial protec-

tion. The Constitutional Court has become the guarantor of the implementation and the rule of law and a real social factor for application of the Constitution, doing away with arbitrariness in the interpretation, implementation and application of the Constitution.

2. The position of the Constitutional Court in the legal system of the Republic of Macedonia

The Constitutional Court of the Republic of Macedonia is an independent constitutional body with a status, composition, organisation and competences specifically established with the Constitution (Article 108 from the Constitution of the Republic of Macedonia). Organisationally and functionally it does not originate from the legislature nor is accountable to it. Protection of constitutionality and legality is not under the competence of the government and it is separate and independent, so consequently its performance is not part of this form of practicing mutual relations of the legislative and executive powers. Hence, the Constitutional Court is a factor in practicing the relations established with the Constitution as part of the organisation of power. This institution, as all the other constitutional bodies, is an institution of the Constitution that founds and limits its functioning solely to the Constitution and it concentrates on its functioning. This position of the Constitutional Court ensures a guarantee that the conditions for exercising the constitutional judicial functions are protected in advance from being changed by the bearers of political power for the purpose of adapting this function to their daily political needs and interests as well as distancing themselves from any political authority especially the one in power at a given moment.

As a result of this position of the Constitutional Court in practice there is an increasing number of applications for initiating a procedure for assessing constitutionality and legality of numerous laws and other acts as well as requests for protection of certain human and civil rights and freedoms, which undoubtedly is an expression and confirmation of democratisation of the relations in

society and increasing trust of citizens in the Constitutional Court as a protector of constitutionality and legality.

The Assembly elects the judges of the Constitutional Court (Article 109, Constitution of the Republic of Macedonia). The Assembly elects six judges of the Constitutional Court with majority votes of the total number of MPs. The Assembly elects three judges with majority votes of the total number of MPs, but it is also necessary to have majority votes from the total number of MPs that belong to the communities that do not represent a majority in the Republic of Macedonia, which means that the Constitution makes sure for the minority communities to be represented among the judges.

Undoubtedly the legislature with the election of judges could influence the role of this constitutional body indirectly. The possibility for such an influence with the Constitution is very limited having in mind that the judges' mandate is ten years that does not coincide with the mandate of the Assembly. In addition the position of the judge is incompatible with a political party membership and the Constitutional Court decides on its own when a judge's position will be revoked and under which conditions. According to the Constitution two judges of the Constitutional Court are proposed by the President of the Republic. The Judicial Council of the Republic of Macedonia proposes two judges for the Constitutional Court among the judges and the Assembly via the competent Committee on Election and Appointment Issues proposes five. The competences of the Constitutional Court are established solely in the Constitution. According to the Constitution, the Constitutional Court has the following competences: control over constitutionality and legality (decides about the harmonisation of laws with the Constitution and of the other regulations and collective agreements with the Constitution and the laws); protection of human and civil rights and freedoms (only of those related to the freedom of conviction, conscience, thought and public expression of thought, political associating and action and prohibition of discrimination of citizens based on sex, race, religion, national, social and political background); res-

olution of conflict of competences (when exercising this classical competence of the constitutional judiciary, the Constitutional Court decides about the conflict of competences between bearers of the legislative, executive and judicial power, as well as about the conflict of competences between the institutions of the Republic and the local self-government units. Aimed at the protection of the principle of separation of power and protection of local self-government, as well as the fundamental values of the constitutional order of the Republic of Macedonia, this competence could be equally established also in case of positive or negative conflict of competences between the institutions. However, in practice such conflicts are rarely initiated but the Court quite frequently decides in essence about such conflicts by controlling constitutionality of the normative acts that regulate the competence of the certain bodies that according to the Constitution do not belong to them); decision about the competences of the President of the Republic and other competences (Article 110 from the Constitution of the Republic of Macedonia).

The work of the Constitutional Court and the proceedings before it compliance with the Constitution is regulated with Rules of Procedure that the Court adopts and it represents a strong guarantee of the independence of the Constitutional Court.

According to the Constitution the Constitutional Court shall abolish or revoke a law if it is not in compliance with the Constitution or shall abolish or revoke another regulation if it is not in compliance with the Constitution or with the Law. The decisions of the Constitutional Court are final and executive (Article 112 of the Constitution of the Republic of Macedonia). Hence, the constitutional provisions consistently realise and protect the principle of constitutionality and legality as well as the obligation for respecting the Constitution and the laws. Undoubtedly, the Constitution gives the Court's decision absolute authority and obligation for all legal entities they refer to and no legal remedies are allowed against them. Their action is erga omnes.

Even though according to the constitutional provisions the decisions of the Constitutional Court are final and executive and

they do not need additional support still the execution of the Court's decisions is an issue which like in some other countries is not left to the will and the entities of the legal system. According to its Rules of Procedure, the Constitutional Court monitors the execution of its decisions and when necessary may request from the Government to ensure their enforcement (Article 87, Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia). In addition the obligation for the execution of the decision primarily lies with the entity adopting the revoked or annulled act (Article 86 Paragraph 1, Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia). In cases of revoking or annulling a normative act one could say that, the according to the nature of things, Court's decision is self-executive: the normative act is no longer a part of the legal order and each referring to it when deciding the given cases is an unlawful practice. Greater problems might emerge and it has happen in practice when the entity, which adops the act, once again adopts an act with the same or "allegedly" altered content or when the institutions fail to respect the consequences from the revoking or annulling decision concerning certain acts that should be altered and execution of the act needs to be stopped. We have a Law on Execution of Strasbourg's Verdicts while the realisation of the decisions of the Constitutional Court inside the national legislation is the most urgent of all since it ensures the integrity and coherence of the entire legal system. This does not need to be interpreted as negative since nobody can escape the rule that there is no things more superior than the Constitution and nobody has more power than the one provided with the Constitution and the laws.

3. Problems and challenges of the constitutional control

In the course of the functioning and existence of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia there have been and still will be problems and challenges which, whether we like it or not due to the time have changed the situation, the conditions, the development and other circumstances.

- In my opinion, the Constitution of the Republic of Macedonia as well as the constitutions of many other countries in transition is more declarative or, as the people tend to say, wish list is a constitution. Namely, these constitutions guarantee almost all freedoms and rights of the European Convention. However, the material grounds for exercising those rights are insufficient, so in such conditions the problems appear to be normal in the constitutional judicial protection.

- Furthermore, the transitional period (having in mind the long duration which seems to have become a system); the real power of the state (a small state with relatively big problems of social, economic and similar nature), the economic and political development, (with its weaknesses in the functioning of the institutions of the system - such as the participation of numerous areas of the social life, inefficient responsibility and emergence of organised crime and corruption) instability (security and political); conflict of the normative and the real acts are only part of the structural problems in achieving constitutionality that certainly create also a problem in the constitutional judicial protection.

Therefore, often the decisions of the Constitutional Court especially those that did not correspond to the desires and the interests of the bearers of the legislative and executive power as well as the political parties were the topic of critical observations that went beyond the threshold of guaranteed independence and sovereignty of the Court, so the Court was faced with a situation where it had to defend its independence and sovereignty instead of those who abuse their position in this way.

Namely, those in power and the political parties publicly labelled the decisions of the Constitutional Court as politically motivated and adopted under the dictate of a certain party and that the Court was the means in the hands of the opposition; that the Constitutional Court lost its legitimacy; the judges were publicly labelled as unprofessional linking them to the political parties that were in power at the time they were elected, etc.

This type the of Court assesses criticism as a serious attack on the independence of the Court because undoubtedly it is an

attempt to pressure and influence the Court to decide according to somebody's wishes pointing out the negative consequences that can derive from that.

However, what concerned us was the promotion of ideas by the legislative power supported by individuals who called themselves experts and by some professional institutions as well as representatives of political parties for the creation of conditions for the adoption of a Law on the Constitutional Court that would have limited its competences instead of strengthening the structural guarantees of its independence. Consequently, there were proposals for limiting the access of the citizens and other entities to the Court, selecting laws which constitutionality could not be assessed; introducing special principles when voting at the court even ideas for controlling the work of the Constitutional Court by a separate "allegedly" professional body or committee.

The Constitutional Court certainly respects the political parties and their irreplaceable role in a democratic society, but it has pointed out the fact that the criteria for assessing laws cannot be and should never be in the position, the opinion or the broader electoral programme of the political party in power, but it should be the Constitution.

Presenting some of the problems in the functioning and the work of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia it is evident that the greatest challenge for the constitutional court at least in this region, setting off from our experience and situation, is the constant battle for independent and sovereign functioning. Very important is the constitutional guarantee for institutional independence of the Constitutional Court (organisational, functional, financial), as well as the constitutional guarantee for individual independence of judges.

But even more important is the moral image, awareness and conscience of judges and their virtue to deal with and to resist those pressures, to be prepared to defend their independence when it is groundlessly attacked. One of the methods and ways of such a defence is definitely quality, endurance and professionalism of the decisions they make.

In this way, with such functioning and work of the Constitutional Court regardless of pressures, intentional, untrue and unfounded ideas and opinions also real premises were created for the Constitution to be respected directly with practical application in all fields of social life on one hand and on the other it provided greater trust of citizens in the Court.

A great challenge for the Constitutional Court of the Republic of Macedonia are also the new trends that appeared at the constitutional courts of the former Yugoslav republics, and even wider of the Eastern European countries regarding the issue of introducing constitutional appeal i.e. a competence of the constitutional courts for the protection of freedoms and rights guaranteed with the European Convention. Namely, bearing in mind that some countries (Croatia, Serbia, Slovenia, Romania, Turkey and others) already have this competence and we are a state with reduced competences, and your country (Bulgaria) has no such competence and taking into consideration the experiences of these states and the expected results the question is: to what extent is the introduction of such a competence justified? Even more since it is clear that the fundamental competence of the constitutional court is primary harmonisation of the legal provisions with the Constitution, thus indirectly creating the necessary preconditions and fertile soil for the development of a rule of law state that incorporates human rights and freedoms.

I would like to believe that in this way the number of the cases at the Court in Strasbourg would decrease, but having in mind the experience of most of the countries I am not convinced that it is the most rational solution. Consequently, it is necessary for this topic to be reviewed more thoroughly and more consistently especially since there are already certain experiences. Otherwise the Constitutional Courts would turn into regular or some kind of institutional courts of the regular judiciary.

Finally, we see the challenges and the perspectives, more specifically the future of the constitutional protection in the Republic of Macedonia in its integration with the European Union countries. In this context the Republic of Macedonia has been

preparing itself and has made efforts to harmonise its legislation with the European standards and regulations.

The respect of the generally accepted norms of the international legislation is confirmed as a fundamental value of the constitutional order in Article 8 of the Constitution of the Republic of Macedonia, and those are the norms in the general and special international conventions that establish certain rules for resolving the state relations, as well as the international customs as an expression of the generally accepted practice and the general legal principles recognised by the nations.

In this sense also greater changes in the internal normative order are possible where the rights, the norms and the standards of human rights and freedoms and their protection will not be left aside.

For this purpose some help and information will be needed, especially exchange of experiences and knowledge. We would also need greater level of organisation and concrete functioning of new enlarged Europe in which we would have our share of responsibility for its development.

The Constitutional Court in the course of this period of harmonisation has faced with the heavy duty of protecting the values rooted in the Constitution of the Republic of Macedonia with those of the European rules and standards and in this sense I will repeat that additional changes in the legislation of the Republic of Macedonia will be needed.

Taking this opportunity to once again congratulate you on your jubilee I would also like to thank you for your attention.



I. Motoc

*Justice of the Constitutional Court
of the Republic of Romania*

The Constitutional Court and European Law - Theoretical Approach

In the Official Gazette (Monitorul Oficial) of Romania, Part I, no. 487 of July 8 2011, Decision no. 668 of May 18, 2011 relating to the exception of unconstitutionality of Article 4a) of Government Emergency Ordinance no. 50/2008 for the establishment of car pollution tax, of Annexes 1 to 4 to this emergency ordinance, and of Government Emergency Ordinance no. 50/2008 was published.

The subject matter of the exception of unconstitutionality: the provisions of Government Emergency Ordinance no. 50/2008 for the establishment of car pollution tax, published in the Official Gazette, Part I, no. 327 of April 25 2008, as amended and supplemented, and in particular Article 4a and Annexes 1 to 4 to this emergency ordinance, reading as follows:

Article 4. par. a: "The obligation to pay the tax occurs: a) on first registration of a car in Romania". According to the author of the plea of unconstitutionality, the criticized texts violate Article 16 of the Constitution relating to equal rights, Article 56(2) of the Constitution relating to tax burden, Article 135(2)a) of the Constitution under which "the State must provide for: free trade, protection of fair competition of businesses, the creation of favourable conditions in order to stimulate and value every factor of production" and the provisions of Article 148(2) of the Constitution on the EU integration, in conjunction with Article 25, Article 28 and Article 90 of the Treaty establishing the European Community [now Article 30, Article 34 and Article 110 of the Treaty on the Functioning of the European Union].

Examining the exception of unconstitutionality, the Court holds, in essence, the following:

1. On the allegation that this article violates the provisions of Article 16 of the Constitution, the Court already ruled by Decision no. 586 of April 14 2009 and held that "entry into force of a law, simple ordinance or emergency ordinance establishing a pollution tax for the future is reason enough to justify, objectively and rationally, a differential legal treatment on the legal status of persons who paid the fee before or after the establishment of the tax".

2. About the fact that the article violates the provisions of Article 56(2) of the Constitution, the Court ruled by Decision no. 802 of May 19 2009, stating that "it has the power to rule on proportionality and fairness of taxes or any other tax contributions".

3. On violation of Article 30, Article 34 and Article 110 of the Treaty on the Functioning of the European Union and therefore of the provisions of Article 148(2) of the Constitution, the Court established in Decision no. 1249 of October 7 2010, Decision no. 137 of February 25 2010 and Decision no. 1596 of November 26 2009, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 37 of January 18 2010, that it does not have the power to "examine whether a provision of national law is conformant or not with the Treaty on the Functioning of the European Union in terms of Article 148 of the Constitution. Such power, namely to establish whether there is a contrariety between national law and treaty, belongs to the court of law, which, to reach a fair and lawful conclusion, ex officio or upon request of the party, may submit a preliminary question in the meaning of Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union to the Court of Justice of the European Union. If the Constitutional Court would be considered competent to rule on the conformity of national legislation with the EU legislation, we would face a possible conflict of jurisdiction between two courts, which, at this level, is unacceptable".

With respect to the ECJ decision in the Tatu case "Since the Constitutional Court is neither positive legislator nor a court with jurisdiction to interpret and apply EU law in disputes involving subjective rights of citizens and without reconsidering its previous jurisprudence, the Court finds that use of an European legal norm within the constitutional control as replacing the reference one involves under Article 148(2) and (4) of the Constitution, a cumulative compliance: on the one hand, this rule must be sufficiently clear, precise and unambiguous in itself or its meaning must have been

clearly, precisely and unequivocally established by the Court of Justice of the European Union, on the other hand, that norm must be circumscribed to a certain level of constitutional relevance so as its legal content might support the possible infringement by the national law of the Constitution - the only direct reference standard in its review of constitutionality. In such a case the Constitutional Court approach is distinct from the simple application and interpretation of the law, jurisdiction belonging to courts and administrative authorities, or from any issues of legislative policy promoted by the Parliament or Government, as appropriate. In the light of cumulative set of conditionality, it is up to the Constitutional Court to apply or not in its constitutional review the judgments of the Court of Justice of the European Union or to formulate itself of preliminary questions to determine the content of the European norm. Such an attitude is related to cooperation between the domestic constitutional court and the European court and to the judicial dialogue between them, without concerning issues related to the establishment of hierarchies between these courts. In this case, although the meaning of the norm was explained by the European Court of Justice of the European Union, the requirements arising from this judgement are not relevant from the constitutional viewpoint, rather concerning the legislator's obligation to edict rules according to the judgments of the Court of Justice of the European Union, otherwise, Article 148(2) of the Constitution could eventually find application".

4. As concerns the allegation in support of the exception of unconstitutionality of the constitutional provisions of Article 135(2) a), the Court finds that they are not relevant in this case, because the legal hypothesis of the impugned text does not question and does not concern creation of a tax impediment against free circulation of goods, but payment of a pollution tax necessary to protect the environment, pursuant to Article 1(1) of Government Emergency Ordinance no 50/2008.

For the reasons set forth below, **the Constitutional Court decides:**

To reject as ungrounded the exception of unconstitutionality of the provisions of Article 4a) of the Emergency Ordinance no. 50/2008 for the establishment of car pollution tax, of Annexes 1 to 4 of this emergency ordinance, and the Government Emergency Ordinance no. 50/2008, as a whole, exception raised by Marius

Gabriel Păcuraru in the file no. 8.921/95/2009 of the Craiova Court of Appeal - Administrative and Fiscal Division.

Dissenting opinion - Professor Iulia Antoanella Motoc, PhD

"In disagreement with the solution rendered by the Constitutional Court by the abovementioned decision, we consider that the objection of unconstitutionality of the provisions of Article 4a for the establishment of car pollution tax, of Annexes 1 to 4 of this emergency ordinance, and the Government Emergency Ordinance no. 50/2008, as a whole, should have been allowed in relation to the provisions of Article 135(2)a of the Constitution, according to which "the State must provide for: free trade, protection of fair competition of businesses, the creation of favourable conditions in order to stimulate and value every factor of production".

We believe that the interpretation and application of Article 135(2) a) of the Constitution can not be made independently of how the free movement of goods, persons, capital and services is regulated within the European Union. In this respect, by the Single European Act, the European Community (now called the Union) committed, under the 1985 "White Paper" from the Commission, to take steps to establish progressively over a period expiring on 31 December 1992, the internal market, meaning an area without internal frontiers in which free movement of goods, persons, capital and services be provided according to the provisions of the EEC Treaty.

Internal market was thus defined as a borderless space that works like a national market, namely goods, persons, capital and services can circulate without any border controls between Member States.

Customs union involved (former Article 12 TCEE, then Article 25 TEC and now Article 30 TFEU) a prohibition on member states to levy customs duties and other charges having equivalent effect in the trade between Member States. Currently, the prohibition applies to the custom duties of a fiscal nature (Article 25 TEC and Article 30 TFEU now). In the same sense was interpreted also Article 110 TFEU (ex Article 90 TEC). Judgments of 1 July 1969 and 11 July 1974 rendered in the Case Commission v. Italy and the case Procureur du Roi v. Benoit and Gustave Dassonville were regarded as having a structural role for the entire EU substantive law (JHH Weiler, *The Constitution of Europe*, Polirrom, 2009, p. 179).

We note that in its jurisprudence, for example by Decision no. 230 of March 14 2007, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 236 of April 5 2007, the Constitutional Court held that "in order to create a favourable framework for the use of all factors of production, the State should support a fair competition policy, playing an essential role in facilitating free circulation of goods, in stimulating the initiative of participants in the trade activity, achieving also the function of guarantor for the market economy. "

The preliminary ruling rendered in the Case Ioan Tatu v Romania on April 7 2011 emphasized the reasons expressed in the Constitutional Court Decision no. 230 of March 14 2007, mentioned above, with reference to the State's obligation to support a fair competition policy in terms of facilitating free circulation of goods. Therefore, the exception of unconstitutionality of the provisions of Article 4 a of the Emergency Ordinance no. 50/2008 should have been allowed in relation to Article 135(2) a) of the Constitution, interpreted in the sense that it covered the free movement of goods, persons, capital and services within the European Union.

In this regard, we note that the matter of charges applied to vehicles is not regulated in a unitary manner at EU level, so that Member States are free to regulate their regime according to their own realities. This freedom is however limited, as shown in the provisions of Article 110 of the Treaty on the Functioning of the European Union, by the rule according to which it is not permitted to set some duties that would discourage the sale of imported products in favour of sale of similar domestic products (see the Judgement of March 3 1988, rendered in the Case Bergandi, C-252/86, and Judgement of December 7 1995, rendered in case of Ceuta Ayuntamiento, C-45/94).

Moreover, a contrary position would deprive of content the provisions of Article 110 of the Treaty on the Functioning of the European Union and lead to the violation by Member States of the provisions of Articles 28, 30 and 34 of the same Treaty, which govern the free circulation of goods and customs union.

All vehicles traded on the market of a Member State are "domestic products" within the meaning of the provisions of Article 110 of the Treaty on European Union, and those similar bought on the markets of other States to be imported into that

Member State are "competing products" to the first, since they are similar in terms of product type, characteristics and wear. However, in the context of ensuring the free circulation of goods and non-discriminatory customs regime, the establishment at the level of a Member State of tax measures that would favour domestic products against the competing products is an obvious violation of these principles. Therefore, Member States must refrain from establishing any steps to promote domestic products against competing products from Member States (see Judgement of March 21 2002 in Case *Cura Anlage*, C-451/99 and Judgement of September 15 2005 in Case *Commission / Denmark*, C-464/02, Judgement of April 28 1988, issued in joint Cases 76, 86-89 and 149/87 *Seguela* and others).

Therefore, the exception of unconstitutionality of provisions of Article 4a of the Emergency Ordinance no. 50/2008 should have been allowed in relation to Article 135(2)a of the Constitution, interpreted in the sense that it covered the free movement of goods, persons, capital and services within the European Union.

2. We consider that the acknowledgement for the first time, by the Constitutional Court, in Decision no. 668 of May 18, 2011, of the possibility of "application of the judgments of the Court of Justice of the European Union within the constitutional revire, as well as the possibility to formulate questions to this court to determine the content of the European norms, in terms of cooperation between the national constitutional court and the European court, as well as judicial dialogue between them, represents a clear jurisprudential progress compared with the Decisions no. 392 of March 25 2008 and no. 394 of 25 March 2008 in which the requests made by the authors of the exceptions for referral of the Court of Justice of the European Union in order to pronounce a preliminary ruling, were rejected without showing the legal grounds.

Therefore, we consider that the exception of unconstitutionality of Article 4a of Government Emergency Ordinance no. 50/2008 for the establishment of car pollution tax, of Annexes 1 to 4 to this emergency ordinance, and of Government Emergency Ordinance no. 50/2008, as a whole, should have been allowed by the Constitutional Court."

G. Tesouro

Justice of the Constitutional Court of Italy

Constitutional review in relation to European Law and the ECHR

The 1948 Italian Constitution contains two norms that deal with the relations with international and EU Law. Article 10 establishes a mechanism for automatic adaptation to the "generally recognised principles of international law", i.e. to customary international law. This ensures the primacy of these principles, as required by international law, according to which violations cannot be justified by relying upon conflicting national provisions. Article 11 establishes that Italy accepts the "limitations of sovereignty that may be necessary for a legal order ensuring peace and justice among Nations", and encourages international organisations with such objectives.

Article 10 did not cover treaties. Therefore, to be effective within the domestic legal system, as far as treaties were concerned it was necessary to adopt a law by the Parliament. The consequences were that, first of all, international treaties had the same status of the implementing law - that of an ordinary law. Secondly, according to the principle "lex posterior derogat legi priori", an ordinary law adopted just the day after a signed and ratified Treaty could prevail.

The problems thus posed were not irrelevant for the country's international relations. Case-law provided some contingent remedies, by relying upon the "speciality" or the "peculiarity" of international treaties and, more in general, the principle of consistent interpretation. The result was that in some way ordinary and constitutional judges usually succeeded in giving primacy to international law, including the European Convention on Human Rights.

The constitutional reform of 2001 amended Article 117, Paragraph 1 of the Constitution and inserted a provision stating

that the legislative powers shall be exercised by the State and the Regions in compliance with the limits set by international and EU law. The primacy of treaties, including the ECHR, was thus formally recognised. In particular, in Judgments 348 and 349 of 2007, subsequently confirmed by several other judgments (most recently, Judgment No. 181 of 2011), the Constitutional Court declared that Article 117, Paragraph 1 establishes the primacy of treaties over any, even if more recent, inconsistent national legislation.

As far as EU Law is concerned, the scenario has been quite different. After a long tug-of-war with the European Court of Justice¹, the Italian Constitutional Court found a solution, at least in practice, in Judgment No. 170 of 1984, *Granital*.

The judgment indicated two approaches, both based on Article 11 of the Constitution. According to the first, Article 11 was read as entailing a delegation of legislative powers to the European Community and, as a consequence, once the power is fully exercised, so that the act has a direct effect, not requiring any further intervention by national authorities, the competence of the national legal system is excluded. In other words, the conflict between domestic and European measures does not give rise to a question of constitutionality, but rather to a question concerning the allocation of normative powers between the different levels, so that national law "is not to be taken into consideration" and is not to be applied by ordinary judges; while European law is to be applied instead.

The second approach concerns the cases where either the Constitutional Court is directly called to decide (a conflict between the State and a Region, for example); or when a national law is suspected to be in conflict with a rule or an act of EU Law that does not have direct effects. In this case a question of constitutionality arises.

The construction of the relationship between national and

¹ The conflict with the Court of Justice began with Judgment No. 14 of 1964, *Costa v. ENEL*, continued with case No. 98 of 1965, *Acciaierie San Michele*, and was attenuated, but not resolved, in Judgments No. 183 of 1973, *Frontini*, and No. 232 of 1975, *Industrie Chimiche*. Indeed, the latter two cases appeared to provide a substantive solution at least, as the primacy of European law was acknowledged but the Constitutional Court retained the power to review conflicts, construed as raising issues of constitutionality in light of Article 11. In 1978, with *Simmenthal*, the Court of Justice affirmed, instead, the pre-eminent necessity to apply directly effective instruments immediately, and thus to avoid procedures that prevented such immediacy, among which references for a review of the constitutionality of laws lodged with the Constitutional Court.

European law made in *Granital* is still valid today. The most significant recent development occurred in 2008, when the Constitutional Court, with Order n. 108, opened a direct dialogue with the Court of Justice by means of references for a preliminary ruling. Such a development cannot fail to bring benefits, especially in relation to the protection of fundamental rights. In the past, the Constitutional Court refused to consider itself involved in the preliminary rulings mechanism, failing to establish a direct dialogue with Luxembourg. In my view, the revirement is a positive element of novelty, as it was based on a more appropriate reading of the preliminary rulings conditions provided for by the Treaty and by the case law of the European Court.

As far as the ECHR is concerned, Decisions nos. 348 and 349 of the Constitutional Court clarified that the ECHR did not give rise to a legal order comparable to that of the EU (as portrayed by the Court of Justice of the European Union in *Van Gend en Loos* in 1963). As a consequence, ordinary judges cannot set aside national laws which conflict with an ECHR provision. Rather, judges may only ask for a Constitutional review under Article 117, Paragraph 1, of the Constitution. Indeed, the Court rejected the argument according to which the ECHR had been "transformed" into European law through Article 6 of the Treaty on European Union. And in any case, Article 6 of the Treaty on European Union could only be relevant when European law is applicable.

The second significant statement made by the Constitutional Court concerns the role of ordinary judges. They are entrusted with interpreting national legislation in conformity with the ECHR, as interpreted by the Strasbourg Court. Therefore, judges are bound to raise an issue of constitutionality only when any conflict between domestic and Convention provisions cannot be resolved by means of interpretation. As prescribed by the ECHR itself (at Article 53), this is true if and to which the extent, to which the level of protection afforded to fundamental rights is at least equivalent to that granted by the national legal system.

Furthermore, the Constitutional Court identified barriers to the entry of external law into the legal system. In relation to European law, such barriers are constituted by "counter-limits" (*controlimiti*), i.e. the fundamental principles of the constitutional legal order and inviolable human rights. As for the ECHR, the

Court highlighted that its provisions, as interpreted by the Strasbourg Court, are subject to a review by reference to all "relevant provisions of the Constitution".

What about the novelties introduced by the Lisbon Treaty? The true innovation lies in the formal attribution of the same value as that of the Treaties to the Charter of Fundamental Rights. To this regard it must be recalled that, in any case, the Charter was already endowed with a legal value of its own, codifying the extremely rich body of European case-law regarding fundamental rights. In addition, a further innovation is the commitment to the accession of the EU to the ECHR, foreseen by Article 6 of the Treaty.

Attention must be drawn once again to the fact that the Charter of Fundamental Rights is European Union Law. As a consequence, the Charter is only applicable only when such law is applicable, and not to every violation of fundamental rights (Court of Justice, C-161/77, Order June 22, 2011). The Charter's provisions may be taken as yardsticks for evaluating the legitimacy of European measures, domestic implementation measures thereof and domestic measures that invoke the necessity to protect a fundamental right to justify a derogation to Treaty obligations. Beyond these cases, the Charter cannot be applied.

Moreover, it is uncertain whether Union accession to the ECHR would modify this state of affairs. This is confirmed by Member States' willingness to repeatedly specify repeatedly, in relation to the Lisbon reform, that the Charter does not expand Union competences and that the European system is based upon the principle of conferred powers. This is another proof of Member States' desire to proceed slowly with the process of integration.

I wish to add two observations, regarding the relationship between the Italian Constitutional Court and the Court of Justice of the EU, on one hand, and the Court of Strasbourg, on the other.

As said above, the Italian Constitutional Court has just opened the direct dialogue with Luxembourg. Today, this dialogue is still inadequate, for at least two reasons.

The first reason is the considerable enlargement of the Union. The second, even more significant, is that the focus of the European system as a whole has increasingly shifted towards the movement of persons, to a significant degree, including, to a significant degree, third country nationals. As a consequence, adju-

dication upon fundamental human rights constitutes a substantial part of the activities of European judges, who work in cooperation with national judges: and human rights are a typically constitutional subject. Therefore, the absence of a constructive dialogue between the Court of Justice and constitutional courts upon this subject is a negative element... This dialogue ought to be as intense as it is respectful of the peculiarities of both European and national legal systems. References for a preliminary ruling, the form of dialogue of the past sixty years with Luxembourg, have yielded excellent results. Although opportunities for the criticism from Member States have occasionally arisen, we cannot simply forget the legal basis of European judicial review. The European Court of Justice has the power, provided for by the Treaty (Article 164, today Art. 19 TUE), and the consequent obligation to say the last word on the validity of European acts from every point of view, including their compatibility with Union powers. Significantly, States never sought to amend such a competence, despite having had several opportunities for doing so.

An example of such intense and respectful dialogue is the one between the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights. As said earlier, the Italian Court recognised to the European Court the competence to have the last word on the interpretation of the Convention. The dialogue between the two Courts aims at clarifying and harmonising the position taken by each institution. However, because of the close link between the subject-matter of the ECHR and the country's constitutional structure, the dialogue is also geared toward safeguarding constitutional judges' competence to represent and defend those particular traits of the national legal system which concern imperative national principles and interests.



B. Pnev

*Justice of the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria*

R. Nenkov

*Justice of the Constitutional Court
of the Republic of Bulgaria*

**From Upholding the National Constitution
to Upholding the Community Legal Order**
(An overview of the jurisprudence of the Bulgarian
Constitutional Court)

This paper is dedicated to the evolution of the Bulgarian constitutional justice in the context of Bulgaria's membership of the Council of Europe (since 7 May 1992) and the country's subsequent accession to the European Union on 1 January 2007, including the resulting significant change in the balance between national, including Constitutional law, and supranational, Community law.

The current Constitution adopted in 1990 was conducive to Bulgaria's efficient accession and integration into the institutions of Europe. According to Article 5, Paragraph 4, international treaties, which have entered into force, are automatically incorporated into national law following their ratification in accordance with the established parliamentary procedure and official promulgation in the State Gazette. Where a conflict occurs between their provisions and those laid down in national law, the provisions laid down in the relevant international treaties apply. Pursuant to the second sentence of Article 149, Paragraph 2, Subparagraph 4 of the Constitution the Constitutional Court (the Court) may annul not only laws that contravene international treaties to which

Bulgaria is a contracting party but also ones that are incompatible with the universal standards laid down in international law.

On the other hand, the first sentence of Article 149, paragraph 1, subparagraph 4 expressly recognises the supremacy of the national Constitution by vesting powers in the Constitutional Court to rule, following the receipt of a properly filed petition, on disputes relating to the compliance of the provisions laid down in the Constitution and those of international treaties to which Bulgaria has acceded but not yet ratified. In such cases, where non-compliance is ascertained by the Court, the Parliament is obligated to cancel the ratification of the treaty, which must then be annulled or denounced or potentially declared null and void upon the terms laid down in Article 46 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. This effectively precludes the incorporation of the treaty and its overriding provisions into the body of national law. When the Court rules on the anti-constitutionality of a signed international treaty, its subsequent ratification would only be possible if the contracting parties amend its provisions in order to bring them in line with those laid down in the Bulgarian Constitution.

In connection to the supremacy of the national Constitution vis-à-vis international treaties which Bulgaria is a party to, an issue arises in relation to the mechanisms that allow constitutional control to be exercised over ratified and promulgated treaties, which have already entered into force. In certain cases, the Constitutional Court may not have been asked to rule on the constitutionality of the treaty prior to its ratification whilst in the meantime the ratifying body (the Parliament) may have failed to detect provisions that contravene the national Constitution. This would result in the incorporation of the international treaty into the body of national law and would give its provisions, albeit anti-Constitutional, precedence over those laid down in national law. In practice, this would also give the international treaty supremacy over the Constitution, creating a situation that is inadmissible from a Constitutional perspective. The Constitutional Court can address such situations by the instruments of ex-post control exercised to verify the constitutionality of the provisions laid down in national law. Ascertaining a contravention between the provisions laid down in international and national law, respectively,

would similarly affect inter-State relations established under an international treaty. As in the previous case, issues arising from conflicting provisions must be resolved by appropriate actions being taken by the contracting parties and the respective signatories to the treaty. A possible route to achieve this would be to modify the treaty so that it is aligned to the Bulgarian Constitution by means of amending its provisions or, should the desired result prove impossible to achieve, to denounce the treaty altogether.

In its initial practice (Resolution No 2/1995) the Constitutional Court held the opposite view. The Court ruled on the inadmissibility of a petition to proclaim the anti-constitutionality of a ratified international treaty and restricted the ruling on the substance of the dispute to the enforcement of the ratification law by the Parliament. The main argument in support of that position was that the petition concerned two independent powers vested in the Court, which were respectively enforceable prior to and after the act of ratification of an international treaty. These powers allow two separate legislative acts to be examined: (a) the signing of the treaty; and (b) its ratification. In connection to this, the Court panel also took into account the adverse consequences for inter-state relations between the contracting parties of upholding the claim of anti-constitutionality of the treaty at a later date, respectively the ensuing collision with national law due to the supremacy of the provisions of the signed and ratified international treaty over a certain period of time.

Subsequently, the position set forth in the resolution cited above was justifiably abandoned. Although the ratification law may be examined as an independent legal act vis-à-vis the international treaty, its nature and purpose is to merely finalize formal ratification procedures, which warrants the conclusion that it can not exist in isolation from and is inextricably bound up with the substance of the international treaty whose ratification is considered by the Parliament. In this sense, the body of the ratification law incorporates the ratified international treaty, which ultimately allows all parts of the ratified act to be challenged on the grounds of constitutionality and not merely the aspects relating to the formal ratification procedure. This turnaround in the practice of the Constitutional Court became official with the adoption of Decision No 9/1999 by which the Court ruled on the constitutionality of the

provisions laid down in an international treaty between Bulgaria and Turkey, and not solely on the act of its ratification.

There is a possibility to file a single petition challenging the constitutionality of a law on two conjoined grounds - non-compliance with the Constitution and with binding international treaties to which the country is a party. In line with the spirit of the Constitution, the Court held that when the first of the cited grounds is meritorious - that is the law is anti-constitutional - the second ground is excluded from the scope of consideration (Decisions No 19/1997 and No 9/1998). A provision, which has been challenged and found to be anti-constitutional, must be annulled, which renders the consideration of its compliance with the universal standards laid down in international law and the Conventions to which Bulgaria is a party an exercise in futility.

In principle, to date the Constitutional Court has refrained from the assumption that the standard of protection of fundamental rights and freedoms under the national Constitution may be lower than the standard laid down in international Conventions. Therefore, it is logical that there have been no cases of the Court ruling on compliance with the Constitution whilst ascertaining non-compliance with international law and/or the standards laid down in international treaties, although such a ruling would produce identical legal consequences - the provision concerned would be annulled and no longer be applied as an element of the legal order.

The supremacy of international treaties and their incorporation into national law (Article 5, paragraph 4 of the Constitution) is underlined by a determination on the part of the Parliament on the compliance of the treaty with the national Constitution at the time of ratification but an ex-ante ruling of the Constitutional Court on the same matter is also a possibility. When the subject matter of an international treaty is identical or substantially similar to provisions laid down in national law but the legal acts differ in prescriptive terms, the provisions of the international treaty apply directly. Ordinary courts may incidentally rule in line with this principle in the course of adjudicating specific disputes without the Constitutional Court being petitioned with a request to rule on compliance. The provisions of ratified international treaties are incorporated into national law but nevertheless they lay down

rules for public relations with an international dimension although arising within the legal domain of the Bulgarian State. In practice, only with regard to the regulation of such relations the treaties have supremacy over substantially similar provisions laid down in national law. For this reason, identical relations with purely national dimensions continue to be regulated according to the set of corresponding national rules.

Where the Constitutional Court is called upon to exercise abstract control with the objective of ascertaining that the provisions laid down in an international treaty contradict those laid in national law the manifestation of the precedence of international treaties, along with the universal standards of international law, is of a different nature. Here, similarly to the comparative review conducted to ascertain compliance with the Constitution, the Court acts under an obligation to recognise the legal precedence of the treaty whose provisions are more abstract and general than those laid down in national law. Such interpretation of the provisions of an international treaty, respectively the universal standards laid down in international law, may result in a ruling upholding the alleged non-compliance, which will render the contested law null and void.

In its practice to date, the Constitutional Court has ruled on the compliance of national law with fundamental international treaties, such as the United Nations Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECPHRFF), on a number of occasions. For example, the Court has ruled on a petition to establish the non-compliance of Article 6 paragraph 1 of ICCPR with a provision laid down in the Penal Code, which proclaimed the legality of self-defense resulting in homicide or attempted homicide provoked by a violent assault on the home of the perpetrator (Decision No 19/1997); a petition to establish the non-compliance of Article 10 ECPHRFF and Article 19 ICCPR with the provisions of a law limiting the right to information and a healthy environment with a view to safeguarding higher public values (Decision No 10/1995); and a petition to establish the non-compliance of Articles 7, 8 and 10 of UDHR with the provision of a law limiting the access to a court of

law in the case of settlement of collective industrial disputes (Decision No 27/1998) etc.

A particularity of a number of constitutional rulings is that the part setting out the reasons for the decision includes considerations of the compliance of challenged provisions with the fundamental international treaties despite the scope of the petition being limited to a pronouncement of anti-constitutionality. This approach is underlined by the Court's willingness to base its decisions on sound arguments rooted in recognised international standards expressly reproduced in the Bulgarian Constitution or at least intrinsically linked to the principles enshrined therein. For example, in Decision No 11/1998 the Constitutional Court, albeit petitioned solely to ascertain the anti-constitutionality of a provision laid down in the Labour Code that precluded the possibility of legal defence upon the dismissal of employees of central government bodies, referred also to Article 8 of UDHR, Article 14 paragraph 1 of ICCPR and Article 16, paragraph 1 of ECPHRFF, which proclaim the right of citizens to an independent and impartial tribunal and fair trial. Similarly, in Decision No 15/1995 by which the Court further developed the arguments in support of the anti-constitutionality of a provision laid down in the Local Elections Act introducing censorship of the media as regards their right to express opinions on political parties and their candidates, ruled that the provision concerned was a violation of the freedom of expression and dissemination of opinions on the grounds of Article 19 ICCPR and Article 10 of ECPHRFF.

On the grounds of Article 8 ECPHRFF, in Decision No 4/2006 the Court held that the challenged provision of the Enforcement of Penalties Act, which allowed prison administrations to exercise control over the correspondence of inmates, was anti-constitutional as the practice of the European Court of Human Rights (ECHR) contained a body of rulings limiting the discretion of government bodies in matters relating to attempts to impose limits on the privacy of correspondence outside the scope of the express limitations envisaged in the Convention. In connection to this, the Court found that the Bulgarian Constitution safeguards this right even more extensively and firmly through a broader scope of restrictions imposed on permissible limitations. This warrants the conclusion that the new Bulgarian Constitution was developed by

reference to the requirements laid down in international (supranational) law construed as a minimum standard, which does not preclude a more favourable constitutional regime for the protection of fundamental rights and freedoms of citizens being introduced in certain areas.

In Decision No 29/1998 the Court held that compulsory membership of the sectoral associations of medical and dental doctors should not be examined from the perspective of the constitutional principle of freedom of association because the matter essentially concerned the establishment of a body within the domain of public law, which exercises functions relating to the organisation, control and disciplinary matters with implications for all medical practitioners. In the light of this, the Court has taken into account the interpretation of Article 11, paragraph 1 of ECPHRFF by the European Court of Human Rights according to which with a view to protecting the health of citizens, the associations of medical and dental doctors exercise administrative and disciplinary powers and therefore should not be regarded as voluntary associations within the meaning of the Convention.

Acting in line with its power to provide obligatory interpretations of the Constitution, in Decision No 5/1992 the Court held that the provisions protecting religious freedom and congregational independence laid down in the Constitution matched the corresponding provisions laid down in ICCPR and ECPHRFF. In a similar case, in Decision No 7/1996 the freedom of expression and the right to seek, receive and disseminate information as well as the limitations of these freedoms allowed by the Constitution were considered in the light of Article 10 of ECPHRFF and Article 19 of ICCPR.

The significance of international treaties and most importantly ECPHRFF for Bulgarian constitutional law is adeptly summarised in Decision No 2/1998 by which the Constitutional Court ruled on the Framework Convention for the Protection of National Minorities prior to its ratification by Parliament. The Court found that the rights and freedoms proclaimed in the Convention should be interpreted in the light of the relevant provisions of ECPHRFF. It also noted that in both the Convention and the Bulgarian Constitution the provisions on fundamental rights and freedoms are fully aligned to contemporary international standards in this

area set forth in different fundamental international treaties and Conventions. In this context, the Court also took into account that the provisions on human rights laid down in ECPHRFF have universal civilisational implications for the entire international community, and particularly for the States-parties to the Convention, and therefore any interpretation of the Bulgarian Constitution must fully conform to the interpretation given to the provisions laid down in ECPHRFF to the maximum degree. This warrants the conclusion that although the Constitutional Court has been petitioned to explore constitutionality only, the relevant provisions of ECPHRFF should also be properly considered.

Contrary to the practice described above, Decisions No 4/1999 and No 4/2001 represent exceptions where as a result of non-conforming interpretation of ECPHRFF compounded by a formal reliance on the precedence of the national Constitution, the necessary majority for a ruling on the non-conformity of challenged provisions laid down in national law with the Convention could not be secured. When adopting the rulings concerned the Court split into two groups, each composed of an equal number of justices. One of the groups held that Article 6, paragraph 1 of ECPHRFF stipulated a requirement for access to an independent tribunal and fair trial without insisting in absolutist terms on a possibility being provided to file appeals against all administrative acts. According to this premise each State-party to the Convention was at liberty to impose limitations on the recourse to appeal in order to achieve higher goals envisaged in the national Constitution and that in the case of potential non-conformity precedence should be given to the supremacy of the Constitution. Conversely, the other group of justices maintained that failing to ensure recourse to an appeal against administrative decisions on grounds other than those expressly stipulated in ECPHRFF was inadmissible. It further held that fundamental human rights, such as the right to legal defense, should not be derogated at the sole and arbitrary discretion of the lawmaker. Such rights should be considered essential as regards disputes involving a conflict of values and must be underlined by the principle of proportionality, which requires the use of the most lenient means available as well as the imposition of reasonable limitations whose severity does not exceed that necessary to achieve the

legitimate goal concerned. The access to judicial control over the decisions of the public administration is necessary as a prerequisite for striking a reasonable balance between the values enshrined in the Constitution as a safeguard against arbitrary conduct of the public administration.

The accession of Bulgaria to the European Union (EU) required extensive amendments to the Constitution. The 2005 Constitutional reform became possible after the adoption of Interpretative Decision No 3/2004. The Court was petitioned with a request to rule on whether the prospective amendments to the Constitution necessary in the light of Bulgaria's forthcoming accession to the EU would essentially alter the structure and form of State governance, which would have required a special and extended Grand National Assembly to be convened in accordance with the Constitution as the elected ordinary National Assembly did not have the competence and powers to handle the task. Issues were raised relating to the future possibility of EU bodies to adopt decisions and legislation of supranational, direct and universal enforceability with regard to the country; the removal of the ban on the acquisition of land by foreign nationals from other EU Member States, vesting powers in government bodies to represent the country in the bodies of the European Union; the transfer of power to the national Parliament to conduct ex-ante control on proposed Community legislation; the surrender of Bulgarian nationals to foreign States or international tribunals for the purposes of prosecution in criminal cases, when such possibility was envisaged in an international treaty; the extension of the criteria for equality between citizens in accordance with the European Union Charter of Fundamental Rights etc. The manner in which the Constitutional Court addressed these issues did not raise a barrier to enacting the amendments of the Constitution that were necessary for the country to join the EU and reaffirmed the fundamental consensus within Bulgarian society on the country's drive towards full and meaningful integration into the European Union. According to the adopted decision the amendments may be enacted by an ordinary elected Parliament and not by following the protracted and complex procedure of convening a Grand National Assembly because the amendments did not concern primary but derivative constitutive

power. This cleared the Constitutional stumbling blocks to the country's accession to the European Union whilst also providing insight into the meaning of the new provisions - a necessary step in the process of clarifying the balance between national and Community law.

With regard to the removal of the ban on the acquisition of land by foreign nationals from other EU Member States, the Court based its ruling on Article 14, paragraph 2 of the Treaty establishing the European Community (EC Treaty), which stipulates that the Community internal market creates an economic area without internal borders that allows free movement of goods, people and capitals. The equality between legal entities in the Member States requires that within this area the entities concerned enjoy equal opportunities to conduct economic activities, including the right to purchase land. The interpretative decision also served as grounds for the amendment of the Constitution, which formerly precluded banishing from the country and handing over to foreign States for the purposes of criminal justice of Bulgarian citizens. Taking into consideration that criminal law and trial proceedings in Member States are derived from and built upon identical principles, which ensure fair trial, a possibility was envisaged to hand over Bulgarian nationals to another State for the purpose of prosecution in criminal cases when this is envisaged in a ratified and officially promulgated international treaty that has come into force, such as the EU Accession Treaty. In the cited decision the Constitutional Court further explored EU citizenship and its consequences because according to Article 17, paragraph 1 of Part Two of the EU Treaty each national of an EU Member State is also a national of the European Union. The implications of EU citizenship confer the right to free movement and residence within the Community, certain rights as regards the relations between citizens and the administrative bodies of the EU, and the active and passive right to vote in European Parliament elections and local elections. According to Article 19 of the EC Treaty *"Every citizen of the Union residing in a Member State of which he is not a national shall have the right to vote and to stand as a candidate at municipal elections in the Member State in which he resides, under the same conditions as nationals of that State"*. In connection to this, a new provision was incorporated into the

Constitution, which provides for the enactment of a law on European Parliament elections and the participation of EU citizens in municipal elections. The interpretative decision upheld the possibility to vest powers in governmental bodies to represent the country in bodies of the European Union, which derives from the necessity to ensure their engagement for the purposes of adopting decisions of supranational nature that are directly and universally binding on Bulgaria. Participation in the work of EU bodies does not detract from the powers of the principal constitutional bodies because the mandate of government officials to represent the country and participate in the proceedings of EU institutions, including adopting decisions that are binding on the country, is conferred by and subject to ex-ante control by the national Parliament. The enforcement of this type of control is an element of the general control exercised by the legislative power over the executive power. On this basis, new provisions were incorporated into the Constitution, which lay down the rules on the participation of the Bulgarian State into the work of Community bodies, the extended powers of Parliament to exercise control over the implementation of the government's commitments to the Union, the drafting of new legislation etc.

Interpretative Decision No 3/2004 had also a significant contribution to the clarification of the issue arising from the supremacy of Community law over the national law of Bulgaria as an EU Member State. According to the decision, following the act of ratification, promulgation and entry into force, the EU Accession Treaty becomes an integral part of national law. Thereby Bulgaria becomes a party to the founding treaties of the European Community and the European Union, which comprise the bulk of primary Community legislation, which is incorporated into the national legal order. Secondary Community legislation (Regulations, Directives and Decisions) enacted by EU institutions in accordance with Article 249 of the EC Treaty does not constitute an international treaty and is, therefore, not subject to ratification by the national Parliament following enactment and entry into force. However, secondary Community legislation is incorporated into the body of national law on the grounds of primary Community law, which represents an international treaty subject to ratification. The Constitutional Court held that the pos-

sibility of direct enforcement of acts adopted by EU bodies and institutions does not present a threat to national sovereignty because the Parliament, in which sovereignty is vested by popular vote, has voluntarily delegated some of its legislative powers to EU institutions. At the same time, national representatives are directly involved in the work of the respective institutions and in the process of developing and enacting supranational acts that are directly and universally enforceable.

Following Bulgaria's accession to the EU, the direct enforcement of Community law, which is incorporated directly into the national law of Member States, raised the issue of the competence of the Constitutional Court to rule not only on the compliance of national law with the Constitution but also with *acquis communautaire*. Essentially, the issue concerns the legal rules applicable to certain areas stipulated in the Accession Treaty in which Community law enjoys supremacy over the national legal order. The aim of the 2005 constitutional reform was to preclude the possibility for suspension of Community law in cases where national law has ignored the provisions laid down therein and, conversely, to prevent its neglecting on the grounds of establishing anti-constitutionality of a national law which otherwise is fully in line with Community law. With regard to the possibility for the national Parliament to delegate legislative powers to the EU in certain areas (Article 85, paragraph 1, subparagraph 9 of the Constitution), both primary legislation set forth in the Treaties ratified by the Member States and secondary Community legislation have supremacy not only *vis-à-vis* national law but also the Constitution.

The legal theory and philosophy underlying the practice of the Constitutional Court in the above specified area is not yet sufficiently extensive, consistent and mature but a prevailing view begins to emerge that the Constitution ought to be interpreted in conformity, in other words in line with the spirit of Community law, particularly as regards matters within its domain. For example, by Decisions No 4/2007 and No 11/2007 the Court upheld the compliance with the Constitution of a challenged provision laid down in the Energy Sector Act, which envisaged a simplified procedure for collection of debts owed by consumers to public utilities supplying electricity, by interpreting the constitutional provisions rel-

evant to the obligation of the State to ensure equal legal treatment of the economic entities with due respect to the legitimate public interest and the right of the citizens to effective legal defense in the light of Article 86 of the EC Treaty and Directive 93/13/EEC. Similarly, in Decision No 6/2010 following the institution of proceedings on a petition to establish the anti-constitutionality of a provision laid down in the Value Added Tax (VAT) Act, which envisaged levying of tax on services of lawyers representing citizens before a court of law, the Court - *although the scope of the petition did not include a request to rule on the compliance of the challenged provision with international legal instruments* - dismissed the motion on the grounds of the provisions laid down in Directive 2006/112/EC. Thus an approach was adopted which ensures the supremacy of the supranational legal domain over national legal order taking into consideration that the creation of the former was endorsed by EU Member States, including Bulgaria, by constitutionally regulated means of partial transfer of national sovereignty. In this way the Constitutional Court threw open the door to annulment on the grounds of anti-constitutionality of each national law which fails to respect the provisions laid down in Community law.



В. Штербец

*Заместитель Председателя Конституционного Суда
Республики Молдова*

Истоки, методы и особенности контроля конституционности законов в Республике Молдова

Позвольте искренне поздравить Вас с прекрасным юбилеем - 20-летием Конституционного Суда Болгарии.

Прежде чем предложить Вашему вниманию доклад под названием "Истоки, методы и особенности контроля конституционности законов в Республике Молдова", разрешите выразить благодарность за оказанную мне честь присутствовать на юбилейных мероприятиях, а также передать Вам наилучшие пожелания от Председателя Думитру Пулбере и всех судей Конституционного Суда Республики Молдова.

Конституционный контроль является одним из самых действенных механизмов реализации конституционных положений, он не только повышает эффективность законодательного процесса, но и значительно сокращает негативные последствия неконституционного закона.

Необходимость контроля конституционности законов и других нормативных актов до такой степени очевидна, что для этой цели было решено создать специальный орган конституционной юрисдикции и в Республике Молдова. Контроль конституционности законов играет важную роль в построении правового государства. Сегодня, когда построение демократической конституционной системы, основанной на верховенстве Конституции и международных договоров, на законности и согласованности в правовой политике государства через полноценное участие народа в управлении государством является особо актуальным, контроль конституци-

онности законов становится одной из важнейших форм защиты демократии. Основная обязанность всех - соблюдать Конституцию, а самая надежная правовая гарантия - это контроль конституционности законов и других нормативных актов, который в правовом государстве становится его неотъемлемой частью. Конституционный Суд реализует эту задачу именно посредством претворения в жизнь конституционных принципов и норм, их практического применения и последовательной реализации прав и свобод граждан, преследуя одновременно гарантирование разделения и взаимодействия властей, соблюдения государственными органами своих полномочий. Таким образом, верховенство Конституции обеспечивается, в первую очередь, путем контроля конституционности законов.

Обмен опытом между государствами с различными конституционными системами, а также существующие между ними различия предопределили разделение их на 2 формы, называемые также американской и европейской моделями конституционного контроля.

В большинстве стран была внедрена европейская модель конституционного контроля, в том числе и у нас в Молдове. Конституционный контроль в Республике Молдова осуществляется специализированным органом, а именно Конституционным Судом, который является инновацией Конституции, принятой 29 июля 1994 года, вступившей в силу 27 августа 1994 года в день независимости Республики Молдова. Тем самым Республика Молдова вступила в ряды государств, взявших на себя обязательство построить правовое государство, основанное на конституционной демократии, политическом плюрализме, на ценностях, провозглашенных Основным Законом.

Следует отметить, что в период, когда Республика Молдова входила в состав СССР и имела конституции, которые просто повторяли текст Конституции СССР, не могло быть и речи о контроле конституционности законов, тем более что государственная власть была в руках одной коммунистической партии.

1 декабря 1988 года, вследствие национальных волнений, была изменена Конституция СССР и создан Комитет

конституционного надзора, который мог рекомендовать эмитентному органу устранить из принятых актов положения, противоречащие Конституции, однако право вносить изменения или отменять контролируемый акт принадлежало принимавшему его органу. Подобным образом обеспечивалось соответствие нормативных актов Конституции. Комитет конституционного надзора был создан на основании статьи 124 Конституции СССР и Закона о конституционном надзоре в СССР от 24 декабря 1989 года (вступившего в силу 1 января 1990 года), однако этот орган не сумел довести дело до конца. Было намерение создать аналогичный орган и в Молдове, однако Верховный Совет МССР, рассматривая в первом чтении проект Закона о конституционном надзоре в МССР, не одобрил эту инициативу. В результате национально-освободительного движения Законом от 23 мая 1991 года было изменено название страны: Молдавская Советская Социалистическая Республика стала называться Республикой Молдова. 23 июня 1990 года была принята Декларация о суверенитете, а 27 августа 1991 года - Декларация о независимости, и таким образом Республика Молдова стала суверенным и независимым государством.

Присоединение Республики Молдова к Всеобщей декларации прав человека, к пактам и другим договорам об основных правах человека предопределило необходимость внесения существенных изменений в законодательство, в структуру государственных органов, необходимость приступить к радикальным экономическим реформам в связи с переходом к рыночным отношениям. И хотя в период 1990-1994 годов первым демократическим Парламентом Республики Молдова, избранным в 1990 году, прилагались усилия в этом направлении, назрела необходимость принятия новой Конституции. Концепция судебно-правовой реформы 1994 года явилась основой Конституции Республики Молдова, принятой 29 июля 1994 года.

С принятием новой Конституции в Республике Молдова был учрежден институт конституционного контроля. Раздел V Конституции посвящен Конституционному Суду. Этот раздел состоит из 7 статей (ст.134-140). Но и в других статьях Конституции также есть ссылки на Конституционный Суд, напри-

мер, в ст.62, предусматривающей процедуру признания мандатов депутатов Парламента. 13 декабря 1994 года был принят Закон № 317-XIII о Конституционном Суде, который содержит 6 глав и 42 статьи. Положения этого Закона предусматривают статус судьи, структуру Суда, осуществление конституционной юрисдикции и т.д. 23 февраля 1995 года был создан первый состав Конституционного Суда, однако судьи приступили к исполнению обязанностей с 16 июня 1995 года, когда был принят Кодекс о конституционной юрисдикции № 502-XIII.

Естественно, до этого Республика Молдова не имела никакого опыта в области конституционного правосудия.

Следует отметить, что Конституционный Суд не входит в судебную систему, не является он и составной частью органов государственной власти. Конституционный Суд - единственный орган конституционной юрисдикции в Республике Молдова. Он независим от любой другой публичной власти и подчиняется только Конституции. Конституционный Суд является независимым и авторитетным органом со специальным статусом, так как его решения носят окончательный характер и подлежат обязательному исполнению. Своими решениями Конституционный Суд может влиять на деятельность государственных органов.

Конституционный Суд в Республике Молдова осуществляет только последующий контроль (*a posteriori*) конституционности законодательных актов. Что касается международных договоров, своими постановлениями КС установил практику их предварительного контроля (*a priori*).

Тенденции конституционного контроля в Республике Молдова на данном этапе аналогичны, что и в других странах, а именно: эмансипация конституционной юрисдикции, что является следствием, как отметил профессор, доктор Райнер Арнольд, эмансипации конституций. Этому также способствуют:

- исследования и соответствующие постановления и заключения Венецианской комиссии;
- постоянно действующий смешанный консилиум агентов по связям с Венецианской комиссией и его документы;
- база данных конституционной юрисдикции Венецианской комиссии CODICES;

- возможность обращения с конкретными запросами в Венецианскую комиссию и получения соответствующих заключений;

- возможность обращения с запросами посредством Венецианской комиссии к нашим коллегам и получения столь необходимых ответов на поставленные вопросы;

- прямые обращения с запросами на основании двусторонних договоров о взаимном сотрудничестве;

- проведение форумов различного уровня (международные конференции, конгрессы, юбилейные конференции, семинары, круглые столы и т.п.) и т.д.

Отметим, что институт конституционного контроля на протяжении истекшего времени способствовал укреплению и развитию демократических основ в Республике Молдова.

На определенных этапах постановления и заключения Конституционного Суда позволили воздействовать на разблокировку политического кризиса в стране. К примеру, созданный кризис в 1999-2000 годах при тогдашнем коалиционном Парламенте с учетом соответствующих заключений КС привел к изменению конституционных норм, касающихся порядка избрания Президента, его срока полномочий, порядка роспуска Парламента. В результате, перешли от прямых всенародных выборов Президента к его избранию Парламентом (3/5 голосов избранных депутатов без снижения указанного количества голосов при проведении второго тура голосования или при повторных выборах).

Как оказалось, на тот момент это был вынужденный компромисс для выхода из создавшегося политического кризиса. Группа конституционалистов уже тогда высказалась по вопросу необходимости совершенствования конституционных норм, касающихся института Президента и института Парламента. Однако на протяжении восьми лет это не было сделано, хотя в этот период правления Партии коммунистов Республики Молдова удалось образовать и конституционное большинство, что позволило ревизовать отдельные (другие) нормы Конституции и провести, в частности, судебную реформу в 2002-2003 годах.

В результате апрельских выборов 2009 года Конституционным Судом в Парламенте XVII созыва из 101 мандата были

признаны действительными за Партией коммунистов Республики Молдова 60 (*Постановление КС nr.7 от 22.04.2009 г.*).

Развернувшиеся массовые волнения (6-7 апреля 2009 года) закончились разгромом зданий Парламента и Президентуры, которые в связи с экономическим кризисом не восстановлены до настоящего времени. Политическая обстановка в стране не позволила избранию Президента (ПКРМ не удалось получить один недостающий голос у 3 оппозиционных парламентских партий, а именно: Политической партии "Либеральная партия", Либерально-демократической партии Молдова и Политической партии "Альянс Наша Молдова" - за которыми были признаны действительными мандаты соответственно 15, 15 и 11).

Отметим, что в соответствии с нормами Конституции, если и после повторных выборов Президент Республики Молдова не избран, действующий Президент распускает Парламент и назначает дату выборов нового Парламента на основании заключения Конституционного Суда. В связи с отказом 41 депутата участвовать в избрании Президента, в том числе при повторных выборах, КС констатировал обстоятельства, оправдывающие роспуск Парламента (*Заключение КС nr.2 от 22.06.2009 г.*).

Указом Президента Республики Молдова № 2243-IV от 15 июня 2009 года был распущен Парламент Республики Молдова XVII созыва и назначены выборы нового Парламента на 29 июля 2009 года. 29 июля 2009 года состоялись выборы Парламента Республики Молдова. Заключением № 3 от 14 августа 2009 года Конституционный Суд подтвердил соответствие закону выборов, а Постановлением № 14 признал действительными мандаты 101 депутата Парламента Республики Молдова XVIII созыва. В результате указанных выборов мандаты в Парламенте распределились следующим образом: ПКРМ - 48, ЛДПМ - 18, ЛП - 15, ДП - 13 и АНМ - 7 мандатов (*Постановление КС nr.14 от 14.08.2009 г.*). Последние 4 партии создали правящий Альянс за европейскую интеграцию (53 мандата), составляющий парламентское большинство. ПКРМ стала оппозиционной партией.

Постановлением № 54-XVIII от 3 ноября 2009 года в соответствии со ст.2 ч.(4) Закона № 1234-XIV от 22 сентября 2000

года Парламент назначил выборы Президента Республики Молдова на 10 ноября 2009 года. Выдвинутая кандидатура на должность Президента Республики Молдова не набрала необходимое количество голосов (48 депутатов от оппозиционной парламентской фракции Партии коммунистов Республики Молдова отказались принимать участие в голосовании). Парламент Постановлением № 74-XVIII от 27 ноября 2009 года назначил повторные выборы Президента Республики Молдова на 7 декабря 2009 года, при которых Президент Республики Молдова не был избран, что влечет последствия, предусмотренные ст.78 ч.(5) Конституции, - роспуск Парламента и назначение даты выборов нового Парламента.

Весь период после апрельских выборов 2009 в соответствии с Конституцией до принесения присяги вновь избранным Президентом продолжал исполнять свои полномочия Президент Республики Молдова, избранный 4 апреля 2005 года Парламентом XVI созыва.

В соответствии со ст.90 ч.(2) Конституции 11 сентября 2009 года Президент Республики Молдова Владимир Воронин представил Парламенту заявление об отставке.

Парламент принял к сведению заявление об отставке господина Владимира Воронина и объявил должность Президента Республики Молдова вакантной (*Постановление № 14-XVIII от 11 сентября 2009 года*).

Постановлением Парламента №15-XVIII от 11 сентября 2009 года временное исполнение обязанностей Президента Республики Молдова возложено на Председателя Парламента Михая Гимпу.

Рассматривая соответствующее обращение, Конституционный Суд констатировал как обстоятельство, оправдывающее временное исполнение обязанностей Президента Республики Молдова, вакансию должности в связи с отставкой главы государства (*Заключение КС nr.4 от 17.09.2009 г.*).

Процедура избрания Президента Республики Молдова в соответствии со ст.78 ч.(6) Конституции устанавливается органическим законом. 30 октября 2009 года Законом № 49-XVIII были внесены изменения в органический Закон № 1234-XIV от 22 сентября 2000 года "О процедуре избрания Президента Республики Молдова", в соответствии с которыми "в

течение одного года Парламент может быть распущен только один раз. Следующий роспуск Парламента может производиться только по истечении одного года со дня последнего роспуска". Указанные изменения в Законе были признаны конституционными (*Постановление КС nr.5 от 16.03.2010 г.*).

В последующий период были приложены усилия для разрешения политического кризиса, **предотвращения блокирования деятельности государственных органов** путем внесения изменений в Конституцию **(с целью усовершенствовать процедуру избрания Президента)**.

31 марта 2010 года группа из депутатов Парламента от фракции РКРМ представила Конституционному Суду для дачи заключения проект конституционного закона о пересмотре ст.78 Конституции Республики Молдова, согласно которому предлагалось усовершенствование процедуры избрания Президента Республики Молдова посредством снижения количества поданных голосов в последующих турах голосования, а именно: в первом туре - 61, во втором туре 57, в третьем туре - большинство голосов избранных депутатов. Если и после третьего тура выборов Президент Республики Молдова не избран, действующий Президент распускает Парламент и назначает дату выборов нового Парламента.

14 апреля 2010 года группа из депутатов Парламента от правящего Альянса за европейскую интеграцию представила обращение для дачи заключения по проекту конституционного закона о пересмотре ст.78 Конституции Республики Молдова, предусматривающей, что Президент избирается народом всеобщим и свободным голосованием.

28 июня 2010 года группа из депутатов Парламента от правящего Альянса за европейскую интеграцию представила Конституционному Суду проект конституционного Закона о внесении изменений в ст.78 Конституции Республики Молдова путем конституционного референдума, согласно которому предлагалось избрание Президента гражданами прямым голосованием, а избранным считался бы кандидат, набравший не менее половины голосов принявших участие в выборах. Если ни один из кандидатов не набрал бы это количество голосов, проводится второй тур голосования по пер-

вым двум кандидатурам, установленными в порядке убывания числа голосов, полученных в первом туре. Избранным считался бы кандидат, набравший наибольшее количество голосов.

Конституционный Суд высказался положительно по данным проектам, которые соответствовали условиям, установленным конституционными положениями ст.141 ч.(1) п.б), и не превышали пределы пересмотра Конституции, установленные конституционными положениями ст.142 ч.(2). **Первые два проекта могли быть представлены** для рассмотрения Парламенту, **а третий** - для конституционного референдума (*Заключения КС: nr.1 от 29.04.2010 г., nr.2 от 04.05.2010 г. и nr.3 от 06.07.2010 г.*).

7 июля 2010 года Парламент Республики Молдова принял Постановление № 150 о проведении 5 сентября 2010 года республиканского референдума по проекту закона о внесении изменений в ст.78 Конституции Республики Молдова. Конституционный референдум от 5 сентября 2010 года преследовал цель разрешения "конституционного кризиса, возникшего из-за невозможности избрания Президента Республики Молдова".

5 сентября 2010 года был проведен республиканский конституционный референдум, однако в голосовании приняли участие менее 1/3 избирателей от числа лиц, внесенных в избирательные списки. По этим основаниям Конституционный Суд подтвердил, что республиканский конституционный референдум от 5 сентября 2010 года является несостоявшимся (*Постановление КС nr.22 от 23.09.2010 г.*). Таким образом, ожидаемый позитивный результат референдума от 5 сентября 2010 года не последовал.

Первые два проекта конституционных законов о внесении изменений в ст.78 Конституции Парламентом не были рассмотрены. Группа депутатов Парламента от фракции РКРМ отозвала свой проект.

7 сентября 2010 исполняющий обязанности Президента Республики Молдова обратился в Конституционный Суд с представлением о констатации обстоятельств, оправдывающих роспуск Парламента XVIII созыва, мотивируя тем, что участие 48 депутатов от парламентской фракции Партии ком-

мунистов Республики Молдова в очередных выборах Президента Республики Молдова от 10 ноября 2009 года и повторных выборах от 7 декабря 2009 года влечет последствия, предусмотренные ст.78 ч.(5) Конституции.

Рассмотрев обращение в соотношении с конституционными положениями и нормативными актами о выборах Президента Республики Молдова и роспуске Парламента, Конституционный Суд отметил, что 7 декабря 2009 года возникли обстоятельства, влекущие роспуск Парламента.

Роспуск Парламента в соответствии со ст.78 ч.(5) Конституции осуществляется при соблюдении положений ст.85 ч.(3) Конституции, которые предусматривают, что в течение одного года Парламент может быть распущен один раз.

Данная конституционная норма была развита в ст.10 ч.(3) Закона № 1234-XIV от 22 сентября 2000 года, предусматривающей, что в течение одного года Парламент может быть распущен только один раз. Следующий роспуск Парламента может производиться только по истечении одного года со дня последнего роспуска.

16 июня 2010 года истек год со дня последнего роспуска Парламента, установленного Указом № 2243-IV от 15 июня 2009 года.

Конституционный Суд констатировал как обстоятельства, оправдывающие роспуск Парламента Республики Молдова XVIII созыва, неизбрание Президента Республики Молдова на очередных выборах от 10 ноября 2009 года и в повторных выборах от 7 декабря 2009 года (*Заключение КС пр.4 от 21.09.2010 г.*).

Указом № 563-V от 28 сентября 2010 года исполняющий обязанности Президента Республики Молдова в соответствии со ст.78 ч.(5) Конституции и ст.76 ч.(3) Кодекса о выборах распустил 29 сентября 2010 года Парламент XVIII созыва и назначил выборы нового Парламента на 28 ноября 2010 года. 28 ноября 2010 года состоялись досрочные выборы Парламента Республики Молдова XIX созыва.

Конституционный Суд признал соответствие выборов закону и действительность мандатов избранных депутатов следующим партиям: ПКРМ - 42, ЛДПМ - 32, ДПМ-15, ЛП-12 (*Заключение пр.5 и Постановление пр.31 от 24.12.2010 г.*).

Последние 3 партии сохранили правящий Альянс за европейскую интеграцию (59 мандатов), составляющий парламентское большинство.

30 декабря 2010 года был избран Председатель Парламента, который Постановлением Парламента № 6 от того же числа назначен временно исполняющим обязанности Президента.

24 января 2011 поступило обращение депутатов Парламента о даче толкования ст.90 ч.(4) Конституции (предусматривающей проведение выборов нового Президента в двухмесячный срок после того, как должность Президента Республики Молдова становится вакантной) в условиях, когда временное исполнение обязанностей главы государства обеспечивается последовательно председателями Парламента двух созывов подряд, ситуация, которая может повториться в будущем.

Проанализировав применимость ч.(4) ст.90 Конституции, Конституционный Суд отметил, что соотносимая со сроком проведения выборов Президента Республики Молдова правовая ситуация, сложившаяся на день рассмотрения данного дела в связи с вакансией этой должности и установлением временного исполнения обязанностей Президента, не урегулирована Конституцией Республики Молдова.

Так, нынешний Председатель Парламента принял должность временно исполняющего обязанности Президента не от Президента или действующего Президента Республики Молдова, а от временно исполняющего обязанности Президента Республики Молдова, срок полномочий которого в качестве Председателя Парламента истек. Таким образом, Парламент Республики Молдова, назначив 30 декабря 2010 года нового временно исполняющего обязанности Президента, создал новую правовую ситуацию: временное исполнение обязанностей временно исполняющего обязанности Президента, которое не урегулировано Конституцией или законодательством.

Конституционный Суд также отметил, что срок проведения выборов Президента в период временного исполнения обязанностей Президента относится к процедуре избрания Президента, и Парламент согласно ч.(6) ст.78 Конституции

обладает всеми полномочиями законодательно урегулировать данный вопрос, соблюдая при этом конституционные принципы.

Чтобы не присвоить себе полномочия законодательного органа, Конституционный Суд не счел возможным устанавливать сроки проведения процедуры избрания Президента вновь избранным Парламентом. Как Конституция, так и предыдущие постановления о толковании конституционных положений не позволяют Конституционному Суду расширить перечень случаев, предусматривающих установление временного исполнения обязанностей Президента. Расширение этого перечня и установление сроков для избрания Президента Республики Молдова означали бы присвоение Конституционным Судом несвойственных ему полномочий и подмену законодательного органа, что недопустимо.

Конституционный Суд по этим основаниям прекратил производство по делу о толковании ч.(4) ст.90 Конституции в этой части (*Постановление КС nr.2 от 08.02.2011 г.*).

Учитывая, что законодательство не предусматривает порядок передачи и принятия полномочий Президента Республики Молдова, а также механизмы установления временного исполнения обязанностей Президента в случае возникновения вакансии должности и прекращения срока полномочий Президента, Конституционный Суд счел необходимым принять представление в адрес Парламента.

Таким образом, на сегодняшний день временное исполнение обязанностей Президента обеспечивается Председателем Парламента.

Дальнейшее изменение политической ситуации зависит от высшего представительного органа народа Республики Молдова и единственной законодательной власти страны.

Резюмируя свое выступление, хочу высказать несколько суждений, которые, по нашему мнению, могут способствовать повышению эффективности конституционного контроля в Республике Молдова как механизма гарантирования верховенства Конституции:

1. В целях обеспечения независимости судей Конституционного Суда считаем целесообразным реформировать его структуру (перейти от парного к непарному составу, что тре-

бует увеличения количественного состава), перейти к одномандатному более длительному сроку полномочий;

2. Назрела необходимость проведения существенной конституционной реформы. Известно, что Конституция была принята в период начала демократических реформ в Республике Молдова, многие нормы сыграли на том этапе свою положительную роль и изжили себя. Последующие изменения в обществе, повторяющиеся глубокие политические кризисы, тенденции дальнейшего продвижения страны требуют нового конституционного закрепления. Кроме того, как отмечено выше, нуждаются в срочном совершенствовании конституционные нормы, касающиеся институтов Президента и Парламента. Высказываются мнения о необходимости принятия новой Конституции, поскольку, по мнению сторонников этого, нуждаются в реновации около 80% ее норм, хотя сторонники другого мнения высказываются о необходимости изменения около 20% конституционных норм. Так или иначе, это в пользу необходимости конституционной реформы. А для этого нужна политическая воля всех парламентских партий.

Благодарю за внимание.



Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран новой демократии

Выпуск 3 (53) 2011



Адрес редакции:

375019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: 529991, 588189

Факс: 529991

Email: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

URL: <http://www.concourt.am>

Сдано в набор 03.10.2011 г.

Подписано к печати 01.11.2011 г.

Печ. л. 13.25

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 быть
опубликованы основные научные результаты
диссертаций на соискание ученых степеней
доктора и кандидата наук

Зарегистрирован коллегией
N 8/22 Министерства юстиции РА
27 февраля 1998г.