

Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник

Конференции

органов конституционного контроля

стран молодой демократии

Выпуск 2(32) 2006

ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ
ЕРЕВАН · 2006

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.С. Кененсариев
судья Конституционного Суда Кыргызской Республики

М.Н. Назаров
судья-секретарь Конституционного Суда Республики Таджикистан

В.И. Нимченко
судья Конституционного Суда Украины

А.Г. Тиковенко
судья Конституционного Суда Республики Беларусь

Б.С. Эбзеев
судья Конституционного Суда Российской Федерации

Ответственный секретарь

И.В. Даниелян

ISSN 1829-0125

© Центр конституционного права РА

Содержание

Актуальные проблемы конституционного правосудия

Эндзинш А., Мазак Я., Пацолый П. О возможных конституционных и правовых реформах для обеспечения непрерывного функционирования Конституционного Суда Украины 7

Из истории конституционного правосудия

Митюков М. Предтеча конституционного правосудия (к истории Комитета конституционного надзора СССР) (*продолжение*)..... 14

Из конституционно-правовой практики

Багдасарян В. Анализ функционирования Национального Собрания Армении в свете требований конституционных изменений 39

Оганян Л. Некоторые вопросы законодательного регулирования обнаружения и исследования телесных свойств и признаков личности 49

Обзор решений конституционных судов

Обзор практики Конституционного Суда Республики Беларусь за I квартал 2006 года 57

Тема для дискуссии

Проект *va demesit* о конституционном правосудии.. 67

Степанян О. О конституционной мифологии 108

Новые книги о конституционном правосудии

- Арутюнян Г.Г., Баглай М.В. Конституционное право: Энциклопедический словарь. Москва, 2006 120
- Овсебян Ж.И. Юридическая ответственность и государственное принуждение. Ростов-на-Дону, 2005 122

Contents

Actual Problems of the Constitutional Justice

- Endzins A., Mazak J., Paczolay P.** On possible Constitutional and Legislative Improvements to Ensure the Uninterrupted Functioning Of the Constitutional Court of Ukraine 7

From the History of the Constitutional Justice

- Mityukov M.** Prehistory of the Constitutional Justice (the history the Committee of the Constitutional Control of the USSR) (continuation) 14

From the Constitutional-Legal Practice

- Baghdassaryan V.** Analysis of Functioning of the National Assembly of Republic of Armenia in the Light of Demands of Constitutional Amendments 39
- Ohanyan L.** A Few issues of the Legislative Regulation of the Detection and Research of the Corporal Capacities and Signs of the Individual 49

Observation of the Decisions of the Constitutional Courts

- Observation of the Practice of the Constitutional Court of the Republic of Belarus on the First Quarter 57

Topics for Discussion

- Draft *vademecum* on Constitutional Justice 67
- Stepanyan O.** On the Constitutional Mythology 108

New Publications on the Constitutional Justice

- Harutyunyan G., Baglaj M.* Constitutional Law: Encyclopedic Dictionary, Moscow, 2006 120
- Hovsepyan J.** Legal Responsibility and State Enforcement. Rostov - on - Don, 2005 122

A. Endzins

Member of The Constitutional Court of Latvia

J. Mazak

Member of The Constitutional Court of Slovakia

P. Paczolay

Member of The Constitutional Court of Hungary

On possible Constitutional and Legislative improvements to ensure the uninterrupted functioning of the Constitutional Court of Ukraine

1. *By letter dated 20 March 2006, the Minister of Justice of Ukraine and member of the Venice Commission, Mr Holovaty, requested the Venice Commission to give an opinion on how the relevant Ukrainian legislation should be improved to ensure the uninterrupted functioning of the Constitutional Court of Ukraine.*

2. *The Commission appointed Messrs Endzins, Mazak (CDL(2006)044) and Paczolay as rapporteurs on this issue. This [draft] opinion has been adopted by the Venice Commission at its 67 Plenary Session.*

A. Background

3. Chapter XII of the Constitution of Ukraine defines the framework for establishment, structure and activity of the Constitutional Court. According to Article 148 of the Constitution,

the Constitutional Court is composed of eighteen judges. The President, the *Verkhovna Rada* and the Congress of Judges each appoint (or elect) six judges to the Constitutional Court. The judges are appointed for a nine year non-renewable term.

4. The general principles contained in Chapter XII of the Constitution are further developed in the law "On the Constitutional Court of Ukraine", adopted on 16 October 1996. The law deals in particular with "the procedure for the organisation and operation of the Constitutional Court of Ukraine, and the procedure for its review of cases" (Article 153 of the Constitution). Under the above law a judge of the Constitutional Court enters office from the date of swearing the judge's oath, which he or she takes at a session of the *Verkhovna Rada* with the participation of the President, the Prime Minister and the Chairman of the Supreme Court no later than one month from the date of appointment (Article 17 of the Law).

5. On 18 October 2005, the term of office of ten justices of the Constitutional Court of Ukraine, including its Chairman, came to an end the first nine year appointment of judges of the Constitutional Court was made in 1996). Another three judges' posts had been vacant for some time already (. Given the number of judges remaining in office (five judges), the Constitutional Court became inoperative, since a quorum of twelve judges is required for plenary sessions by Article 51 of the Law.

6. In its Resolution 1466 (2005), adopted already on 5 October 2005, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) called upon the Ukrainian authorities to "ensure that the composition of the Constitutional Court of Ukraine is renewed without undue delay after the expiry of the term of office of its justices."

7. On 3 November 2005 the Congress of Judges of Ukraine appointed six judges and on 14 November 2005 the President of Ukraine appointed three judges respectively to the Constitutional Court. However, the *Verkhovna Rada* seemed to be reluctant both to appoint the four judges under its own quota

and to allow for the procedure of swearing in to take place. On 15 December 2005 the PACE Monitoring Committee urged the *Verkhovna Rada* "to carry out its constitutional duty and renew the composition of the Constitutional Court of Ukraine without any further delay."

8. In its declaration of 16 December 2005, the Venice Commission expressed its concern (shared by the Constitutional Court of Lithuania, holding the Presidency of the Conference of European Constitutional Courts) over the stalled process of appointment of new judges to the Constitutional Court of Ukraine and called on "the Ukrainian authorities and especially the Ukrainian Parliament to quickly take the necessary steps for renewing the membership of the Constitutional Court of Ukraine."

9. The declaration pointed out that "in countries where it has been established, the constitutional court is an institution of crucial importance in ensuring the functioning of the various state bodies within constitutional limits. They have the key function of guaranteeing the respect for fundamental principles of democracy, the protection of human rights and the rule of law, which are also the basic standards of the Council of Europe, of which Ukraine is a member."

10. Given its jurisdiction, the effective and continuous functioning of the 'Guardian of the Constitution' has paramount importance for the country. According to the Ukrainian Constitution, the Constitutional Court decides on issues of the conformity of laws and other legal acts with the Constitution. The Court's mandate entails providing an official interpretation of the Constitution and laws, giving opinions on the constitutionality of international treaties both already force and submitted to the *Verkhovna Rada* for ratification. The Court's mandate also includes an opinion on impeachment of the President.

11. The constitutional duty to ensure continuance and stability of the Court's work lies upon the state authorities involved in the Court's procedure of composition. Consequently, respective measures should be taken by them to restore functioning of

“the sole body of constitutional jurisdiction in Ukraine” (Article 147 of the Constitution).

B. Possible solutions aimed at improving the legislation

1. Appointment mechanism

12. In order to avoid the paralysis in the Constitutional Court's activity in case of the constitutionally empowered authority's failure to appoint a judge, it seems advisable to introduce default mechanisms. Several options could be considered in this respect. When taking into consideration the different options we have to be aware of the fact that the appointment of the judges of a Constitutional Court is the only case when politics directly interferes with constitutional justice. While the work of constitutional courts must be independent and free from political influence, one cannot deny that political factors have a clear say in determining the appointment of constitutional judges. Even though the deadlock should be resolved as far as possible on the basis of constitutional tools generally used in other countries, at the same time some specific, probably temporary, circumstances of the deadlock concerned have to be taken into account.

13. A safeguard may be established through a provision allowing a judge to continue to sit at the Court after his/her term of office has expired until the judge's successor is appointed. Such a mechanism is currently in place for example in Portugal, Germany, Spain and Bulgaria. Such a system prevents that a stalemate during the appointment process blocks the activity of the Court. This will however not be sufficient in case of retirement for health reasons or death of a judge.

14. It might also be advisable to provide for a safety measure, ensuring that the activities for filling the vacancy start well in advance so that the selection of a candidate is finalised by the time the vacancy occurs. In Romania, for example, a new

judge must be appointed at least a month before the end of the mandate of the preceding judge. Again, such a provision alone cannot overcome the refusal of an appointing authority to fulfil its constitutional duty. In Hungary, where the vacancies on the Constitutional Court has created serious problems several times, according the Act on the Constitutional Court a new judge must be elected at least three months before the end of the mandate of the preceding judge (Article 8.4). Nevertheless, this has happened very rarely.

15. Therefore, a more powerful default mechanism would be a devolution of the powers of appointment to other state authorities in case of a continued inaction or failure to appoint judges by an appointing authority. In the case of Ukraine, if one of the three appointing authorities (President or the Verkhovna Rada or the Council of Judges) did not appoint judges after a certain deadline the powers to appoint these judges would devolve to the remaining two authorities at equal parts. For example, if the *Verkhovna Rada* does not appoint judges under its quota within a month after the expiry of the term of the predecessors, the two other authorities entitled to make appointments (the President and the Congress of Judges) intervene and each fill half of the vacant positions, if the number of judges to be appointed is even. In the case of a uneven number of vacant positions, the authority to appoint one more judge would devolve on the body for which the last appointment dates back longer. For instance, if three vacancies need to be filled and the last appointment was made by the President, then the President and the Congress of Judges of Ukraine would appoint one judge each, and the third judge would be appointed by the Congress of Judges.

16. In addition, to ensure that the body or the bodies obtaining right to appoint additional judges will comply with their newly obtained competence, the transfer of appointment powers from one constitutional body to another might even be followed certain means of pressure. For example, if that or those of originally authorised bodies that have complied with its or their duty also fail to appoint the rest of the judges required,

the power of the President of Ukraine to dissolve the *Verkhovna Rada* or the Council of Judges could be introduced. However, giving the President that power could at the same time be regarded as unbalanced, since the other two authorities could not be given similar means of pressure on the President in case of the latter's failure to comply with his or her constitutional obligation. On the other hand, the Head of State remains accountable for his or her actions and is bound by the presidential oath. Here, the principle of *presumptio boni viri* comes into play. Therefore, it seems possible to rely on this principle without the necessity to provide for additional constraints on the President during the process of appointment of constitutional judges.

2. Administration of the oath

17. An effective appointment procedure does not constitute the only safeguard to avoid the deadlock in the functioning of the Constitutional Court of Ukraine. Drawbacks related to the mechanism of entry into office could and did hinder the work of the Court. Therefore, the issue of the administration of the oath needs to be addressed. The main objective should be ensuring that the oath is taken in a timely manner and the procedure for swearing in does not result in formalities possibly jeopardising a judge's entry into office.

18. One of the solutions in this respect could be taking the oath in a written form and submitting it to the President of Ukraine or the Speaker of the *Verkhovna Rada* of Ukraine.

19. Another solution could be providing for an internal mechanism to be established for swearing in. The option would consist in enabling the newly appointed judges to be sworn in by the Chairman of the Constitutional Court. In the case that the Chairman's authority has ended, the possibility to be sworn by the Chairman *ad interim* or oldest judge in office could be envisaged.

C. Conclusions

20. Although the rule of appointment, under which the relevant power is split between the three branches of power in Ukraine, ensures a balanced representation of the Constitutional Court, a risk to the stability and uninterrupted functioning of the Court remains and has already materialised. The appointment system should therefore provide certain mechanisms to avoid the probability of stalling (caused by political or technical reasons) the new appointment after a judge's term of office expires. However the establishment of safeguards preventing deadlocks in the appointment procedure alone cannot lead to the full solution of the problem as long as obstacles for the judge's assumption of duties persists.

21. In order to ensure and safeguard the stable functioning of the constitutional judiciary the Venice Commission recommends the adoption of relevant constitutional and legislative amendments aimed at improvement of the Ukrainian legislation in this respect. In particular:

- Providing that a judge remains in office until his or her predecessor has been appointed;
- Creation of a safeguard in the case of the failure of a constitutionally empowered authority to appoint (or elect) new judges of the Constitutional Court by devolving the power of appointment from the original constitutional body to the remaining ones;
- The simplification of the taking of an oath by providing for a written form of taking the oath or the introduction of an internal mechanism for swearing in.



М. Митюков

заслуженный юрист
Российской Федерации, профессор

Предтеча конституционного правосудия (к истории Комитета конституционного надзора СССР) (продолжение)

3. Кризис конституционного надзора

Практика Комитета конституционного надзора СССР за полтора года его существования в той или иной мере проанализирована в отечественной литературе¹⁶⁴. За время своей работы он рассмотрел 29 вопросов¹⁶⁵. Главной правовой основой деятельности ККН явилась норма о надзоре за нормативными правовыми актами, нарушающими основные права и свободы человека, закрепленные в Конституции СССР и в международных актах, участником которых является СССР. «Запись, по замыслу отцов-разработчиков декларативного порядка», - позднее писал С.С. Алексеев, - стала «опорой» для принятия Комитетом наиболее важных решений¹⁶⁶.

Исходя из этой предусмотренной законом возможности ККН признал нарушающими права человека, в частности:

¹⁶⁴ См.: Алексеев С.С. Год пути к верховенству права//Известия. 1991. 19 июня; Лазарев Б.М. Указ. соч. - С.24-25; Наумов А.В. Предисловие// Босхолов С.С. Демократия, законность, суверенитет (статьи, заметки, интервью). 1992. С. 4-6; Хабриева Т.Я. Правовая охрана Конституции. Казань, 1995. - С.86-92; Барнашов А.М. Указ. соч. - С.86-92; Кряжков В.А., Лазарев Л.В. Указ. соч. - С.44; Лукьянова Е.А. Российская государственность и конституционное законодательство в России (1917-1993). - М.: Изд-во МГУ, 2000. - С.88-89; Пряжина Т.М. Конституционная доктрина современной России/Под ред. В.Т. Кабышева. - Саратов, 2002. - С.71-75.

¹⁶⁵ См.: Лазарев Б.М. Указ. соч. - С.24.

¹⁶⁶ См.: Алексеев С.С. Избранное. - М.: Статут, 2003. - С.328

Из истории конституционного правосудия

институт прописки, предусмотрев необходимость поэтапного перехода от разрешительного порядка к демократическим формам урегулирования вопросов выбора места жительства граждан¹⁶⁷;

законодательные, правительственные и ведомственные акты, нарушающие права потребителя¹⁶⁸;

правовые положения, открывающие возможность для внесудебного признания граждан виновными в совершении уголовно наказуемого деяния¹⁶⁹;

правовые акты (списки 1 и 2 и др.), ограничивающие права ряда категорий граждан на обращение в суд по трудовым вопросам¹⁷⁰;

положения законодательства, ограничивающие равенство возможностей граждан (пенсионеров, инвалидов, временных и сезонных работников и т.п.) в области труда¹⁷¹;

функционирование лечебно-трудовых профилакториев¹⁷²;

¹⁶⁷ См.: Решение Комитета конституционного надзора СССР от 12 сентября 1990 г. «О рассмотрении вопроса о конституционности прописки»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 39. Ст.773; Из заключения Комитета конституционного надзора СССР от 26 октября 1990 г. о разрешительном порядке прописки//Российские вести. 1991. Октябрь. № 23. - С.4; Алексеев С.С. Есть право мудрого, но нет права сильного: Комментарий официального лица//Там же.

¹⁶⁸ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 14 сентября 1990 г. «О несоответствии отдельных положений Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик и иных нормативных правовых актов, предусматривающих последствия продажи товаров ненадлежащего качества, положениям Конституции СССР и законов СССР»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 39. Ст.776.

¹⁶⁹ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 13 сентября 1990 г. «О соответствии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства, определяющих основания и порядок освобождения от уголовной ответственности с применением мер административного взыскания или общественного воздействия, Конституции СССР и международным актам о правах человека»//Там же. Ст.775.

¹⁷⁰ См.: Заключение Комитета конституционного контроля СССР «О несоответствии норм законодательства, исключающих для ряда категорий работников судебный порядок рассмотрения индивидуальных трудовых споров положениям Конституции СССР, законов СССР, международных актов о правах человека»//ВСНД и ВС СССР. 1990. №27. Ст.524.

¹⁷¹ См.: Заключение Комитета конституционного надзора от 4 апреля 1991 г.//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 17. Ст. 501.

¹⁷² См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 25 октября 1990 г. «О законодательстве по вопросам о принудительном лечении и трудовом перевоспитании лиц, страдающих алкоголизмом и наркоманией»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 47. Ст. 1001.

неопубликованные нормативные акты, касающиеся прав и свобод человека¹⁷³;

регламентацию проведения массовых мероприятий на территории Москвы в пределах Садового кольца¹⁷⁴;

нормы Уголовного кодекса Литовской Республики, расширяющие применение смертной казни¹⁷⁵;

положения законодательства по вопросам лишения и утраты гражданства¹⁷⁶;

положения Постановления Верховного Совета Латвийской Республики от 4 августа 1990 г., ограничивающие права военнослужащих срочной службы¹⁷⁷;

отдельные положения воинских уставов, касающиеся проведения совместных мероприятий с советскими и партийными органами на местах¹⁷⁸;

положения законодательства об уголовном судопроизводстве, ограничивающие по сравнению с ранее действовавшим законодательством правомочия защитника по делам несовершеннолетних и лиц, страдающих физическими и психическими недостатками¹⁷⁹;

¹⁷³ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 29 ноября 1990 г. «О правилах, допускающих применение неопубликованных нормативных актов о правах, свободах и обязанностях граждан» и от 15 февраля 1991 г. «О порядке реализации Заключения Комитета от 29 ноября 1990 г.»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 50. Ст. 1080; 1991. № 9. Ст.207.

¹⁷⁴ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 13 сентября 1990 г. «Об Указе Президента СССР от 20 апреля 1990 года «О регламентации проведения массовых мероприятий на территории Москвы в пределах Садового кольца»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 39. Ст.774.

¹⁷⁵ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 15 февраля 1991 г. «О законодательстве Литовской Республики, предусматривающем уголовную ответственность за действия, связанные с созданием и участием в деятельности общественно-политических организаций»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 9. Ст.206.

¹⁷⁶ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 14 февраля 1991 г. «О положениях законодательства по вопросам лишения и утраты гражданства»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 9. Ст.205.

¹⁷⁷ См.: ВСНД и ВС СССР. 1991. № 4. Ст.89.

¹⁷⁸ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 3 апреля 1991 г. «О нормативных актах по вопросам использования военнослужащих для охраны общественного порядка»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 17. Ст.498.

¹⁷⁹ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 3 апреля 1991 г. «Об обеспечении в законодательстве СССР права обвиняемого на защиту»// ВСНД и ВС СССР. № 17. Ст.500.

положения, юридически запрещающие совмещение должностей руководителями государственных органов власти и управления с общественно-политической деятельностью, установленные законодательством РСФСР¹⁸⁰.

Позитивный характер в области защиты прав граждан имело и внесенное в Верховный Совет СССР предложение Комитета конституционного надзора о присоединении Союза ССР к Факультативному протоколу к Международному пакту о гражданских правах и политических правах¹⁸¹.

Все эти заключения ККН получили огромный резонанс в обществе и прессе, не всегда, правда, благожелательный, порой весьма противоречивый, не оправдавший ожидания отдельных политиков, социальных групп и республик¹⁸². Это явилось вполне закономерным реагированием общества в условиях острейшего политического, а соответственно, и конституционного кризиса в стране.

Помимо правозащитного аспекта деятельности и внедрения международно признанных прав человека в отечественную правовую систему, ККН СССР сыграл большую роль в определении ориентиров совершенствования законодательства. Многие его рекомендации в последующем в силу исторических обстоятельств оказались востребованными правотворчеством Российской Федерации. Они касались обновления трудового и гражданского законодательства, уголовного судопроизводства, законодательства о гражданстве. А отдельные выводы Комитета повлияли на формирование принципов и норм будущей Конституции РФ. К ним относятся такие положения его заключений, как:

возможность обеспечения прав граждан обжаловать в суд любые решения государственных органов и должностных лиц;

¹⁸⁰ См.: ВСНД и ВС СССР. 1990. № 47. Ст. 1000.79

¹⁸¹ См.: Постановление Комитета конституционного надзора СССР от 4 апреля 1991 г. «О присоединении СССР к Факультативному протоколу к Международному пакту о гражданских и политических правах»// ВСНД и ВС СССР. 1991. №17. Ст.502.

¹⁸² См.: *Феофанов Ю.* Способна ли власть быть честной. По поводу одного заключения Комитета конституционного надзора//Известия. 1990. 16 дек.; Он же. В тисках справедливости. Опыт оправдания непопулярных решений//Известия. 1991. 2 апр.

опубликование законов и других нормативных актов, касающихся прав, свобод и обязанностей граждан, является обязательным условием применения этих актов;

снижение ранее достигнутого уровня обеспечения конституционных прав и свобод недопустимо;

расширение применения смертной казни в современных условиях, тем более по политическим мотивам, антигуманно и аморально, и др.

Исторически подтвердившая себя, перспективная роль заключений Комитета конституционного надзора дает основания соглашаться с высказанными в специальной литературе мнениями о том, что заключения являются источниками права¹⁸³, а в более глубоком смысле – источником формирования конституционной доктрины современной России¹⁸⁴. В определенной мере это подтверждается использованием актов ККН в постановлениях Конституционного Суда РФ в обоснование своих правовых позиций¹⁸⁵.

Следует заметить, что практика Комитета конституционного надзора явилась «прародительницей» новой юридической конструкции «правовая позиция», ныне широко используемой в законодательстве и Конституционным Судом России. «Решение комитетом вопросов в принципе, определение исходных правовых позиций (курсив мой - М.М.), - писал С.С. Алексеев, - представляется весьма существенным. Ими, как символами, очерчиваются контуры законодательной системы с очень важной стороны. Контуры, определяемые международно признанными правами человека. Следовательно, Комитет оказывается тем самым органом, который во взаимодейст-

¹⁸³ См.: Лукьянова Е.А. Указ. соч. - С.88. В политической публицистике даже утверждалось, что заключения ККН - «это документ, имеющий юридическую силу, силу закона, ликвидирующий... «саму правовую ткань» антидемократической практики» (Феофанов Ю. Способна ли власть быть честной? По поводу одного Заключения комитета конституционного надзора//Известия. 1990. 16 окт.)

¹⁸⁴ См.: Пряхина Т.М. Указ. соч. - С.71.

¹⁸⁵ См.: Постановления Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1992 г. по делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному пунктом 1 статьи 33 КЗоТ РСФСР и от 25 апреля 1995 г. по делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса в связи с жалобой гражданки Л.Н. Ситаловой (Собрание законодательства РФ. 1992. № 18. Ст.669; 1995. № 18. Ст.1708).

вии с законодательным учреждением практически внедряет международно признанные права человека в действующую правовую систему, устанавливает по этим вопросам своего рода «планку», и, следовательно, его работа нацелена на то, чтобы, как это уже делают законодательные органы, поднять, возвысить... право до уровня стандартов современных правовых систем, передовых требований, базирующихся на фундаментальных правах и свободах человека»¹⁸⁶.

Вместе с тем «чистый» нормонадзор, направленный на обеспечение верховенства Конституции СССР, и разрешение разногласий между Союзом ССР и союзными республиками, между последними и национально-государственными и национально-территориальными образованиями, не получили практического применения в деятельности ККН. Высшие органы государственной власти союзных республик почти не обращались в него для разрешения конституционно-правовых вопросов. Единственным случаем было дело, когда по предложению Верховного Совета РСФСР Комитет рассмотрел вопрос о соответствии Конституции СССР Указа Президента СССР от 29 января 1991 г. «О взаимодействии милиции и подразделений Вооруженных Сил СССР при обеспечении правопорядка в борьбе с преступностью»¹⁸⁷. Хотя законодатель пытался активизировать этот аспект конституционного надзора. Законом СССР от 24 октября 1990 г. «Об обеспечении действия законов и иных актов законодательства Союза ССР» дополнительно к уже существующим положениям указывалось: если закон СССР и иной акт высшего органа государственной власти и управления СССР нарушает, по мнению союзной республики, ее суверенные права, то в соответствии со статьей 124 Конституции СССР вопрос может быть решен на основе заключения Комитета конституционного надзора СССР (ст. 2)»¹⁸⁸.

¹⁸⁶ См.: Алексеев С.С. Третья власть. Станет ли ею Комитет конституционного надзора//Известия. 1991. 23 февр.

¹⁸⁷ См.: ВСНД и ВС СССР. 1991. № 17. Ст.498.

¹⁸⁸ См.: ВСНД и ВС СССР. 1990. № 44. Ст.418.

Оказался бездейственным и предварительный конституционный надзор¹⁸⁹. Не оправдался прогноз Д.А. Керимова, что он может стать «непосильным» для ККН. Пытаясь «запустить» механизм этого надзора, Комитет в одном из своих заключений указал: «Считать необходимым, чтобы законодательные акты кратковременного действия или их проекты своевременно предоставлялись соответствующими государственными органами в Комитет конституционного надзора СССР, с тем, чтобы он имел возможность, если потребуется, дать заключение по ним в сроки, предусмотренные Законом...»¹⁹⁰. Можно лишь предполагать, что этот неудачный опыт ККН повлиял в будущем на отказ законодателя предоставить право предварительного конституционного контроля российскому Конституционному Суду.

Ю. Феофанов в 1991 году задался вопросом: «Состоялся ли Комитет как «третья власть» в государстве или это еще один консультативно-правовой орган?»¹⁹¹. Столь заинтересованный ученый, как С.С. Алексеев, отвечал на него положительно: «...появилась-таки, пусть еще и не сильная, судебно-конституционная власть»¹⁹². Вряд ли можно категорично ответить на этот вопрос. С одной стороны, казалось, что ККН приобрел какие-то черты конституционного суда. Об этом, по крайней мере, свидетельствовали: заимствование отдельных элементов судебного

¹⁸⁹ См.: Кудрявцев В.Н. Демократия и правовой порядок//Известия. 1991. 5 февр. Предвидя подобный результат, С.С. Алексеев еще в декабре 1989 г. предлагал создать Экспертный Государственно-правовой совет для предварительного осуществления юридической экспертизы проектов президентских указов и других актов, представленных ему на подпись, чтобы обеспечить им «конституционную стерильность». Однако эта идея не была поддержана Горбачевым в надежде на ККН и юридический отдел аппарата Президента (см.: Шахназаров Г. Указ. соч. - С.451). Позднее С.С. Алексеев вновь в беседе с журналистом Ю. Коваленко отстал: «Опыт французского Государственного совета... представляет для нас исключительный интерес. Мы смогли бы облегчить решение многих проблем, если бы создали орган, наделенный аналогичными функциями - юридического советника и высшей судебной инстанции по административным вопросам, - который стал бы играть важную роль в отлаживании механизма правового государства» (см.: Коваленко Ю. Советник и судья. Государственный совет Франции в системе правового государства//Известия. Моск. веч. вып.//1990. 25 авг.).

¹⁹⁰ См.: ВСНД и ВС СССР. 1991. № и. Ст.499

¹⁹¹ См.: Феофанов Ю. Право на власть//Известия. 1991. 25 июня.

¹⁹² См.: Алексеев С.С. Третья власть//Известия. 1991. 23 февр.

процесса¹⁹³ (публичное заседание¹⁹⁴, совещательная комитата и особые мнения членов Комитета¹⁹⁵, порядок обнародования его заключений¹⁹⁶ и их юридическая сила в случае констатации нарушения поднадзорным правовым актом основных прав и свобод человека. С другой стороны, такие обстоятельства, как строго индивидуальный и конкретный характер решений ККН¹⁹⁷, их неокончателность и необязательность по большинству категорий рассматриваемых вопросов¹⁹⁸, отсутствие четкой, близкой к судебной, процедуры их разбирательства, в частности - состязательности, и механизма исполнения¹⁹⁹, яркая политизированность деятельности ККН - позволяют утверждать, что этот орган весьма далек от того, чтобы его считать «третьей властью» в стране. К тому же полуторогодичный опыт работы Комитета не дал достаточного материала для подтверждения его «правосудного» характера.

ККН не придерживался даже тех процедур, которые схематично определялись Законом о конституционном надзоре. Он не стремился очертить для себя процессуальный порядок, свойственный суду, хотя в публицистической литера-

¹⁹³ См.: Алексеев С.С. Конституционный надзор: первые шаги и проблемы//Известия. 1990. 28 авг.; Босхолов С.С. Постулаты правового государства// Независимая газета. 1991. 30 марта

¹⁹⁴ См., напр. Жбанов Е., Феофанов Ю. Предварительное обсуждение: Комитет конституционного надзора заслушал мнение экспертов относительно приказа министров внутренних дел и обороны СССР о совместном патрулировании//Союз 1991. № 6(58). Февр. - С.4, 20.

¹⁹⁵ См.: Особые мнения членов Комитета С.С. Босхолова, А.Г. Быкова, Г.З. Инцкирвели (ВСНД и ВС СССР. 1990. № 47. - С. 1245, 1247-1248).

¹⁹⁶ См.: Закон СССР от 31 июля 1989 г. «О порядке опубликования и вступления в силу законов СССР и других актов, принятых Съездом народных депутатов СССР, Верховным Советом СССР и их органами»//Правда. 1989. 3 авг. В то же время отмечалось, что заключения ККН, в отличие от законов и указов, не публикуют в полном объеме даже «Известия» (см.: Феофанов Ю. Право на власть//Известия. 1991. 25 июня).

¹⁹⁷ См.: Емельянов Е.А. Соотношение и взаимодействие конституционного и прокурорского надзоров. - С.6.

¹⁹⁸ Ю. Решетов считал, что сам факт провозглашения того или иного акта неконституционным уже несет в себе элемент обязательности, это своего рода вердикт, хотя и без специальной санкции. Возражая ему, Ю. Кудрявцев резонно заметил: «Все зависит от уровня политической и правовой культуры тех, кому этот вердикт адресован»(см.: Коммунист. 1990. № 4. - С.75).

¹⁹⁹ «Слабость нашего конституционного надзора, - писал известный публицист Ю. Феофанов, - в том состоит, что отсутствует надежный и четкий механизм исполнения решений» (См.: Феофанов Ю. В тисках справедливости//Известия. 1991. 2 апр.)

туре как того времени, так и позже, Комитету приписывали функции «конституционно-правосудного органа»²⁰⁰. А.И. Лукьянов, например, в одном из своих многочисленных интервью заявлял: «А Конституционный Суд впервые рождался вовсе не в конституции Ельцина. У нас был Комитет конституционного надзора, который постепенно превращался в Конституционный Суд»²⁰¹. Комитет широко использовал не предусмотренную законом практику выступлений с решениями, разъяснениями и заявлениями в связи с подготовкой к слушанию конкретного дела, в которых достаточно пристрасно высказывался по существу вопроса. Эти документы, фактически, имели не процедурный, а политический характер, что не отрицалось и руководством ККН²⁰². Так, Заявление по вопросам привлечения военнослужащих к обеспечению общественного порядка, как писал тогда С.С.Алексеев, «в чем-то даже перекрывает упомянутое конкретное дело и закрепляет позицию комитета по принципиальным вопросам законодательства». Не рассмотрев еще дела, ККН заявлял о необходимости надлежащей законодательной основы в данной области, притом такой, которая исключала использование военнослужащих для целей, не предусмотренных Конституцией СССР, и по решению каких-либо общественных или не уполномоченных на то государственных органов²⁰³. Видимо, понимая юридическую уязвимость подобных заявлений, ККН указал, что оно направляется в Верховный Совет СССР в качестве представления, сделанного в порядке осуществления законодательной инициативы²⁰⁴.

Не свойственны принципам судопроизводства были и заблаговременное представление Комитетом проектов заключений участникам его заседания и представителям заинтересованных организаций, а также порядок инициирования рассмотрения вопросов в ККН. Последний был далек от

²⁰⁰ Алексеев С.С.: 1) Конституция и власть//Известия. 1990. 3 дек.; 2) Год на пути к верховенству права//Известия. 1991. 19 июня (эта статья воспроизведена в кн.: Алексеев С.С. Уроки. Тяжкий путь России к праву. - М.: Юристъ. 1997. - С.214-221).

²⁰¹ См.: Подмосковные известия. 1995. 27 окт.

²⁰² См.: Лазарев Б.М. Указ. соч. - С.24.

²⁰³ См.: Известия. 1991. 23 февр.

²⁰⁴ См.: Заявление Комитета конституционного надзора СССР «О законодательстве по вопросам привлечения военнослужащих к обеспечению общественного порядка»//Известия. 1991. 15 февр.

схожего с исковым конституционно-судебного производства, где дело рассматривается по конституционному иску (запросу, обращению) или конституционной жалобе, но не по инициативе самого органа конституционного контроля. Комитет же конституционного надзора занимался разбирательством конституционных вопросов либо по предложениям и поручениям соответствующих органов и должностных лиц, т.е. основываясь на своего рода иерархически-административных командах, либо по собственной инициативе. Причем она доминировала в числе оснований возбуждения конституционного надзора. Почти восемьдесят процентов всех вопросов ККН рассмотрел по собственной инициативе²⁰⁵. Лишь шесть решений (5 заключений и 1 постановление) вынесены им по предложениям и поручениям субъектов, наделенных правом обращения в него. В числе их: Президента СССР - по двум вопросам²⁰⁶, Верховного Совета СССР - по одному²⁰⁷, Председателя Верховного Совета СССР - по двум²⁰⁸, Верховного Совета РСФСР - по одному вопросу²⁰⁹. Оценивая такую практику, С.С. Алексеев писал в одной из газетных статей: «Ведь это ненормальное дело, когда только в двух случаях (по состоянию на декабрь 1990 г. - ММ)... вопросы ставились на рассмотрение комитета,

²⁰⁵ Среди них - вопрос об обеспечении в законодательстве СССР права обвиняемого на защиту, рассмотренный по собственной инициативе ККН, но в связи с обращением Всесоюзной конференции Союза адвокатов СССР (см.: ВСНД и ВС СССР. 1991. № 17. Ст.500).

²⁰⁶ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 26 октября 1990 г. «О запрете совмещения должностей руководителями государственных органов власти и управления, установленном в законодательстве РСФСР» и от 21 декабря 1990 г. «О постановлении Верховного Совета Латвийской Республики от 4 августа 1990 года»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 47. Ст. 1002; 1991. № 4.Ст.89.

²⁰⁷ См.: Постановление Комитета конституционного надзора СССР от 3 апреля 1991 г. «О законодательных актах, принятых в связи с проведением референдума СССР»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 17. Ст.499.

²⁰⁸ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 25 октября 1990 г. «О законодательстве по вопросу о принудительном лечении и трудовом перевоспитании лиц, страдающих алкоголизмом и наркоманией» и от 15 февраля 1991 г. «О законодательстве Литовской Республики, предусматривающем уголовную ответственность за действия, связанные с созданием и участием в деятельности общественно-политических организаций»//ВСНД и ВС СССР. 1990. № 47. Ст. 1001; 1991. № 9. Ст.206.

²⁰⁹ См.: Заключение Комитета конституционного надзора СССР от 3 апреля 1991 г. «О нормативных актах по вопросам использования военнослужащих для охраны общественного порядка»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 17. Ст. 498.

как это и положено применительно к правосудному органу, - по инициативе лиц, предусмотренных в законе. В остальных же случаях использовался экстраординарный порядок - возбуждение дела «по собственной инициативе», порядок, который по смыслу закона должен применяться лишь тогда, когда не срабатывает нормальная процедура»²¹⁰.

Высшие органы государственной власти союзных республик (кроме РСФСР) игнорировали ККН, не обращаясь в него для разрешения разногласий с СССР, принимая односторонние решения. В связи с этим законодатель попытался непосредственно сам разрешать их, не исключая в то же время этого полномочия из прерогатив Комитета. Согласно статье 13 Закона СССР от 26 апреля 1990 г. «О разграничении полномочий между Союзом ССР и субъектами федерации», Верховный Совет СССР вправе был рассматривать спорные вопросы между СССР и республиками по протестам последних на постановления и распоряжения Совета Министров СССР²¹¹. на Четвертом Съезде народных депутатов СССР А.И. Лукьянов предложил дополнить статью 113 Конституции СССР нормой о том, что на Верховный Совет СССР возлагается рассмотрение протестов высших органов государственной власти союзных республик на акты Президента и Кабинета Министров СССР, если они, по мнению республики, нарушают ее права, а также Конституцию и законы СССР²¹². С этим не согласился доктор юридических наук А.М. Яковлев, предложивший «во всех случаях, когда речь идет о споре, о компетенции, о правомерности решения вышестоящего органа, не направлять челобитную на один этаж выше, а направлять ее в Комитет конституционного надзора, имея в виду неперемнную его трансформацию в будущем в правомерный и авторитетный Конституционный суд нашей страны»²¹³. Депутат Ю.К. Шарипов (Башкирская

²¹⁰ См.: Известия. 1990. 3 дек.

²¹¹ Это положение было подвергнуто критике, как вторжение в компетенцию Комитета конституционного надзора СССР (см.: Шуберт Т.Э. Конституционный контроль в ССР. Автореф. канд. дисс. - М.: ВНИИСЗ, 1991. - С.16-17).

²¹² Доклад Председателя Верховного Совета СССР А.И. Лукьянова о внесении изменений в Конституцию (Основной Закон) СССР//Четвертый Съезд народных депутатов СССР. Бюл. № 10. 21 дек. 1990. - С.7-8.

²¹³ Там же. Бюл. № 10. - С. 14; Бюл. № 16. - С.9.

АССР) также заявил, что «практически на Верховный Совет возлагается роль третейского суда. При этом остается непонятной роль Комитета конституционного надзора СССР... Таким образом, размытой остается грань между законодательной и судебной властями»²¹⁴. Возвращаясь к этому вопросу в заключительном слове, А.И. Лукьянов разъяснял: «Если же какая-то республика по тем или иным мотивам будет считать, что Указ Президента ... принят с нарушением Конституции СССР, то она сможет в соответствии с новой редакцией пункта 18 статьи 113 Конституции обратиться с протестом в Верховный Совет СССР либо в Комитет конституционного надзора СССР»²¹⁵. Дополняя А.И. Лукьянова, академик В.Н. Кудрявцев заметил, что Верховный Совет СССР может принять один из четырех вариантов решения, если в него поступил протест на акт Президента и Кабинета Министров. Во-первых, он может направить Президенту свое заключение с представлением об их отмене. Во-вторых, передать спор в Комитет конституционного надзора. В-третьих, обратиться к Съезду народных депутатов. В-четвертых, Верховный Совет СССР может и отклонить этот протест²¹⁶.

Эти разъяснения не остановили дискуссию. При голосовании изменений в Конституцию А.М. Яковлев предложил исключить рассмотрение протестов самим Верховным Советом, поскольку это судебная функция. Подобного рода споры, по его мнению, возможно решать в Конституционном Суде. В результате поправка не была принята. При этом возник также вопрос, может ли Верховный Совет СССР отменять указы Президента и акты Кабинета Министров СССР, имеющие нормативный характер, или этим должен заниматься Комитет конституционного надзора, а в будущем - Конституционный Суд. Некоторые депутаты склонялись к последнему решению. Против этого возразил Ю.В.Голик: «Ни в коем случае не может быть приемлемым... предложение... якобы все решения могут быть оспорены через Конституционный Суд или через Комитет конституционного надзора». В результате Съезд согласился с тем, что

²¹⁴ Там же. Бюл. № 11. 22 дек. 1990 г. - С.48.

²¹⁵ Там же. Бюл. № 12. 22 дек. 1990. - С.6.

²¹⁶ Там же. Бюл. № 15. 25 дек. 1990. - С.34-35

Верховный Совет имеет право отменять акты Кабинета Министров СССР в случае несоответствия их Конституции СССР и законам СССР²¹⁷. Таким образом, несмотря на продолжающиеся разговоры о конституционном суде, фактически, реализовывалась прежняя концепция дуалистического конституционного надзора и контроля (парламентом и его специализированным органом).

Законодательные и временные ограничения полномочий ККН не позволяли ему даже по собственной инициативе влиять на конституционно-правовые процессы в стране. В условиях политического и экономического кризиса деятельность Комитета в этой части оказалась «парализованной». Шел поиск путей эффективности конституционного надзора. Предлагались различные варианты: от объявления «моратория» в отношении законодательных актов союзных республик²¹⁸ до модернизации конституционного надзора вплоть до преобразования в конституционный суд. А до этого совершенствовать ККН, «сохранив судебную функцию и усилив его надзорную деятельность, внося соответствующие поправки в Закон»; расширить правозащитные процедуры, активизировать нормальную процедуру обращений в Комитет, создать механизм исполнения его решений²¹⁹. Естественно, по мнению С.С.Алексеева, пришлось бы комитет «превратить в новый мощный орган с разноплоскостными функциями, существенно изменить содержание его работы, усилить кадровый состав и т.д.»²²⁰. Но для этого уже не оставалось времени, а главное, не было твердой правовой основы и правопорядка, обеспечивающих строгую юридическую обязательность не только решений органов конституционного надзора, но исполнение актов высших органов государственной власти.

²¹⁷ Там же. Бюл. № 16. 26 дек. 1990. - С.9-24.

²¹⁸ См.: *Степовой А.* Конституционный комитет принимает решение//Известия. Моек. веч. вып. 1990. 15 сент.; *Алексеев С.С.* Конституционный надзор: первые шаги и проблемы. - С.3; *Алексеев С.В.* Комитете конституционного надзора СССР//Известия. Моск. веч. вып. 1991. 18 янв.; Он же. Ставки слишком велики! О политических штампах и законах науки//Известия. 1991. 21 янв.

²¹⁹ См.: *Пискотин М.* Конституции нужна защита//Известия. Моск. вып. 1991. 26 янв.; *Тихомиров Ю.* Противостояние закону//Известия. Моск. веч. вып. 1991. 23 янв.; *Алексеев С.С.* Конституция и власть. - С.3.

²²⁰ См.: *Алексеев С.С.* Третья власть//Известия. 1991. 23 февр.

Многие политики и ученые видели выход в преобразовании конституционного надзора в судебный конституционный контроль. Идеи конституционного суда в качестве позитивной альтернативы развивались параллельно с взявшей верх концепцией Комитета конституционного надзора. Но даже те, кто считал, что форма Комитета соответствовала современной социально-экономической и политической ситуации в СССР, полагали, что в будущем можно было бы сделать следующий шаг, превратив органы конституционного надзора в конституционные суды, которые бы обеспечивали верховенство Конституции СССР и разрешали разногласия конституционного значения между Союзом ССР и республиками, а также между последними. Такие органы могли бы обладать правом отменять любые законы и другие неконституционные нормативные акты, принимать юридически обязательные решения и иметь механизм их конституционной реализации²²¹.

Имеется и точка зрения, что создание Комитета конституционного надзора СССР с самого начала являлось политической ошибкой. Задачи того времени требовали эффективного судебного конституционного контроля для создания правовой системы, адекватной потребностям экономических и политических преобразований²²². Эту роль мог обеспечить лишь Конституционный Суд. Характерно, что позже М.С. Горбачев признал «серьезной недоработкой» то, что «одновременно с институтом президентства мы не создали достаточно мощной судебной власти, вместо полноценного конституционного суда (или наделения соответствующими полномочиями Верховного Суда) мы учредили Комитет конституционного надзора»²²³. Видимо, предвидя кризис конституционного надзора, Б.Н. Ельцин еще в марте 1990 г. в разделе 1 «Политическое устройство России»

²²¹ См.: *Шульженко Ю.Л.* Комитет конституционного надзора- специализированный орган по правовой охране Основного Закона СССР. - С.39; *Лазарев Б.* Гарантии законности решений высших эшелонов власти. - С.11; Конституционный надзор - шаг к правовому государству. - С.75; *Побежимова Н.И.* Указ соч. - С.55-57.

²²² См.: Перестройка в правовой системе, юридической науке, практике: Материалы конференции в Звенигороде 18-20 мая 1987 г. (выступление Н.В. Сильченко)//Сов. государство и право. 1987. №11. - С.78.

²²³ *Горбачев М.С.* Жизнь и реформы. Кн. 1. - М.: Новости, 1995. - С.491.

в своей предвыборной программе - кандидата в народные депутаты РСФСР - обозначил тезис: «Конституционный Суд России - гарант соблюдения прав и свобод личности»²²⁴.

Каковы же причины, по которым у нас не пошли на учреждение конституционного суда при конституционном обновлении в 1988-1990 гг. Первые исследователи этой проблемы - Д.А. Керимов и А.И. Экимов - среди причин называют: неадекватность конституционного законодательства процессам перестройки; необходимость ускорить расчистку законодательства от неконституционных актов, к чему более приспособлен конституционный надзор; последний в большей мере мог способствовать и своевременному обновлению законодательства; против идеи конституционного суда «работала» утвердившаяся в государстве концепция верховенства Советов²²⁵. Пожалуй, последняя причина являлась главной, что подчеркивают не только политики, но и крупные ученые-конституционалисты²²⁶.

С начала функционирования Комитета конституционного надзора СССР начали раздаваться голоса о его преобразовании в конституционный суд. Об этом высказывались не только ученые, депутаты, но и лица, избранные в ККН²²⁷. Возобновилось освещение зарубежного опыта судебного конституционного контроля. Идея была подхвачена публицистами. Ю. Феофанов, в частности, писал: «Конституционный суд, вписанный во всю судебную систему страны, ее республик, мог бы более действенно защищать права граждан и демократические основы государства. Опыт многих стран свидетельствует об эффективности именно конституционного правосудия, а не надзора».

²²⁴ См.: За культурное и экономическое возрождение России (Предвыборная программа Б.Н. Ельцина - кандидата в народные депутаты РСФСР)//Предвыборный доклад. 4 марта 1990 г. //Цит. по кн.: *Исаков В.Б.* Председатель Совета Республики. - М.: Палея, 1996. - С. 104.

²²⁵ См.: *Керимов Д.А., Экимов А.И.* Указ соч. - С.8-9.

²²⁶ См.: *Шахназаров Г.* Указ. соч. - С.73, 152; *Топорнин Б.Н.* Конституция в социалистическом правовом государстве. - С.36.

²²⁷ См.: *Алексеев С.С.* Конституционный надзор: первые шаги и проблемы. - С.3; *Пискотин М.* Указ соч. - С.3.

Автор полагал, что последний в нынешних условиях превращается в «юридическую фикцию»²²⁸.

Существенное влияние на оживление идеи конституционного правосудия оказали политические процессы в РСФСР и других союзных республиках. В частности, Латвия еще в ноябре 1989 г. на законодательном уровне объявила о необходимости учреждения конституционного суда. В октябре 1990 г. Украина заменила в Основном Законе институт конституционного надзора на конституционный суд²²⁹. В первой половине декабря 1990 г. депутаты киргизского парламента проголосовали за упразднение Комитета конституционного надзора республики, который, к слову, еще не успели сформировать. Вместо него решено организовать Конституционный Суд²³⁰.

Несколько сложнее обстояло с этим вопросом в РСФСР. Как известно, в 1989 году в ходе обсуждения проекта Закона «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР» ряд ученых и практиков поддержали идею создания Комитета конституционного надзора РСФСР. Его учреждение признавалось «вполне логичным», как и в СССР. Предлагалось, наряду с его главной задачей - обеспечением соответствия Конституции РСФСР всех издаваемых в республике нормативных актов, наделить ККН РСФСР правом решать споры между РСФСР и автономными республиками, автономными областями и автономными округами, а также их споры между собой. Считалось также целесообразным закрепить положение о конституционном надзоре за актами, связанными с подведением итогов республиканских и местных референдумов. Вместе с тем предлагаемые новеллы исходили из концепции признания субъектами

²²⁸ См.: *Феофанов Ю.* Не спешите на баррикады. Размышления во время заседания Комитета конституционного надзора//Известия. Моск. веч. вып. 1990. 12 сент.; *Егоров С.А.* Конституционный надзор в современной политико-правовой теории США//Сов. государство и право. 1994. № 1. - С.121-130; *Бовкун Е., Гук С.* Конституционный Суд ФРГ контролирует все, но никто не вправе контролировать его действия//Известия. Моск. веч. вып. 1991. 30 авг. и 2 сент.

²²⁹ Подробнее об этом см.: *Митюков М.А.* Конституционные суды на постсоветском пространстве. Сравнительное исследование законодательства и судебной практики. - М., 1999. - С.4-6.

²³⁰ См.: *Красильникова С.* Будет создан Конституционный Суд//Известия. Моск. веч. вып. 1990. 14 дек.

РСФСР только автономных единиц, а также неокончателности решений ККН РСФСР. В частности, профессор Н. Михалева полагала необходимым закрепить в российской Конституции право Верховного Совета РСФСР отменять по представлению этого Комитета акты Верховных советов автономных республик, Советов народных депутатов автономных областей и автономных округов в случае их противоречия законам СССР и РСФСР²³¹. Одновременно представителями некоторых автономных республик с позиций «внутрироссийского сепаратизма» отстаивалась идея о том, что «автономным республикам необходимы комитеты конституционного надзора, способные эффективно реагировать не только на акты АССР, но и на акты союзной республики, даже Союза ССР, нарушающие права АССР»²³².

На сессии Верховного Совета РСФСР в октябре 1989 года, принявшей изменения и дополнения в российскую Конституцию, отмечалось, что предстоящее образование Комитета конституционного надзора РСФСР может стать действенным инструментом обеспечения верховенства закона, прочным заслоном на пути всевластия ведомств, местничества, командно-бюрократических методов. Депутаты от автономий полагали, что этот Комитет будет «надежной преградой на пути подобных нарушений в жизни автономных республик и областей»²³³. Статья 119 Конституции РСФСР (в ред. от 27 октября 1989 г.) определила состав, порядок избрания и полномочия Комитета конституционного надзора РСФСР, во многом скопированные в принципиальных положениях с общесоюзного Основного Закона.

Однако уже на Первом Съезде народных депутатов РСФСР обозначилась позиция отказа от конституционного надзора. В сентябре-октябре 1990 года Верховный Совет РСФСР окончательно определился с выбором судебного конституционного контроля в качестве организационно-правовой формы охраны республиканской Конституции. Психологически в какой-то мере тому способствовало и отрицательное отношение российского руководства к практике Комитета конституционного надзора СССР, вызванного заключением о недопустимости совмещения государственных и партийных постов, установленного в законодательстве РСФСР. В свою очередь, среди значительной части членов ККН СССР также имел распространенность «антиельцинский синдром». 15 декабря 1990 г. Второй Съезд народных депутатов РСФСР, приняв Закон РСФСР «Об изменениях и дополнениях Конституции Российской Федерации», учредил в стране Конституционный Суд и поручил Верховному Совету РСФСР разработать проект Закона РСФСР «О Конституционном Суде РСФСР» и представить его на рассмотрение очередного Съезда народных депутатов РСФСР²³⁴.

Эти преобразования, как и политико-экономическая ситуация, в определенной мере интенсифицировали процессы вокруг реформы конституционного надзора в стране. Естественно, что они прежде всего были связаны с подготовкой Союзного договора и новой Конституции СССР, но развивались не так стремительно, как в Российской Федерации, еще являющейся составной частью Союза.

Как уже отмечалось, в начале 1990 г. Институт государства и права АН СССР представил в Конституционную комиссию, образованную Съездом народных депутатов СССР, концепцию новой Конституции Союза ССР. В ней предлагалось, чтобы Конституция решила проблему контроля за конституционностью законов и других нормативных актов. В этих целях представлялось целесообразным:

а) преобразовать Комитет конституционного надзора в Союзный конституционный суд с наделением его правом приостанавливать действие законов и объявлять их недействительными;

б) расширить права Верховного Суда СССР путем наделения его правом контроля за ведомственным нормотворчеством²³⁵.

²³¹ См.: Михалева Н. Правовая база перестройки//Сов. Россия. 1989. 19 авг.; На обсуждении законопроекты России: Из почты//Сов. Россия. 1989. 19 авг.

²³² См.: Железнов Б. Что могут автономии?//Правда. 1989. 24 авг.

²³³ См.: 11-я сессия Верховного Совета РСФСР двенадцатого созыва. Изд. Верх. Совета РСФСР. - М., 1989. Бюл. № 1. - С.14; Бюл. № 2. - С.16; Бюл. № 3. - С.14.

²³⁴ Подробнее об этом см.: Митюков М.А. К истории конституционного правосудия России. - М.: АТиСО, 2002. - С.47-134; Босхолов С.С. Демократия, законность, суверенитет. - С. 47.

²³⁵ См.: Сов. государство и право. 1990. № 4. - С.20; Кудрявцев В., Топорнин Б. К новой Конституции СССР// Народный депутат. 1990. № 1. - С. 37.

Представленный в апреле 1990 г. проект структуры новой Конституции СССР, подготовленный рабочей группой Конституционной комиссии, предусматривал среди высших органов Союза ССР Конституционный Суд. Предполагалось, что в Основном Законе должны быть решены вопросы о порядке формирования и функциях этого Суда, о порядке обращения в него и юридической силе актов этого высшего органа в системе конституционного надзора²³⁶.

В мае 1990 г. Вице-Президент АН СССР В.Н. Кудрявцев “в порядке информации” направил Секретарю ЦК В.А. Медведеву аналитическую записку “Ситуация в обществе (после I Съезда народных депутатов СССР)”, подготовленную в секторе теории государства и социалистического самоуправления Института государства и права, в которой предлагалось в целях политической стабильности Федерации “строить формирование Конституционного Суда (а не Комитета конституционного надзора) на базе консенсуса всех союзных республик...”²³⁷

Надо отметить, что к этому времени на общесоюзном уровне признавалась предпочтительность судебного конституционного контроля над конституционным надзором. В проекте Союзного Договора, направленного Президентом СССР в Верховные советы республик 23 ноября 1990 г., предусматривалась статья 16 «Конституционный Суд СССР». Согласно ей, «Конституционный Суд осуществляет контроль за соответствием законов СССР и республик Союзному Договору и Конституции СССР, разрешает споры между республиками, между Союзом и республикой, если эти споры не удалось урегулировать посредством согласительных процедур». «Проверенная мировым опытом идея, - писал тогда В.О. Лучин, - наконец-то обрела, пусть еще зыбкую, почву в опубликованных проектах Российской Конституции, а также в проекте Союзного договора». По мнению этого автора, каждый гражданин должен иметь право обращаться в Конституционный Суд, если он исчерпал возможности для восстановления нарушенных прав и свобод в других судебных органах.

²³⁶ См.: АП РФ. Ф. 3. Оп. 110. Д. 5. Л. 121-129.

²³⁷ Там же. Д.2. л. 123-126 (документ подписан проф. В.Е. Гулиевым).

Он также полагал, что этот суд нужно сформировать на курсных началах без ограничения срока полномочий из юристов, обладающих большим опытом практической или научной деятельности в области права²³⁸.

Идея образования конституционного суда получила признание и на Четвертом Съезде народных депутатов СССР в декабре 1990 г. Депутат А.М. Яковлев говорил об этом суде, как о чем-то уже совершившемся. Правда, А.И. Лукьянов осторожно подчеркивал лишь возможность преобразования Комитета конституционного надзора в Конституционный Суд²³⁹. Такая перспектива поддерживалась и многими учеными²⁴⁰. Хотя в это время в их взглядах происходит и некоторая модернизация под влиянием конституционного проекта А. Сахарова, в котором предлагалось создать единый Верховный Суд Союза с четырьмя палатами, в том числе в качестве одной из них - конституционным судом, в компетенцию которого, как и всего Верховного Суда, входило бы рассмотрение проблем и дел союзного и межреспубликанского характера (ст.34)²⁴¹. Подобный подход подхватывают С.С. Алексеев и Ю.Х. Калмыков, Председатель Комитета Верховного Совета СССР по законодательству и правопорядку. Объединение всех высших судов в один Верховный Суд Союза, по мнению последнего, «исключало бы дублирование, способствовало единообразному применению законов, в конечном счете - стабилизации правовой обстановки в стране»²⁴².

Однако эти предложения в следующем опубликованном проекте Союзного договора не учитываются²⁴³. В статье 17

²³⁸ См.: Лучин В.О. Зачем нам высший суд?//Мегаполис-экспресс. 1990. 13 дек. В нашей статье того времени этот проект Союзного договора критиковался за дублирование Советом Федерации компетенции задуманного Конституционного суда (см.: Митюков М.А. Проект Союзного договора: плюсы и минусы// Сов. Хакасия. 1991. 4 янв.)

²³⁹ См.: Доклад Председателя Совета Национальностей Верховного Совета СССР Р.Н. Нишанова об общей Четвертый Съезд народных депутатов СССР. Бюл. № 6. 19 дек. 1990. - С.18; Там же. Бюл. № 10. 21 дек. 1990. - С.10, 12; Бюл. № 16. - С.9.

²⁴⁰ См.: Лискотин М.И. Указ соч. - С.3; Шуберт Т.Э. Указ. соч. - С.7; Шульженко Ю.Л. Парламент и специализированный орган конституционного надзора и контроля. - С.119.

²⁴¹ См.: Конституционные идеи Андрея Сахарова. - М.: Новелла. 1990. - С.11, 92.

²⁴² См.: Алексеев С.С. Третья власть//Известия. 1991. 23 февр.; Калмыков Ю.Х. Пять причин «войны законов». О правовой ситуации в стране//Известия. 1991. 4 апр.

²⁴³ См.: Известия. 1991. 27 июня.

этого проекта указывалось, что Конституционный Суд Союза рассматривает вопросы о соответствии законодательных актов Союза и республик, указов Президента Союза и президентов республик, нормативных актов Кабинета Министров Союза Союзному договору и Конституции Союза, а также разрешает споры между Союзом и республиками, между республиками. Верховный Совет СССР, поддержав в основном этот проект, в числе многочисленных рекомендаций к его доработке и согласованию, указал на необходимость разрешения споров между Союзом ССР и республиками путем согласительных процедур или Конституционным Судом СССР, формируемым решениями обеих палат Верховного Совета СССР²⁴⁴.

К этому времени относится и разработка более детальных предложений, касающихся статуса будущего Конституционного Суда СССР. По мнению Ю.Л. Шульженко, этот орган должен осуществлять все полномочия в области конституционного контроля, в том числе и те, которые ранее принадлежали высшим органам государственной власти, решать все спорные вопросы, имеющие конституционное значение, толковать законы, самостоятельно издавать принимаемые им акты. Влияние парламента на Конституционный Суд должно быть ограничено его избранием и правом возбуждения в нем дел. Автор считал также необходимым отказать от представительства субъектов федерации и формировать Конституционный Суд на основе паритетного равенства от высших законодательных, исполнительных и судебных органов. Одновременно он полагал целесообразным закрепить за Конституционным Судом не свойственное судебным органам право самостоятельно возбуждать дела о несоответствии любого акта Конституции СССР²⁴⁵.

При продолжении работы над проектом Союзного договора вопрос о конституционном суде находится среди других пяти проблем (членство в Союзе, союзный бюджет и налоги, собственность, Верховный Совет), по которым имелись весьма существенные замечания²⁴⁶. В опубликованном

²⁴⁴ См.: Постановление Верховного Совета СССР от 12 июля 1991 г. «О проекте Договора о Союзе суверенных государств»//Известия. 1991. 13 июля.

²⁴⁵ См.: Шульженко Ю.Л. Указ. соч. - С.120-121.

²⁴⁶ См.: Союз можно было сохранить. Белая книга. - М., 1995. - С. 167.

15 августа 1991 года (согласованном 23 июля на очередной встрече руководителей делегаций республик в Ново-Огареве) проекте Договора о Союзе Суверенных государств предусматривалось, что Конституционный Суд Союза ССР формируется на равных началах Президентом СССР и каждой из палат Верховного Совета СССР. К его рассмотрению относились вопросы о соответствии законодательных актов Союза и республик, указов Президента СССР и президентов республик, нормативных актов Кабинета Министров Союза Союзному договору и Конституции Союза, а также разрешение споров между Союзом и республиками, между республиками²⁴⁷.

Этот проект вызвал отрицательную реакцию со стороны определенных политических кругов. В заявлении Председателя Верховного Совета СССР А.И. Лукьянова, наряду с рядом других претензий, было высказано то, что в Ново-Огаревском проекте не учтено предложение Верховного Совета СССР о включении в договор нормы, не допускающей «приостановления Союзом ССР республиканских законов, и разрешения возможных споров путем согласительных процедур или решениями Конституционного Суда СССР». Необходимость в такой норме объяснялась потребностями прекращения так называемой «войны законов»²⁴⁸.

Августовские события 1991 года прервали процесс обновления Союза ССР и, как следствие, затормозили работу над Союзным Договором, поставили под угрозу существование самого государства. Комитет конституционного надзора СССР все глубже «увязал» в текущем политическом процессе, несмотря на противоречивые утверждения С.С. Алексеева о судебной природе Комитета конституционного надзора²⁴⁹ и о том, что «выталкивание его из официальной жизни ощущалось отчетливо». Идеи изменения прерогатив ККН в целях гарантирования страны от повторения подоб-

²⁴⁷ Там же. - С. 197.

²⁴⁸ См.: Лукьянов А.И. В Договоре о Союзе отразить результаты Всесоюзного референдума//Заявление Председателя Верховного Совета ССР от 16 августа 1991 г.//Правда. 1991. 20 авг.

²⁴⁹ См.: Алексеев С.С. Путч и правосудие: Необходимые пояснения к статье «Август-91»//Правда. 1991. 30 сент.

ных событий не получили поддержки и развития²⁵⁰. По предложению Председателя Комитета конституционного надзора СССР весь состав этого органа был включен в Комиссию по проработке правовых вопросов, поставленных в совместном Заявлении Президента СССР и высших руководителей союзных республик, в котором фактически предлагалось заменить федеративное устройство государства конфедеративным²⁵¹. Предварительно Комитет Верховного Совета СССР по законодательству и правопорядку и Комитет конституционного надзора СССР совместно дали положительную правовую оценку содержащихся в этом документе предложений²⁵² и предложили принятый затем Внеочередным Съездом проект Закона СССР «Об органах государственной власти и управления Союза ССР в переходный период»²⁵³, который существенно менял конституционный строй в стране. Одновременно, в очередной раз Съезд народных депутатов постановил ускорить подготовку и подписание Договора о Союзе Суверенных государств, в котором каждое из них самостоятельно бы определило форму своего участия в Союзе²⁵⁴.

²⁵⁰ См.: Алексеев С.С. Избранное. - С.435; Феофанов Ю. Защита Конституции – это защита людей// Известия. Моск. веч. вып. 1991. 30 авг.; Чугаев С., Щепоткин В. Парламент хочет сохранить свое лицо и ... зарплату// Известия. Моск. веч. вып. 1991. 30 авг.

²⁵¹ См.: Заявление Президента СССР и высших руководителей союзных республик//Известия. Моск. веч. вып. 1991. 2 сент.; Лацис О. Авторы заявления отказываются от идеи федерализма// Там же; Степовой А., Чугаев С., Щепоткин В. Первое заседание длилось 9 минут// Там же; Внеочередной Съезд народных депутатов. Стенограф. отчет//Известия. Моск. веч. вып. 1991. 3 сент.; пункт 2 Постановления Съезда народных депутатов СССР от 3 сентября 1991 г. «Об образовании Комиссии по проработке правовых вопросов, поставленных в совместном Заявлении Президента СССР и высших руководителей союзных республик»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 37. Ст. 1077.

²⁵² См.: Постановление Съезда народных депутатов СССР от 2 сентября 1991 г. «О поручении Комитету Верховного Совета СССР и Комитету конституционного надзора СССР по правовой оценке предложений, содержащихся в совместном Заявлении Президента СССР и высших руководителей союзных республик»//ВСНД. 1991. № 37. Ст. 1076; Выступление Ю.Х. Калмыкова на Внеочередном Съезде народных депутатов//Известия. Моск. веч. вып. 1991. 6 сент. - С.6.

²⁵³ См.: ВСНД и ВС СССР. 1991. № 37. Ст.1082.

²⁵⁴ См.: Постановление Съезда народных депутатов СССР от 5 сентября 1991 г. «О мерах, вытекающих из совместного Заявления Президента СССР и высших руководителей союзных республик и решений внеочередной сессии Верховного Совета СССР»//ВСНД и ВС СССР. 1991. № 37. Ст.1081.

В пятом и последнем опубликованном проекте Договора о Союзе Суверенных Государств уже не ведется речи о конституционном суде. В нем предлагается возложить на Верховный Суд Союза разрешение споров между Союзом и государствами (ст. 10) и принятие решений по вопросам соответствия законов Союза и законов государств - участников договора – настоящему Договору и Декларации прав и свобод человека (ст. 17)²⁵⁵. Такой подход к судебному конституционному контролю был обусловлен не столько восприятием идеи А.Д. Сахарова, сколько тем, что в предполагаемом новом конфедеративном государстве не было необходимости в Конституции, достаточно единого Союзного договора, о чем в то время заявляли отдельные правоведы, в том числе и Председатель Комитета конституционного надзора С.С. Алексеев²⁵⁶.

Парафирование этого Договора не состоялось, проект был направлен в Верховные советы республик²⁵⁷. Фактически, на этом документе завершается «изыскание» на союзном уровне путей совершенствования обеспечения верховенства Конституции, что объективно обусловлено последовавшим крахом Советского Союза. Комитет конституционного надзора СССР прекратил свою деятельность в связи с распадом Союза ССР и заключением 8 декабря 1991 года Соглашения о создании Содружества Независимых Государств (СНГ).

Кратковременный опыт деятельности Комитета свидетельствует, что специализированный конституционный надзор как институт высшего представительного органа государственной власти оказался малоэффективным, особенно в сфере нормонадзора (обеспечения верховенства Конституции и законов СССР) и разрешения споров в системе советского федеративного государства. Это обуславливалось не только кризисной политической ситуацией, но и дуалистической, подчиненной природой конституционного надзора в системе охраны Конституции, недостатками его право-

²⁵⁵ См.: Известия. Моск. веч. вып. 1991. 25 ноября.

²⁵⁶ См.: Лукьянова Е.А. Указ. соч. - С. 114.

²⁵⁷ См.: Инф. Сообщение о заседании Госсовета СССР 25 ноября 1991 г.//Правда. 1991. 26 нояб.

вого регулирования, ограничившего возможности этого государственного института. Рассмотрение ККН вопросов по собственной инициативе лишало его возможности быть политически беспристрастным и решать вопросы сугубо права. В общем, можно согласиться с высказанным еще в 1989 г. мнением, что создание Комитета конституционного надзора было “шагом робким, недостаточно решительным, а во многом и противоречивым”²⁵⁸

Вместе с тем специализированный конституционный надзор явился первой реальной попыткой применения общепризнанных принципов и норм международного права в решении проблем защиты прав и свобод в стране. Комитет конституционного надзора СССР был убедительным примером необходимости учреждения конституционного контроля на основе других правовых принципов, в частности - разделения государственной власти. Поэтому он стал институтом, предшествующим установлению в России судебного конституционного контроля. В ходе проанализированных автором научных, партийных и парламентских дискуссий 1986-1991 гг., в которых участвовали, наряду с политиками, и ученые-юристы, были выдвинуты многие идеи, которые стали основой отечественной доктрины конституционного правосудия и законодательного регулирования статуса Конституционного Суда России в последующих конституционных обновлениях и реформах и до сих пор сохраняют актуальное значение.



²⁵⁸ См.: Батурин Ю.М., Лившиц Р.З. Социалистическое правовое государство: от идеи к осуществлению: политико-правовой взгляд. - М.: Наука, 1989. - С. 164-167.

В. Багдасарян

депутат Национального Собрания РА

Анализ функционирования Национального Собрания Армении в свете требований конституционных изменений

27 ноября 2005 года всенародным референдумом были внесены существенные изменения в Конституцию Республики Армения. Одним из основных направлений этих изменений является усиление роли парламента в системе разделения властей и формирования механизмов его эффективного функционирования. В частности, было исключено абстрактное право Президента распускать парламент, пересмотрены механизмы формирования правительства, назначения определенных должностных лиц, усилены контрольные функции законодательной власти.

В данной работе, с учетом внесенных изменений и дополнений в Конституцию Республики Армения, основной акцент делается на особенности функционирования НСР посредством анализа проблем, связанных с формированием фракций и коалиций и их деятельностью в законотворческом процессе.

Изучение данной проблематики на примере Армении исходит из того принципа, что принятая в стране смешанная избирательная система дает возможность выявить воздействие типа избирательного мандата на поведение депутатов при формировании ими коалиций и проведении голосования по различным законопроектам.

В первую очередь, мы попытались ответить на вопрос: как формируется большинство в многопартийных фракциях, которые избраны в соответствии со смешанной избирательной системой?

Анализу факторов, которые влияют на процесс формирования парламентских коалиций в странах с президентской системой, посвящены работы многих авторов¹. Например, изучения показывают, что возможности Президента получить поддержку выдвинутой им законодательной программы большинством членов парламента обусловлены следующими взаимосвязанными факторами: долей парламентских мест, которые контролируются партиями, поддерживающими президента; дисциплиной и единством принципов, идеологии, подходов и отношения к принимаемым законам членов этих партий; относительной силой как локальных, так и национальных политических факторов, которые влияют на позиции членов парламента; сущностью президентской программы; законодательными нормами и конституционными принципами, которые воздействуют на характер партийной системы и др. Однако изучаемая проблема характеризуется большей сложностью в парламенте, отличающейся многопартийностью, а так же наличием у его членов избирательных мандатов разного типа. Изучение механизмов формирования коалиционных кабинетов, функционирования которых можно обеспечить только посредством создания межпартийного большинства, на примере Бразилии и других стран Латинской Америки показывает, что на очень низком уровне находится не только культура парламентаризма, но и многие вопросы парламентского лоббинга решаются незаконными путями. Например, В. Авес подчеркивает, что в Бразилии президенты покупают поддержку законодателей путем осуществления огромных затрат за счет бюджета страны, что обуславливает возможность функционирования в парламенте слабых и раздробленных политических партий². Существующая в Бразилии система избрания на основе открытых партийных списков позволяет из-

¹ Awes B. The Deadlock of Democracy in Brazil. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2001, Amorim Neto, Cox G., Me Cubbins M. Agenda Power in Brazil's Camara dos Deputados, 1989-1998 // World Politics. Vol.55. 2003. p. 550-578, Shugart M. The Electoral Cycle and Institutional Sources of Divided Presidential Government // American Political Science Review, Vol. 89, 1995. N2, p. 327-343.

² Awes B. Party Discipline in the Chamber of Deputies // Legislative Politics in Latin America / Ed. By S. Morgenstern, B. Nacif. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 185-221.

бранным членам парламента, прежде всего, заботиться о своем новом переизбрании, при этом оставляя Президенту страны право решения большинства вопросов национальной политики.

Армения имеет как сходства, так и различия со странами с президентской системой, обусловленные, прежде всего, тем, что Армения является полупрезидентской республикой. НСА III созыва избрано смешанной системой выборов - одна часть депутатов избрана по мажоритарной системе, а другая часть - пропорциональной. Существующее в НСА разветвление типов мандата отразилось на его партийной структуре и обусловило поведение депутатов и парламентских фракций при голосовании.

Таким образом, на примере НСА можно исследовать факторы, влияющие на формирование коалиций и поведение депутатов при голосовании за законопроекты, изучить эффективность такого поведения. Состав фракций НСА и представительство партий во фракциях позволяет выделить партии, представляющие парламентское большинство. Президенту Армении не следует самому предпринимать попытки по формированию законодательного большинства в НСА. Тем более, что Президент Республики по Конституции 1995 г. обладал большой властью. На основе конституционных изменений в определенной мере сокращены полномочия Президента. В частности, ст. 74.1 Конституции устанавливает, что Президент Республики распускает Национальное Собрание, если Национальное Собрание дважды подряд в течение двух месяцев не одобряет программу Правительства. Президент Республики может распустить Национальное Собрание по предложению Председателя Национального Собрания или Премьер-министра, если: а) Национальное Собрание в течение трех месяцев очередной сессии не принимает решение по проекту закона, признанного постановлением Правительства неотложным; б) в течение очередной сессии более трех месяцев не созываются заседания Национального Собрания; в) в течение очередной сессии более трех месяцев Национальное Собрание не принимает какого-либо решения по обсуждаемым им вопросам.

Закреплен новый конституционный механизм формирования Правительства. В частности, пункт 4 ст. 55 Конституции устанавливает, что на основании распределения депутатских мест в Национальном Собрании и консультаций с депутатскими фракциями назначает Премьер-министром лицо, пользующееся доверием большинства депутатов, а если это невозможно - лицо, пользующееся доверием у наибольшего числа депутатов. Президент Республики назначает Премьер-министра в десятидневный срок после принятия отставки Правительства. Правительство формируется в двадцатидневный срок после назначения Премьер-министра. А согласно ст. 84 Национальное Собрание большинством голосов от общего числа депутатов может выражать недоверие Правительству. Проект постановления о выражении недоверия Правительству может быть внесен Президентом Республики или не менее чем одной третью от общего числа депутатов. В период военного и чрезвычайного положения проект такого постановления вноситься не может.

Добавим также, что после конституционных изменений Президент не утверждает постановления Правительства. Согласно новым положениям Конституции Президент Республики может приостанавливать действие постановлений Правительства сроком на один месяц и обращаться в Конституционный Суд для выяснения вопроса их соответствия Конституции (ст.86).

Приведенные изменения свидетельствуют о том, что не только существенно усиливается роль парламента в системе политической власти, но и отход от “суперпрезидентской” системы повышает роль политического консенсуса и целенаправленности законодательной деятельности политических фракций в парламенте.

До последних изменений Конституция давала Президенту право назначения Премьер-министра и членов Правительства. Однако, с учетом распределения мандатов между политическими партиями, было достигнуто согласие по формированию коалиционного правительства из представителей трех партий: Республиканская партия Армении (Ай-астани анрапетакан кусакцутюн), Страна законности (Ори-

нац еркир) и Армянская Революционная партия Дашнакцутюн (Ай ехапохакан дашнакцутюн).

Наличие в НСА законодательного большинства позволяет Президенту Армении достичь целенаправленного законодательного обеспечения проводимых реформ, а также иметь поддержку большинства депутатов по конкретным законопроектам.

Тем не менее, имея поддержку большинства в НСА III созыва, Президент проводит регулярные встречи с представителями коалиции для обсуждения вопросов, касающихся своей политики и ситуации в стране в целом. Однако ситуацию в Армении нельзя сравнить с ситуацией в некоторых странах Латинской Америки. В этих странах Президент наделен широкими полномочиями в области принятия и утверждения законодательных актов, но при этом в некоторых случаях он идет на сотрудничество с членами парламента для получения их поддержки. Однако если уровень поддержки Президента в парламенте является невысоким, то он сможет вести переговоры с различными парламентскими фракциями и идти на существенные уступки³.

Партийная структура НСА сформирована в соответствии с разделением депутатов на избранных по одномандатным округам и партийным спискам. В соответствии с Избирательным кодексом Республики Армения партии, избирательный список которых преодолел пятипроцентный барьер, получили право формирования своей парламентской фракции. Однако имели место случаи, когда некоторые депутаты вступали в иные парламентские фракции. Те депутаты, которые были избраны по одномандатным округам, могли вступить во фракцию партии, которая выдвинула их кандидатуру.

Если же партия, выдвинувшая их кандидатуру, не завоевала места в НСА, то эти депутаты могли присоединиться к другим фракциям, в том числе к группе независимых депутатов.

³ Cox G., Jorgensen S. Epilogue: Latin America's Reactive Assemblies and Proactive Presidents/TLegislative Politics in Latin America / Ed by S. Jorgensen, B. Nanf. P. 446-468, Presidents, Parliaments, and Policy/Ed. By S. Haggard, M. Mecubbins, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Смешанная избирательная система НСА обусловила то, что сформировавшиеся фракции состояли либо исключительно из членов данной партии, либо в их состав входили депутаты, являющиеся членами других партий. Например, во фракцию республиканской партии входят 39 депутатов, из которых 17 избирались в одномандатных округах. Соотношение одномандатников и избранных по партийному списку во фракции “Оринац еркир” составляет 8 и 12. Во фракции “Ардарутюн” это соотношение составляет 2 и 12. В остальных четырех фракциях нет депутатов, избранных в мажоритарных округах. При этом, избранные по партийному списку депутаты по собственному желанию могут выйти из фракции и продолжить свою депутатскую деятельность в парламенте. Нам кажется, что это обстоятельство нуждается в коренном пересмотре в плане аннулирования мандата депутата в подобных случаях.

Характерной особенностью формирования фракций армянского парламента является то, что они отличаются друг от друга своими ориентациями на определенную программу и неадекватностью отношений к голосованию за принятие или отклонение конкретных законопроектов. Анализ состава фракций в зависимости от политической ориентации и вхождению их членов в определенную партию показал, что каждая фракция состоит из единомышленников, которые в процессе голосования голосуют сплоченно и объединились в одну общую коалиционную структуру (Айастан и анрапетакан кусакцутюн, Оринац еркир и Ай ехапохакан дашнакцутюн), способную привлечь на свою платформу другие оппозиционные фракции или депутатскую группу (Миаворвац ашхатанкаин кусакцутюн и Жоховрдакан патгамавор /Народный депутат/). С количественной точки зрения, первые три фракции составляют 62% состава депутатов НСА, а фракция Миаворвац ашхатанкаин кусакцутюн и депутатская группа Жоховрдакан патгамавор - 28%. Оппозиционная фракция “Ардарутюн” неоднородна с точки зрения политических взглядов и состоит из депутатов-членов семи партий и беспартийных. Исключение составляет фракция “Азгаин миабанутюн”, однако, будучи малочисленной, она не может существенно повлиять на процесс голосования.

Каким образом можно количественно оценить политическую ориентацию фракций НСА в зависимости от их отношения к принятию законопроектов? Для выяснения этого вопроса нами проведен анализ результатов голосования за принятие законопроектов.

Администрация Президента Армении и Правительство выступили инициаторами определенных реформ, которые были направлены на стимулирование экономического роста. Анализ процессов прохождения в НСА законопроектов в этой области позволяет не только оценить действия отдельных фракций, но также определить их отношения к поддержке выдвигаемых экономических реформ.

Система законопроектов, направленных на осуществление экономических и социальных реформ нами была разбита на четыре основные группы: приватизация, жилье, коммунальные вопросы и энергетика; реформы в области судебной системы; социальные реформы; экономика (бюджет, налоговые, таможенные и др. законопроекты). Так как оппозиционные фракции из-за бойкота не участвовали в работе парламента (80% голосования были бойкотированы каждой из фракций Азгаин миабанутюн и Ардарутюн), тем не менее результаты голосования в НСА за принятие законопроектов позволяют получить количественную оценку, характеризующую фракции по политической направленности их программ.

Результаты голосования в области приватизации, жилищного, коммунального законодательства и приватизации электрических сетей среди фракций распределились поразному. Если более чем 80% каждой из фракций Ай ехапохакан дашнакцутюн и Айастан и анрапетакан кусакцутюн, и более чем 70% Миаворвац ашхатанкаин кусакцутюн и Жоховрдакан патгамавор голосовали “за”, то фракция Оринац еркир, будучи членом коалиции, своим большинством (76,25%) голосовала против приватизации электросетей и законопроектов в области жилищного строительства и коммунальных услуг. По-видимому, это объясняется тем, что политика фракции Оринац еркир была направлена на снижение издержек, связанных с социальной безопасностью и касающихся уровня платы за жилье, электроэнергию, а также степень гарантированности пенсионных льгот.

Процедуры голосования за принятие законопроектов, направленных на реформирование судебной системы (укрепление гражданских прав, трехуровневая система судопроизводства и т.д.), показали, что политика фракции "Оринац еркир" больше, чем политика других фракций, была направлена на принятие законопроектов, позволяющих усовершенствовать посредством реформ судебную систему Республики Армения.

За принятие законопроектов в области социальной сферы все фракции голосовали почти одинаково.

Однако различия отмечены в процессе голосования законопроектов, связанных с экономикой РА. Наибольшее количество голосов за принятие законопроектов отмечено у фракции Айастан и анрапетакан кусакцутюн. Это можно объяснить тем, что данная группа законопроектов была выдвинута Правительством Республики Армения, а Премьер-министр является председателем Айастан и анрапетакан кусакцутюн.

Таким образом, можно отметить, что в процессе голосования за принятие законопроектов в НСА поведение каждого депутата определялось его политическими предпочтениями и его отношением к принимаемому законопроекту.

Результаты голосования за принятие законопроектов позволили также оценить степень сплоченности коалиционных фракций в отношении инициатив, выдвинутых Президентом и Правительством Армении. Вместе с тем они позволяют оценить и охарактеризовать политическую направленность и фракционную сплоченность депутатов в процессе голосования.

Общий вывод заключается в том, что первую попытку формирования коалиционного правительства в Армении можно считать успешной. А в политическом плане в парламенте, в целом, удалось установить определенную культуру политического консенсуса, что очень важно для успешного осуществления политической институционализации общества в трансформирующихся системах.

Отметим также, что отсутствующая в настоящее время система сравнительного анализа деятельности фракций в НСА диктует необходимость создания института мониторинга функционирования как парламента в целом, так и его структурных звеньев.

Analysis of Functioning of the National Assembly of Republic of Armenia in the Light of Requirements of Constitutional Amendments

V. Baghdassaryan

Deputy of the RA National Assembly

SUMMARY

By the National Referendum of 27th of November 2005 essential amendments were made to the Constitution of the Republic of Armenia. One of the main references of these amendments is the strengthening of the role of the parliament in the system of division of authorities and formation of mechanisms of its effective functioning. Particularly, the abstract right of the President to dissolve the parliament was excluded; the mechanisms of formation of government and appointment of the officials were reconsidered; the controlling functions of the legislative power was also strengthened. First of all, we tried to answer the following question: how is the majority in multi-party fractions, which was elected in correspondence with mixed electoral system, is formed.

Armenia has both similarities and differences with the states of presidential system, which is conditioned, first of all, by the fact that Armenia is a semi-presidential republic. NA of Armenia of the third convocation voted for the mixed system of the elections, one part of deputies are elected by the majoritarian system, another part by proportional. The existing branching of the types of the mandates of the NA of the Republic of Armenia was reflected on the partial structure and stipulated the behavior of the deputies and the parliament fractions while voting.

Thus, on the example of the National Assembly of Armenia, the factors influencing on the formation of the coalitions and behavior of the deputies while voting for the drafts, the effectiveness of such behavior can be examined.

The author also mentions that after the constitutional amendments the President does not confirm the positions of the Government. In accordance with the new positions of the Constitution, the President of the Republic can hold up the action of the position of the Government within one month and appeal to the Constitutional Court in order to clarify their conformity with the Constitution (Art. 86).

According to the author, the mentioned amendments testify that not only the role of the parliament in the system of the political power is strengthened but also withdraw from the “super-presidential” system increases the role of the political consensus and expediency of the legislative activity of the political fractions of the parliament.



Л. Оганян

*заведующий кафедрой уголовного
судопроизводства и криминалистики
Ереванского Государственного
университета, профессор*

Некоторые вопросы законодательного регулирувания обнаружения и исследования телесных свойств и признаков личности

Обеспечение полного и быстрого раскрытия преступлений и неотвратимость наказания требуют совершенствования методов расследования дел в соответствии с современным уровнем науки и техники.

Следственная и судебная практика свидетельствуют, что успешное расследование преступлений зависит от исследования следов и других признаков преступления, основанного на научном познании последних.

Из всех свойств и признаков, характеризующих человека, которыми возможно идентифицировать его, первичного внимания необходимо удостоить совокупность тех свойств, которые составляют сущность раскрываемого субъекта и без применения которых невозможно составить его субъективный образ.

Изучая следственную и экспертную практику относительно выяснения самобытности личности, можно прийти к заключению, что используемые в ней признаки достаточно достоверны [капиллярные линии ладони и голы ступни, внешние признаки лица, головы и других частей тела, признаки, свидетельствующие о характере работы, запахи, кровь, выделения, свойства устной и письменной речи, почерка, последствия заболеваний, особые приметы (врожденные или приобретенные) и т. д.].

Исследования по идентификации личности по перечисленным признакам, естественно, сопровождаются получением образцов. Проведение подобных исследований чрезвычайно важно, так как этими экспертизами обнаруживаются фактические данные, которые выступают в роли доказательств. Однако, выполняя эти действия, нужно иметь в виду, что в 3-ей статье Конституции РА прямо определено: *“Человек, его достоинство, основные права и свободы – высшие ценности”*, а в 16-ой статье: *“Каждый человек имеет право на личную свободу и неприкосновенность”*. Нарушение неприкосновенности личности, бесчеловечное и умаляющее его достоинство обращение запрещает также статья 3 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 1950г.

Относительно проблемы имеет довольно четкую позицию и Европейский суд по правам человека. Согласно позиции Европейского суда по правам человека, обращение может считаться умаляющим, если лицо унижается перед другими или его заставляют действовать против своей воли или разума. Согласно Суду, *“умаляющим может считаться такое обращение, которое порождает в жертвах чувства страха, тревоги и неполноценности, способные унижить их и сломить их физическое или нравственное сопротивление”*¹.

Крайне спорно, насколько вышеуказанным нормам Конституции созвучна 253-ая статья УПК РА, принятого в 1998 г.

В первой части указанной статьи читаем: *“Следователь вправе получить образцы, характеризующие свойства человека, трупа, животного, материала и других объектов, если их исследование имеет значение для дела”*.

Для выяснения того обстоятельства, насколько получение некоторых образцов *“способствует”* сохранению достоинства личности, отметим, что, к примеру, дактилоскопия осуществляется в два этапа: во-первых, она связана с дактилоскопической регистрацией (учетом) преступников и затем - с дактилоскопическими экспертизами по уголовным делам.

¹ См.: Решение Кеннан против Соединенного Королевства, Решение по делу Ирландии против Соединенного Королевства. Изречение согласно Комментариям к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколам к ней. Прецедентное право Европейского суда по правам человека. - Ереван, 2005. - С. 52.

А дактилоскопическая идентификация осуществляется в двух формах: регистрации (учета) и экспертной². Регистрационная форма идентификации означает сравнение отпечатков пальцев неизвестного лица с линейными рисунками зарегистрированного в прошлом лица.

В общем и целом, в криминалистике разработаны правила получения образцов. Несмотря на это, в некоторых случаях видится целесообразным до получения образцов посоветоваться со специалистом. К примеру, до взятия образцов крови, слюны, спермы, пота и подобных материалов.

И так как целью криминалистики как науки является рождение новых идей и внедрение последних в жизнь в соответствии с требованиями времени, то криминалистика в определенном смысле вступает в идейно-состязательную сферу между проблемами преступной среды и проблемами розыска, следствия, прокуратуры и суда.

Если идеи криминалистики опережают замыслы преступной среды, то прогресс в деле борьбы с преступлениями не заставляет себя долго ждать. Особенно, при взятии образцов во время назначаемых исключительных экспертиз, а также в вышеперечисленных случаях необходимо учитывать требования современной науки и техники и, вместе с тем, требования вышеуказанных статей Конституции РА, что позволит избегать нарушений конституционных норм и не попирает права человека.

В настоящем в криминалистике действует принцип эйдологии – *“криминалистическая эйдология”*.

Эйдология предоставляет возможность в каждой криминалистической ситуации усматривать уникальность проблемы, необходимый подход к ее индивидуализации и т. д.

Ныне в числе уникальных проблем наличествуют такие, при решении которых нарушаются конституционные права человека, касающиеся неприкосновенности личности.

Таковыми являются, к примеру, ситуации, когда при идентификации личности по внешним признакам изучаются

² Бушуев П.И. Применение научно-технических средств в практике борьбы с преступностью /наука на службе милиции/ сб. - Алма-Ата, 1966. - С. 6-11; Киснин М.В. Дактилоскопирование трупов с измененными покровами. Авт. дис. - Харьков, 1962. - С. 2-9.

те факторы, которые воздействовали на изменение внешности (возрастные изменения, болезни и, в особенности, операционные вмешательства). Одним из таких факторов считается искусственное изменение внешности личности методами пластической хирургии. Этот вопрос проясняется следственным действием "расследование", предусмотренным 220-ой статьей УПК РА. Как регулируется процесс исследования? Вначале посредством криминалистической линзы (увеличительного стекла) под наклонно падающим светом рассматривается поверхность, содержащая предполагаемые шрамы (рубцы). Если обнаруживаются следы, то в затемненной комнате используют источники ультрафиолетового света в целях фиксации их различий на цветной пленке. Подобные исследования дают возможность раскрыть зависимость разрезов от давности их возникновения по спектральному составу люминесценции. Свежие разрезы образуют темно-фиолетовое, разрезы двухгодичной и большей давности – сине-фиолетовое, пяти-, шестилетней давности – темно-коричневое свечение.

Изложенные вопросы недостаточно изучены в криминалистической литературе, а их подробное освещение не входит в число задач данной статьи. Лишь для формирования определенного представления отметим, что они изучаются косметологией³, которая хотя и относится к клинической медицине, тем не менее, ряд вопросов решается криминалистической или криминалистической и судебно-медицинской комплексной экспертизой. Нам кажется, однако, что подобные экспертизы по вышеотмеченным причинам должны производиться или с согласия исследуемого или на основе судебного постановления.

К такому же выводу мы пришли также относительно взятия образцов запаха, хотя в этом случае наличествуют и другие мнения, согласно которым, вследствие того, что различение запахов проводится с помощью собаки, это обстоятельство не охвачено в числе доказательств, указанных в 104-ой статье УПК РА. Но практика приняла услуги собаки, учитывая, что великий русский физиолог И.П. Павлов и его

³ Греч. Kosme-tike—искусство развития и Logos—учение.

последователи давно уже приняли и успешно использовали собаку в качестве "научного инструмента познания"⁴.

О доказательственном значении различения запаха собакой говорят многие процессуалисты и криминалисты, выражаются разные мнения, среди которых нет, однако, таких, которые касались бы достоинства, унижения человека и т. д. К этому более подробно обратимся в готовящейся к изданию книге.

Как вообще, так и в совокупности признаков идентификации запаха отражается такая совокупность признаков, которые свойственны определенному объекту в данный момент времени. В процессе своего материального существования изменения объекта приводят к тому, что совокупность признаков меняется и наступает момент, когда количественные изменения переходят в качественные и практически возникает новый комплекс признаков. Этот вопрос особенно существен в деле идентификации запаха, так как в роли детектора выступает собака. Перспективы совершенствования методики криминалистической выборки запаха представляют разработку новых методов и средств, которые соответствовали бы требованиям исследований по объективной идентификации запахов с применением биодетективов⁵.

Как свидетельствует практика, в последние годы разработаны новые приемы, средства, которые дают возможность выяснить или в определенных условиях учитывать такие факторы, которые отрицательно сказываются на оценке специалиста или следователя при произведении ими различий в отношении действий собаки-детектора.

Подобные приемы и средства доступны каждому специалисту-кинологу.

Однако эти приемы и средства, некоторые из которых мы перечислим, бесспорно нарушают конституционные требования о неприкосновенности личности и попирают права человека.

⁴ Сулимов В.И., Тарнесов Н.И. Запахованные микроследы, Криминалистическое значение, процессуальный статус, возможности и исследования на идентичность. - Иркутск, 1974. - С. 37.

⁵ Райт Р.Х. Наука о запахах. Пер. с англ. - М.: "Мир", 1966. - С. 99; Снектов В.А. Кинологическая выборка. - Рига, 1984. - С. 10-25; Строгович М.С. О криминалистической одорологии (Вопросы борьбы с преступностью). - Иркутск, 1970. - С. 119-130.

В их числе:

- часть образца запаха человека (эталонный образец), которая должна быть предоставлена собаке-детектору на предмет запоминания и поиска, в процессе выборки размещается в ряду проверяющихся и контрольных объектов, положительное отношение к которому свидетельствует о верном восприятии со стороны собаки-детектора;
- получение от проверяющихся чистых исследовательских индивидуальных образцов (умытые руки, по возможности – образец крови подозреваемого лица);
- при обнаружении на месте происшествия специфической запаховой ситуации ее след необходимо взять вместе с другими объектами одорологического исследования.

A Few Issues of The Legislative Regulation of the Detection and Research of the Corporal Capacities and Signs of the Individual

L. Ohanyan

Head of the Chair of the Criminal Procedure and Criminology of Yerevan State University

SUMMARY

Investigative and judicial practice proves that the sufficient investigation of the crimes depends on the investigation of the traces and other indications of the crime, based on the scientific knowledge of the latter.

From all features and indications characterizing a person which helps to identify him/her, it is necessary to pay attention to the totality of such features that are the essence of the investigated subject and without of which it is impossible to make its subjective image.

The investigation of the identity of a person is corresponded by making of the images.

But, fulfilling these actions, one must take into consideration that Article 3 of the Constitution of RA directly defines: “A person, his/her dignity, the basic rights and freedoms are the supreme volumes”; in Article 16 “Each person has the right of personal freedom and immunity”. The protection of the immunity of a person, subjection to cruel, inhuman and degrading treatment is forbidden by Article 3 of the Convention of Protection of the Human rights and the fundamental freedoms of 1950.

The European Court of Human Rights has a rather definite approach towards this problem according to which “Degrading may be considered also such a treatment which arises the feeling of fright and deficiency among the victim which may humiliate them and break them physical and moral resistance”.

It is rather disputable how Article 253 of Law of Criminal Procedure adopted in 1998 corresponds to the norms of the Constitution, according to which “The interrogator is authorized to get the samples characterizing the capacities of a person, corps, animal and other objects if their investigation has importance for the case”.

Especially when taking a specimen while carrying out the so-called appointed exceptional examinations, the demands of the modern science and technique and also requirements of the above mentioned articles of the RA Constitution must be taken into account which will help to escape the violations of the constitutional norms and do not trample on human rights.

Nowadays among the unique problems of criminology are present such problems when solving it the constitutional rights of a person concerning the immunity of an individual are violated. For example, the situations when identifying a person according to the exterior indication such factors are examined which influenced on the alteration of appearance (age alteration, illnesses and especially surgical intervention). This issue is clarified by the investigative actions of “detection” stipulated in Article 220 of Law of Criminal Procedure of RA. But such examinations must be carried out either by the consent of an examinee or on the basis of the decision of the court.

Recently, the new methods and means are worked out which help to clarify or in certain circumstances take into consideration such facts that influence negatively on the evaluation of a specialist or an investigator while their different approach towards the actions of a dog-detector. Such approaches are available for every specialist-kinologue. But these methods and means violate the constitutional requirements of the immunity of a person and trample on human rights.



**Обзор практики Конституционного Суда
Республики Беларусь за
за I квартал 2006 года**

**Решение
Конституционного Суда Республики Беларусь
12 января 2006 г., г. Минск № Р-191/2006**

**О правовом регулировании отношений, связанных с
проездом граждан в городском транспорте общего
пользования, при изменении тарифов на перевозку
пассажиров**

Минский городской исполнительный комитет вправе изменять тарифы на перевозку пассажиров городским транспортом общего пользования. Однако увеличение тарифов прямо затрагивает права граждан. В таком случае требуется строгое соблюдение правил о введении в действие нормативных правовых актов, устанавливающих новые тарифы, поскольку проезд в городском пассажирском транспорте по билету (талону) старого образца в условиях действия новых тарифов влечет административную ответственность.

По мнению Конституционного Суда, граждане должны иметь право на своевременное получение информации о повышении тарифов на проезд в соответствии со статьей 34 Конституции, а также на справедливое возмещение понесенных ими затрат при изменении тарифов на перевозку пассажиров городским транспортом общего пользования.

Конституционный Суд, изучив вопрос о введении в действие решения Минского городского исполнительного комитета от 14.12.2005 № 2199 об изменении тарифов на перевозку пассажиров установил, что это решение вступило в силу 20.12.2005, то есть до его официального опубликова-

ния в газете «Минский курьер» 26.12.2005, что свидетельствует о нарушении права граждан на получение достоверной и своевременной информации.

Конституционный Суд установил также, что норма о действительности талона старого образца на протяжении 10 дней после введения новых тарифов в нормативных правовых актах отсутствует. Такое правило принято организацией перевозчиком КУП «Минсктранс».

Конституционный Суд предложил обеспечить неукоснительное соблюдение требований законодательства о порядке введения в действие решения об изменении тарифов на перевозку пассажиров городским транспортом общего пользования, а также надлежащее правовое регулирование отношений, касающихся изменений тарифов на перевозку пассажиров городским транспортом общего пользования. По мнению Конституционного Суда, должен быть рассмотрен вопрос о возможности зачета номинальной стоимости талонов старого образца при приобретении талонов по новым тарифам.

Заключение

Конституционного Суда Республики Беларусь

29 марта 2006 г., г. Минск № 3-194/2006

**О соответствии конституционным законам
Республики Беларусь, международным договорам
Республики Беларусь постановления Совета
Министров Республики Беларусь от 18 декабря 1992 г.
№ 758 «Об условиях назначения пенсий отдельным
категориям работников авиации летно-испытательного
состава» в части пенсионного обеспечения
бортпроводников гражданской авиации**

Производство по делу возбуждено конституционным Судом Республики Беларусь 3 января 2006 г. по предложению Палаты представителей Национального Собрания Республики Беларусь. Проверке подлежало постановление Совета Министров Республики Беларусь от 18 декабря 1992 г.

№ 758 «Об условиях назначения пенсий отдельным категориям работников авиации летно-испытательного состава» (далее – постановление № 758) с последующими изменениями и дополнениями.

В предложении Палаты представителей указано, что для бортпроводников установлены условия назначения пенсий за выслугу лет, отличающиеся от условий назначения пенсий другим категориям работников авиации, в том числе работникам летного и летно-испытательного состава.

При изменении постановления № 758 порядок и условия назначения пенсии бортпроводникам установлены такие же, как и членам летного экипажа. В то же время в отношении члена кабинного экипажа – бортпроводника порядок и условия назначения пенсии являются иными. Согласно Воздушному кодексу Республики Беларусь бортпроводники отнесены к членам экипажа воздушного судна. Постановление № 758, по мнению Палаты представителей, создало неравные условия в пенсионном обеспечении членов экипажей воздушных судов.

Конституционный Суд установил, что статья 47 Закона «О пенсионном обеспечении» предусматривает четыре категории работников авиации и летно-испытательного состава, имеющих право на пенсию за выслугу лет: 1) работники летного и летно-испытательного состава; 2) работники, осуществляющие управление воздушным движением и имеющие свидетельство диспетчера; 3) инженерно-технический состав; 4) бортпроводники. При этом для каждой из указанных категорий законодателем установлены различные основания, условия и порядок назначения пенсии за выслугу лет и исчисление ее размера. Законом «О пенсионном обеспечении» Совету Министров поручено обеспечить дополнительное регулирование назначения пенсий только в отношении работников летного и летно-испытательного состава, а также инженерно-технического состава (пункты «а» и «в» статьи 47), что и было осуществлено в постановлении № 758.

Бортпроводникам право на пенсию за выслугу лет, условия и порядок ее назначения установлены пунктом «г» статьи 47 Закона «О пенсионном обеспечении». Эта норма яв-

ляется нормой прямого действия и не требует дополнительного регулирования условий и порядка назначения пенсии бортпроводникам, а также порядка исчисления им размера пенсии. Законодателем бортпроводники выделены в отдельную категорию работников авиации, пенсионное обеспечение которых урегулировано непосредственно в Законе. Закон «О пенсионном обеспечении» не делегировал Совету Министров право устанавливать иные, по сравнению с Законом, условия пенсионного обеспечения бортпроводников.

Законодательство не предоставляло ранее и не предоставляет в настоящее время бортпроводникам права на исчисление им пенсии в порядке, установленном для работников летного и летно-испытательного состава. Размер трудовых пенсий бортпроводников, как и других категорий работников, обусловлен продолжительностью стажа работы и величиной заработка, принятого для исчисления пенсии.

Поскольку Совет Министров был не вправе определять условия пенсионного обеспечения бортпроводников, то постановление № 758, регулирующее условия пенсионного обеспечения летного состава, на бортпроводников не распространяется, пенсионное обеспечение бортпроводников не регулирует и при назначении им пенсий не применяется.

С учетом изложенного Конституционный Суд признал постановление № 758 соответствующим Конституции, законам Республики Беларусь и международным договорам Республики Беларусь.

В то же время Конституционный Суд отметил, что при необходимости компетентные государственные органы вправе изменить подходы к пенсионному обеспечению бортпроводников, соответствующим образом скорректировав пенсионное законодательство.

Конституционный Суд обратил внимание нормотворческих органов на наличие в законодательстве противоречий, неоднозначно понимаемых формулировок и определений, что особенно недопустимо, если это касается прав, свобод и обязанностей граждан, поскольку не способствует установлению конституционного порядка.

Послание Конституционного Суда Республики Беларусь Президенту Республики Беларусь Лукашенко А.Г., Палате представителей Национального Собрания Республики Беларусь, Совету Республики Национального Собрания Республики Беларусь «О состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2005 году».
Утверждено решением Конституционного Суда Республики Беларусь от 1 февраля 2006 г. № Р-193/2006

Резюме

В Послании о состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2005 году, принятом на заседании Конституционного Суда Республики Беларусь 1 февраля с.г., традиционно отражены состояние национального законодательства, практика его применения на основе рассмотренных Судом дел и материалов, а также отмечены успехи на пути строительства белорусского государства как социального демократического и правового.

В Послании Конституционного Суда отмечается, в частности, что конституционная законность – не умозрительная категория, а такое состояние общественных отношений, при котором право как важнейший социальный регулятор содействует достижению тех целей и задач, которые определены в Основном Законе нашей страны. В связи с этим оценка законодательства и практики его применения осуществляется с учетом их влияния на благосостояние граждан, развитие демократии и правового характера государства.

В 2005 году в Конституционный Суд обратились с личными и коллективными заявлениями около 6 тысяч граждан, рассмотрено 29 обращений депутатов. На личном приеме, в том числе во время встреч с трудовыми коллективами, судьями и специалистами Секретариата Конституционного Суда принято около 300 человек. Проанализировано более 30 проектов нормативных правовых актов.

Конституционный Суд отметил, что, исходя из имеющихся природных, интеллектуальных, правовых, организацион-

ных и иных ресурсов, Республика Беларусь достаточно успешно развивается как социальное государство. Основой для этого являются нормы статей белорусской Конституции, а также принимаемые в ее развитие законы, декреты, указы, постановления Правительства и другие юридические акты.

Указав на обстоятельства, свидетельствующие об успешном развитии белорусского государства как социального (с приведением количественных показателей, достигнутых в различных областях социально-экономического развития, в частности, по росту ВВП, денежных доходов населения, росту средней заработной платы, среднемесячной пенсии, объемов жилищного строительства и т.п.), Конституционный Суд обратил внимание на ряд недостатков, имеющих место в законодательстве и практике его применения.

В качестве примеров в этой области Конституционный Суд привел дела, рассмотренные им по обращениям граждан, касающиеся взаимоотношений ЖСК как коллектива граждан-застройщиков и бывших членов ЖСК в части возврата денежных средств, наследования квартир умерших членов ЖСК, не оформивших право собственности на квартиру, предоставления служебных жилых помещений и др.

На основе анализа дел, касающихся социальной защиты граждан (по выплате пособий по уходу за ребенком, пособий по временной нетрудоспособности индивидуальным предпринимателям, сумм страхового возмещения по обязательному личному страхованию, налогообложению выходных пособий, налогообложению земель садоводческих товариществ и др.), Конституционный Суд подчеркнул понимание позиции Конституционного Суда другими государственными органами, реальное исполнение вынесенных решений.

Суд отметил также улучшение в 2005 году положения с решением вопросов о придании нормативным актам обратной силы. Подобную практику, по мнению Суда, следует закрепить и в будущем, что потребует от инициаторов проектов стратегического мышления, умения не только планировать, но и прогнозировать потребности правового регулирования, а также последствия принимаемых актов.

В положениях Послания, посвященных реализации конституционных норм о демократии (народовласти), Консти-

туционный Суд отметил реальное действие демократических конституционно-правовых институтов (выборы, референдумы, всенародные обсуждения, республиканские и местные собрания), подчеркнул, что народный характер власти в нашем государстве проявляется не только в политике по социальной защите граждан, но и в праве народа самому реально определять свою судьбу, принимать наиболее важные решения, реализуя тем самым на деле идею народного суверенитета.

Конституционный Суд дал позитивную оценку обновлению законодательства об обращениях граждан. Конституционный Суд указал, что обращения граждан отражают реальные социально-экономические процессы, способствуют повышению эффективности работы органов власти, восстановлению нарушенных прав и укреплению законности, устранению противоречий и других недостатков в законодательстве, практике его применения.

В пользу основополагающего принципа государственного властвования – власть для народа, а не народ для власти, - свидетельствует, по мнению Конституционного Суда, и ныне формируемая практика рассмотрения заявлений граждан, связанных с реализацией ими своих прав, по принципу “одного окна”.

Конституционный Суд считает, что поступающие в государственные органы, в том числе и в Конституционный Суд, обращения граждан обязывают государственные органы и должностных лиц осуществлять свою деятельность с учетом повседневных нужд и запросов граждан, лучше видеть проблемы и оценивать эффективность правового регулирования общественных отношений во имя становления демократического социального правового государства.

Характеризуя процесс формирования Республики Беларусь как правового государства, Конституционный Суд отметил, что в государстве все более отчетливо проявляются такие черты, как верховенство права, связанность государства своими решениями. Наличие современной законодательной базы, отвечающей мировым и общеевропейским стандартам, устойчивость правового регулирования, разделение и взаимодействие властей, гарантированность прав и

свобод граждан, судебная защита, развитие конституционного правосудия – это те правовые ценности, которые присущи современному белорусскому государству и которые необходимо укреплять и всемерно развивать.

Отметив успехи на пути создания современной законодательной базы, систематизации и кодификации законодательства, Конституционный Суд указал, что в настоящее время основной центр тяжести должен быть перенесен на совершенствование законодательства, поддержание его в таком состоянии, которое адекватно воздействует на новые явления в общественной жизни и учитывает направления социального прогресса. Это обстоятельство объективно обуславливает необходимость проведения на основе международных стандартов более тонкой и взвешенной работы в правовой сфере государственных органов, осуществляющих надзор и контроль, включая и институт конституционного контроля. На содержание нормотворческих актов и практику их применения все большее влияние должны оказывать общепризнанные принципы и нормы международного права.

По мнению Конституционного Суда, развитие общественных отношений обычно сопровождается изменением действующего законодательства. Возникающие при этом коллизии в законодательстве и правоприменении в определенной мере объяснимы сложностью решаемых задач. В связи с этим разрешение споров цивилизованным путем, в том числе путем их рассмотрения в Конституционном Суде, в развитых странах является уже сложившимся правилом. Конституционный Суд отмечает, что, к сожалению, нередко сохраняющиеся длительное время правовые споры, претензии граждан не разрешаются из-за несвоевременной постановки перед Конституционным Судом либо законодателем вопросов о необходимости их решения. Имеются факты и некачественного правового анализа при принятии решений некоторыми государственными органами и должностными лицами. В отдельных случаях существуют нормы, потерявшие свою актуальность или имеющие низкую эффективность, однако на граждан они налагают дополнительные обязанности.

Свои выводы по изложенным выше проблемам Конституционный Суд сделал в том числе на основании рассмотрения вопроса о продлении срока исполнения Заключения Конституционного Суда от 27 сентября 2002 г., признавшего неконституционными законодательные нормы, предусматривающие проставление разрешительной отметки в паспорте.

Конституционный Суд признал, что компетентные государственные органы, ответственные за реализацию на практике права граждан на свободу передвижения, не приняли всех необходимых мер по исполнению указанного Заключения, и потребовал информировать граждан о перспективах отмены в будущем отметки в паспорте и возможном правовом регулировании порядка выезда из Республики Беларусь и въезда в Республику Беларусь.

На период сохранения отметок в паспортах для выезда за границу Конституционный Суд предложил принять дополнительные меры по упрощению порядка их проставления, в том числе и сокращению сроков, в течение которых должны быть приняты соответствующие решения. Суд также отметил, что определенные меры в этом направлении были приняты.

В 2005 году, как и в предшествующий период, Конституционный Суд много внимания уделял закреплению в Конституции прав каждого лица на судебную защиту, что также соответствует общеевропейским стандартам. Конституционный Суд своими решениями делал все для исключения из законодательства и практики его применения существующих в данной области ограничений и устранения пробелов.

Суд отметил, что исполнение решений Конституционного Суда, реализация вносимых Конституционным Судом предложений реально содействуют утверждению конституционной законности в правотворчестве и правоприменении. В этой области Конституционный Суд обратил внимание на плодотворное сотрудничество с органами представительной и исполнительной власти. Конституционный Суд отметил, что повышению эффективности правовой системы, дальнейшей реализации закрепленных Конституцией принципов социального правового государства будет способствовать обеспечение непосредственного действия норм Кон-

ституции, а также устранение существующих недостатков, связанных с наличием коллизий норм и пробелов в законодательстве, превышением государственными органами предоставленных им полномочий, несогласованностью нормативных правовых актов разного уровня, несвоевременным разъяснением и соответствующим толкованием правовых норм, негативной практикой правоприменения.

Последовательная работа государства и его органов по обеспечению верховенства конституционных норм, прав и свобод человека и гражданина, утверждению конституционной законности во всех сферах общественной жизни является, как считает Конституционный Суд, главным условием развития Республики Беларусь как демократического социального правового государства.



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

**Draft *vademecum*
on constitutional justice¹**

1. Introduction

This document intends to give an overview (called *vademecum*) of the opinions of the Venice Commission in the field of constitutional justice. As such, it should help the Commission's members in the preparation of their comments to be able to know the general line of the Venice Commission on various issues in the field of constitutional justice as expressed in earlier opinions. Of course, this *vademecum* should not prevent members to make a point to the opposite if there is good reason to do so in a specific case or even in general.

The present document is only a preliminary draft, which will have to be completed by the Secretariat. The meeting of the Sub-Commission on Constitutional Justice will be asked to instruct the Secretariat on how to proceed with this *vademecum*.

This document presumes that constitutional review by a specialised constitutional court has been chosen as a model by

¹ Венецианская комиссия на 67-ом пленарном заседании от 9-10. 06. 2006г. рассмотрела некоторые вопросы, которые относятся к актуальным проблемам конституционного правосудия. В настоящем выпуске Вестника публикуется обобщенный материал, подготовленный подкомиссией по конституционному правосудию относительно международной практики конституционного правосудия. Данный документ окончательно еще не принят Венецианской комиссией, однако и в представленном виде имеет большое познавательное значение.

the drafters of a constitution. While specialised constitutional courts are common in many countries, they are not the only model of constitutional review. Consequently, this document should not be interpreted as advocating specialised constitutional courts as the single, preferred model of the Venice Commission.

2. Type of constitutional jurisdiction

“The separation between Constitutional Court and the ordinary judiciary probably represents the most widespread model in Europe. On the other hand, a court exercising a power of constitutional review might be considered a part of the judiciary even though it may have a power of review over other courts. However, this seems to be primarily a dogmatic question of classification rather than having a practical effect provided that the Constitutional Court receives the fundamental guarantees for its independence and respect for its authority which should be afforded to the highest judicial organ. In this respect it is to be welcomed that the revised draft speaks about judges rather than ‘members’ of the Constitutional Court as was the case in the previous draft. This could be further underlined by adding a clause to Article 88.2 referring to the “judicial function” of the Constitutional Court.”

CDL-AD(2005)005 Opinion on Draft Constitutional Amendments relating to the Reform of the Judiciary in Georgia adopted by the Venice Commission at its 62nd Plenary Session (Venice, 11-12 March 2005)

“...This chapter sets up a permanent constitutional court. This fully corresponds to the prevailing practice in the new democracies to protect the constitutionality of the new legal order by a specific, permanent and independent judicial body and can only be welcomed. ...”

CDL-INF(1997)002 Opinion on the Constitution of Ukraine

“Especially if a state wishes to introduce constitutional jurisdiction to its legal system, for the first time, possibly in connec-

tion with a new constitution, it appears preferable to entrust the decision of constitutional issues to a special institution, raised (to that extent) above the ordinary courts. For in this situation the judges of the ordinary courts may be neither trained nor used to dealing with constitutional matters.

Such a system, it should be emphasized, does not imply that all other courts be excluded from passing upon issues of constitutional law although there must be some rules as to what extent the courts of ordinary jurisdiction shall be competent to scrutinize a case on its constitutional implications and to rule on issues of constitutional law.

If a constitution is to be immediately applicable law, it must be respected by all institutions exercising public power including the courts. The very character of some provisions of constitutional law leads to the conclusion that the courts have the duty to apply and respect these provisions, regarding, e.g., the constitutional rights of *habeas corpus* pertaining to criminal proceedings or to forensic matters in general, such as fundamental procedural rights, the violation of which must be sanctioned, best immediately by the higher appellate courts reviewing the case. But even more, as the constitution is binding on the administration, too, the courts of ordinary jurisdiction must be able to examine whether administrative acts violate constitutional rights and freedoms in order to enforce these rights.

One of the most effective instruments of constitutional jurisdiction is the procedure of concrete (or collateral) norm control. It by necessity presupposes that a court of ordinary jurisdiction has the power to interpret the constitution, to affirm the question of the compatibility of a norm with the constitution, or to deny it; under this instrument it is only the power to declare an act of legislation violating the Constitution that is monopolized with the Constitutional Court.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

3. Sources

“The legal basis of the activity of each constitutional court is usually formed by three kinds of legal regulations having different positions in the hierarchy of norms of the domestic legal order of the state. They play different roles in the process of the complete and coherent legal regulation of the constitutional body.

On the “top” of this triad is usually the constitution establishing the jurisdiction of the court, the parties entitled to appeal as well as the constitutional principles on which the activity of the constitutional court is to be based. Laws on constitutional courts usually transform these constitutional principles into more concrete norms. Finally, the rules of procedure constitute the next and last level of this triad. They fill in practical details of the everyday judicial activity. The Rules of Procedure should be drafted by the constitutional court itself.”

CDL-AD(2004)023 Opinion on the Rules of Procedure of the Constitutional Court of Azerbaijan, paras. 5-6.

“By enacting rules of procedure, constitutional courts should enjoy a certain autonomy with regard to their own procedures within the limits of the constitution and the law on the Constitutional Court and have a possibility to modify them in the light of experience without the intervention of the legislator..”

CDL-AD(2004)023 Opinion on the Rules of Procedure of the constitutional court of Azerbaijan adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18-19 June 2004), para. 9.

“.., the Constitution should expressly provide for the adoption of a normative act on the internal organisation and functioning of the Court, while establishing a distinction between issues to be regulated by law and issues reserved to the regulations of the Court.”

CDL-AD(2005)015 Opinion on the amendments to the Constitution of Ukraine

4. Composition of the court

4.1 Balanced composition as a requirement for legitimacy

“Society is necessarily pluralist - a field for the expression of various trends, be they philosophical, ethical, social, political, religious or legal. Constitutional justice must, by its composition, guarantee independence with regard to different interest groups and contribute towards the establishment of a body of jurisprudence which is mindful of this pluralism. The legitimacy of a constitutional jurisdiction and society’s acceptance of its decisions may depend very heavily on the extent of the court’s consideration of the different social values at stake, even though such values are generally superseded in favour of common values. To this end, a balance which ensures respect for different sensibilities must be entrenched in the rules of composition of these jurisdictions.

Constitutional jurisdictions may, by some of their decisions, appear to curb the actions of a particular authority within a State. The Constitution will often confer to the constitutional court the power to deliver its opinion on issues concerning the separation of powers or the relationships between the organs of the State. Even though constitutional courts largely ensure the regulation of these relationships, it may well be appropriate to ensure in their composition a balanced consideration of each of these authorities or organs.

The pursuit of these balances is limited by the indispensable maintenance of the independence and impartiality of constitutional court judges. Collegiality, i.e. the fact that the members adjudicate as a group, whether or not they deliver separate opinions, constitutes a fundamental safeguard in this respect. Even though the rules on the composition of constitutional courts may reflect the coexistence of different currents within a given nation, the guarantees of independence and the high sense of responsibility attaching to the important function of constitutional judge effectively ensure that constitutional judges will act in such a way as to dismiss all grounds of suspicion that they may in fact represent particular interests or not act impartially.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 10.

“From the outset, it should be underlined that the introduction of ethnic, linguistic or other criteria for the composition of constitutional courts is fundamentally different from the inclusion of such elements in the process of decision making. By likening the composition of the court to the composition of society, such criteria for a pluralistic composition can be an important factor in attributing the court with the necessary legitimacy for striking down legislation adopted by parliament as the representative of the sovereign people

While the composition of a constitutional court may and should reflect inter alia ethnic, geographic or linguistic aspects of the composition of society, once appointed, each judge is member of the court as a collegiate body with an equal vote, acting independently in a personal capacity and not as a representative of a particular group. ...”

CDL-AD(2005)039 Opinion on proposed voting rules for the constitutional court of Bosnia and Herzegovina

4.1.1 Fair representation of ethnic minorities

“Another general issue of importance is the protection of minorities by the Constitutional Court. The Constitutional Law of the Republic of Croatia of 4 December 1991 on human rights and fundamental freedoms and on national or ethnic minorities establishes that minorities that represent more than 8 % of the population must be represented in high jurisdictions. The latter should include, in principle, the Constitutional Court. This provision is not reflected in the Law on the Constitutional Court.”

CDL-INF(2001)002 Opinion on the Constitutional Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia

4.1.2 Training

“The qualities required of a constitutional judge reflect in most cases the necessity of legal qualifications in order to ensure a competent court composition. On the other hand, an excessive legal specialisation could undermine the diversity of the composition of some constitutional jurisdictions. Nevertheless, a distinction should be made between the desire for a certain diversity and the creation of quotas in order to allow certain professions or minority groups to be represented on the court. The search for a balanced representation in order to redress inequality or discrimination may usually be formal in federal or multilingual societies, since these are particularly conscious of the issue of their different constituent groups’ equal representation and access to the law.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 2.3.

“The draft amended Article 5.5 would require 12 years of practice as a judge or a prosecutor for candidates as judges of the Constitutional Court. The intention of this provision is probably to increase the level of qualification of constitutional court judges and their impartiality.

However, as a consequence, probably only career judges or prosecutors would be able to become constitutional court judges. Again, this would go contrary to the logic of a specialised constitutional court, the composition of which is different from that of the ordinary judiciary.”

CDL-AD(2006)006 Opinion on the Two Draft Laws amending Law NO. 47/1992 on the organisation and functioning of the constitutional court of Romania, para. 16-17.

“The great proportion of Constitutional Court members recruited from the judiciary can serve well the independence of the Court. Nevertheless, this proportion is unusually high compared to other European constitutional courts. This might influence the interpretative methods used by the court as constitutional and statutory interpretation may differ in some aspects. It

would be advisable to increase the representation of law professors“.

CDL-AD(2004)024 Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey, paras. 18-19

4.1.3 Age

“The minimum age requirement is used by several countries in order to guarantee professional and life experiences. The proposal elevates the minimum age requirement from forty to fifty years. This is by our knowledge the highest minimum age requirement in Europe, and it might be considered exaggerated. The amended Article 147 will increase the retirement age up to sixty-seven. If the aim is really to maximize the profit from the knowledge and experience gained during the membership of the Constitutional Court, the retirement age could be increased even more, for example to the quite common seventy years. With a view to the relatively long term of office (12 years), the relatively low maximum age requirement (67 years according to the proposal), and the high minimum age requirement (fifty years), the circle of the possible candidates could be unreasonably restricted.”

CDL-AD(2004)024 Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey, para. 25.

4.2 Incompatibilities

“The rules of incompatibility should be rather strict in order to withdraw the judge from any influence which might be exerted via his/her out-of-court activities;.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 10.

“..., in a pluralistic society, based on individual constitutional (human) rights such as the freedom of speech, of conscience and of association including the right to found and become a member of a political party, it appears only appropriate to let

every person enjoy these fundamental liberties and therefore not to exclude the constitutional judges. Nonetheless, this does not mean that a certain degree of self-restraint in making use of these rights cannot or should not be demanded of a judge in order to secure his impartiality and the respect of the people in him and in his office.

- Membership in other supreme organs of the state should be incompatible with the status of a judge to avoid conflicts of interest.
- Judges shall not be allowed to exercise any other professions during their terms of office (teaching at a university might not be considered to be such an incompatible profession). This will allow them to concentrate their energy on their judicial tasks and make them more independent of personal professional or economic ambitions.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“Constitutional judges are usually not allowed to hold another office concurrently. This general rule serves the purpose of protecting judges from influences potentially arising from their participation in activities in addition to those of the court. At times an incompatibility between the office of constitutional judge and another activity may not be apparent, even to the judge in question. Such conflicts of interests can be prevented from the outset by way of strict incompatibility provisions.

One criticism of strict incompatibility requirements was that they tend to produce a court composition of retiring members of society”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997)

“Judges shall not be allowed to exercise any other professions during their terms of office (teaching at a university might not be considered to be such an incompatible profession). This

will allow them to concentrate their energy on their judicial tasks and make them more independent of personal professional or economic ambitions.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

4.3 Methods of appointment/election

“The shift from the system of exclusive direct appointment by the President to the mixed system providing elective or appointment powers to the three main branches of power has more democratic legitimacy while it is based on the successful experiences of the previous system.”

CDL-AD(2004)024 Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey, paras. 18-19.

“The elective system appears to be aimed at ensuring a more democratic representation. However, this system is reliant on a political agreement, which may endanger the stability of the institution if the system does not provide safeguards in case of a vacant position.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 1.3.

4.3.1 Qualified majority for election

«Wide powers of the Constitutional Court require strong democratic legitimisation which is guaranteed by electing the members of the court by the Riigikogu. The two-thirds majority vote requirement and periodic rotation of the members of the court prevent the polarisation of the Court according to political parties. Upon appointing a member of the Court to office, The President of the Republic shall exercise constitutional supervision; for practical reasons the President cannot refuse to appoint a member to office. The fact that the members of the Court are appointed to office by the President emphasises their impartiality and independence. A fixed term of office and peri-

odic change of membership avoid the «petrification» of the court and secure continued renewal of legitimisation. The prohibition of re-election strengthens the independence of the members of the Court.»

CDL(1998)065 Amendments to the Constitution of the Republic of Estonia concerning the system of Constitutional Jurisdiction proposed by the Expert Committee on the Analysis of the Constitution

“The changing of the composition of a Constitutional Court and the procedure for appointing judges to the Constitutional Court are among the most important and sensitive questions of constitutional adjudication and for the preservation of a credible system of the rule of constitutional law. It is necessary to ensure both the independence of the judges of the Constitutional Court and to involve different state organs and political forces into the appointment process so that the judges are seen as being more than the instrument of one or the other political force. This is the reason why, for example, the German Law on the Constitutional Court (the *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) provides for a procedure of electing the judges by a two-third majority in Parliament. This requirement is designed to ensure the agreement of the opposition party to any candidate for the position of a judge at the Constitutional Court. The German experience with this rule is very satisfactory. Much of the general respect which the German Constitutional Court enjoys is due to the broad-based appointment procedure for judges.

It would be advisable if the draft would provide for the inclusion of a broad political spectrum in the nominating procedure. So far, neither the Constitution nor the Law on the Constitutional Court provide for a qualified majority for the appointment of the two judges elected by Parliament.”

CDL-AD(2004)043 Opinion on the Proposal to Amend the Constitution of the Republic of Moldova (introduction of the individual complaint to the constitutional court) adopted by the Venice Commission at its 61st Plenary Session (Venice, 3-4 December 2004), paras. 18-19.

4.4 Term of office

4.4.1 Life tenure

“Life tenure or fixed period of office ? As life tenure (like in the US Supreme Court) bears the danger of the Constitutional Court’s over aging, the judges should be appointed for a fixed number of years. If re-election will be excluded (in order to strengthen independence) the term should not be too short, because this might affect the continuity of the Court’s jurisprudence which is of great importance..”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“As to the term of office of the judges, the draft law foresees two variants. Under the first variant judges shall be appointed for the period of 15 years and may not be re-appointed. Under the second, they shall be irremovable during their term of office and automatically retire at the age of 75. Although both variants are acceptable in terms of ensuring the independence of the judges, I personally prefer the first since it allows for a circulation of the membership and infusion of new blood into the court.”

CDL(1996)078 Comments on the draft law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan (E. Özbudun, M. Russell & Lesage)

4.4.2 The judges’ term of office and that of parliament:

“A ruling party should not be in a position to have all judges appointed to its liking. Hence, terms of office of constitutional judges should not coincide with parliamentary terms. One way of accomplishing this can be by long terms of office or office until the age of retirement. In the former case, reappointment would be possible either only once or indeed not at all.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997)

4.4.3 Re-election of judges:

«The option of re-election may undermine the independence of a judge. Nevertheless, the possibility of only one further appointment following a long term also appears favourable in order to allow for the continuing service of excellent judges..»

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 4.4.

4.4.4 Rotation of judges

“If a Constitutional Court shall be established for the first time, for the same reason the tenure of the first “set” of judges should not be equal in length; the first judges should rather be divided into several groups, one group serving the full term, another f.i. two thirds, and the last one third of the term in order to have the court partially renewed after certain periods successively.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“All judges of the Constitutional Court of Georgia are appointed on the same term of office. One of the main tasks of the constitution is to guarantee the continuity of state power exercised by various kinds of organs. The system of complying with this task (as regards the continuity of the Constitutional Court) is lacking in Chapter 6 of the Draft. It would be appropriate to fix time limit (for example 3, 6 months) before the expiration of nine year term of office of constitutional judges to appoint new members of the Constitutional Court. The judges appointed by such a manner will start activity immediately after the expiration of nine year term of office of former judges.”

CDL(1995)008 Comments on the draft Constitution of the Republic of Georgia

4.4.5 Continuity of the membership

“Where no appointment has been made, default mechanisms should be put in place in the interest of the court’s institutional stability. It is true that not every possible failure requires a special remedial provision and that it may normally be resolved by a constitutional system capable of assimilating conflicts of power. Nevertheless, default mechanisms already exist in certain elective (Germany, Portugal, Spain) or semi-elective (Bulgaria) appointment systems, in which the importance of the stability of the court is such that a possible political failure to appoint a constitutional judge would be prevented from affecting this stability. This contingency should be seen as an exception, so as to prevent it from becoming an institution.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 4.4.

“Rules on appointment should foresee the possibility of inaction by the nominating authority and provide for an extension of the term of office of a judge until the appointment of his/her successor. In case of prolonged inaction by this authority, the quorum required to take decisions could be lowered.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 10.

“Another issue of great importance, ..., is the procedure of election of a new judge by the Parliament. There should be either a procedure allowing the incumbent judge to pursue his/her work until the formal nomination of his/her successor or a provision specifying that a procedure of nomination of a new judge could start some time before the expiration of the mandate of the incumbent one.”

CDL-INF(2001)002 Opinion on the Constitutional Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia

4.5 Termination / suspension of office

4.5.1 Impeachment of a judge

“While sentence 2 of art.89 sec.6 Draft provides that impeachment of a member of the Constitutional Court shall be the only way to release him/her from this judicial function, the Draft is silent on who is to decide on an impeachment, who is capable to initiate an impeachment procedure, and on the substantive criteria for impeachment of a member of the Constitutional Court.

It would appear to be appropriate to let this question to be regulated by the organic law provided for in art. 93 Draft but include in the Constitution.

Only the Constitutional Court itself (deliberating of course without the participation of the member impeached) should decide upon an application of an impeachment. The procedure envisaged by Draft for initiating of and deciding upon an impeachment of the President of a Republic in arts. 62, 77 sec. 2 Draft to apply to members of the Constitutional Court would be highly inadequate, because it cannot be excluded that political motives will prevail with such kind of procedure.

Nor should it be provided to have the Board of Justice (arts. 103 et seq. Draft) deciding on the charge.

The capacity to initiate impeachment procedure against a member of the Constitutional Court should be detached as far as possible from state organs involved in day-to-day political business, such as parliamentary bodies or the Cabinet of Ministers. It might be considered to accord the right to initiate an impeachment procedure to the President of the Republic, either exclusively or in consensus with the chairmen of both chambers of parliament.

A decision by the Constitutional Court to discharge the member charged, should require a sufficiently high quorum of members deliberating and a majority of at least five votes.

In connection with this problem it might also be considered to confer upon the Constitutional Court the exclusive jurisdiction to decide on application for discharging judges under art. 100 sec. 3 Draft.”

CDL(1995)008 Comments on the draft Constitution of the Republic of Georgia

“The Commission is aware that the specific grounds for dismissing the constitutional judges are listed in Article 126 of the Constitution. In this respect, it would strongly recommend introducing a specific requirement in Article 149 that a preliminary decision on this matter be entrusted to the Constitutional Court itself. Such a provision would strongly contribute to guaranteeing the independence of the judges.”

CDL-AD(2005)015 Opinion on the amendments to the Constitution of Ukraine

4.6 Immunities

4.6.1 Purpose

“Rules on immunity serve the main purpose of protecting the judge against pressure exerted through unfounded accusations raised in order to influence his or her judgment. On the other hand the judge is required to observe a very high standard of professional but also private behaviour.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

4.6.2 Functional immunity

“The rapporteurs pointed out that there should be a functional immunity for acts performed in exercising as a judge and not a full immunity. Therefore, Paragraphs 1 and 3 of Article 14 should be merged. Furthermore, there should be a clause on the suspension of a judge when he/she is accused. Which majority would be applied? Was the judge allowed to take part in the vote?

[...] the Court should be obliged to give reasons when it does not lift the immunity.”

CDL(1999)077 Meeting between the Constitutional Court of Albania and Messrs Bartole and Lopez Guerra on the draft Law on the Organisation and Functioning of the Constitutional Court of the Republic of Albania

4.7 Disciplinary measures

“Disciplinary rules for judges and rules for their dismissal should involve a binding vote by the court itself. Any rules for dismissal of judges and the president of the court should be very restrictive.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 10.

4.8 President of the Court

4.8.1 Court's power to elect its President

“With regards to the method of choosing the President of the court, four variants were foreseen. My own preference is for variant 4, under which the president and the vice-president are elected by the members of the court. This is the option most suitable to preserving the independence and the prestige of the court.”

CDL(1996)078 Comments on the draft law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan (E. Özbudun, M. Russell & Lesage)

4.8.2 Powers of the President

“According to Articles 17 and 36, the distribution of cases between the two chambers is a prerogative of the Chairman. The Commission suggests, however, a provision on this issue which relates to objective criteria. This issue could be regulated in the rules of procedure.”

CDL-AD(2002)005 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

4.9 Internal structure of the court – chambers

“However, we can see the dangers of splitting the Court into two chambers. The possible problems are: development of diverging interpretations and lines of jurisprudence, the distribution of the docket between the chambers, and the resolution of conflict of competences between the two benches. It was thought by the drafters that the possible inconsistencies between the case-law of the chambers can be settled by the plenary session of the Court. The detailed procedural rules should pay attention to the just distribution of files. The supervising role of the plenum can similarly resolve the conflict between the chambers on the question which bench is competent in the concrete case.”

CDL-AD(2004)024 Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey, para. 13.

4.10 Financial independence of the constitutional court

“It might be considered to provide in the Constitution for an own budget of the Constitutional Court, to be administered by the Court itself (and not by any executive department); Art. 105 sec. 2 Draft might be modified by such provision and provide an own competence of the Constitutional Court directly submit an annual budget proposal to the Parliament of Georgia. Budgetary curtails might be improperly used by the executive to influence or to react on the Constitutional Court’s jurisprudence.”

CDL(1995)008 Comments on the draft Constitution of the Republic of Georgia

“There should be as little influence on the court as possible by the parliament’s budgetary power and even less by the Executive, such as by the Minister of Justice or Finance. Therefore, the Constitutional Court itself should set up its budget plan, with the parliament formally deciding on it but under a

general duty to comply with the Court’s estimate of expenditure. It is very important in practice that the Court may itself administer its budget, independent of any interventions by the Executive.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

4.11 Relations of the constitutional court with the media

“In accordance with Article 20 of the draft law, the mass media shall not have the right to interfere in the Constitutional Court’s activities nor directly or indirectly exert influence on the judges of the Court. Persons committing such acts bear legal responsibility in the established legal order. The Commission does not overlook the fact that sometimes a virulent press campaign may exercise some influence on the judiciary. It also recognises that the provision of Article 20 aims at safeguarding the judiciary from such interferences. However, a very cautious approach is required in order to obtain a fair balance between the interests some administration of justice and those of freedom of expression guaranteed under Articles 47 and 50 of the Constitution of Azerbaijan. The case-law of the European Court of Human Rights in this field could provide guidelines on this issue.”

CDL-INF(1996)010 Opinion on the draft law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

5. The right to appeal to the court

5.1 Appeal by a public body

5.1.1 Supreme organs

“The right to initiate a proceedings might be accorded to ... a supreme organ or entity (to be defined) of the state, such as the Head of State, the central government, a legislative body (such as a second chamber, house, or federal council

claiming that its powers to participate in the legislation at stake have been violated by the other legislative body to the effect that the enacted law at issue is unconstitutional), to a certain number of members of parliamentary bodies, the Prime Minister, the General Attorney, the Ombudsman, to a federal/regional entity ... “

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“[L]imiting the initiation of norm control proceedings to an organ of the public power would presumably confer upon it some kind of discretion whereby the individual constitutional right might be weakened.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

5.1.2 Parliamentary minorities

“Of particular importance is whether a minority of members of parliamentary assemblies may have the right (legal capacity) to initiate a proceedings (like in Portugal - one tenth of the members of the Assembly of the Republic; in Turkey, art. 150 Const.; art. 162 sec. 1 lit. a Span. Const.; Austria - one third of the members of the National Council; Fed. Rep. of Germany - one third of the members of the Federal Diet) because this means that, as a rule, the parliamentary opposition, too, has access to the Const. Court for norm control proceedings.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“It is not provided in the Constitution that a minority in the Parliament can refer a case to the Constitutional Court. Article 130.III of the Constitution provides that a case can be referred to the Court by the Parliament as a whole, i.e. by a decision taken by the majority of its members. However, the Constitutional Court can play an important role in the establish-

ment of the rule of law and the reinforcement of law through the protection of the rights of a minoritarian group in the Parliament. When the case is brought before the Constitutional Court by a group of members of Parliament, the Court’s decision may result in avoiding political conflict on the passing of a bill (see, for example, the Constitutional revision of 1974 in France which granted to groups of 60 members of the Parliament or 60 members of the Sīnat the right to refer a case to the Conseil constitutionnel; see also the Constitution of the Russian Federation of 12 December 1993 which gives to groups representing one fifth of the members of the Federation Council or one fifth of the members of the State Duma the right to refer a case to the Constitutional Court)..”

CDL-INF(1996)010 Opinion on the draft law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

“According to Article 44.1.b-c the notification (appeal) to the Constitutional Court may be submitted by rparliamentary fraction and parliamentary group comprising at least 5 deputies” and according to letter j by the rcitizens of the republic of Moldova”. The question who may be standing to challenge normative acts before constitutional court is sensitive since it concerns the mutual relationship of constitutional court and legislator. Continental legal orders usually restrict this possibility to the relevant central state bodies or significant percentage thereof (a parliamentary minority opposition should have access to the Constitutional Court). The purpose of this limitation is to restrict the procedure before the Court only for serious cases in which supremacy of the constitution is actually at stake. Taking into consideration the number of the deputies of the Parliament of Moldova (According to Article 60.2 of the Constitution the Parliament consists of 101 members) the number 5 deputies seems too low. Such a low threshold can lead to an overburdening of the Constitutional Court.”

CDL-AD(2002)016 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court and Corresponding Amendments of the Constitution of the Republic of Moldova

5.1.3 Regions and other subdivisions of the central state

“The right to initiate repressive norm control may also rest with subdivisions of the central State, like federal states, cantons, autonomous regions (e.g., Belgian) communities, provinces, etc.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

5.1.4 Ombudsman

“Particularly welcomed are provisions on the ombudsperson’s mandate to the promotion, in addition to the protection, of human rights and fundamental freedoms, the ombudsperson’s right to appeal to the Constitutional Court, his or her right of unhindered access in private to persons deprived of their liberty and the ombudsperson’s budgetary independence.”

CDL-AD(2004)041 Joint Opinion on the Draft Law on the ombudsman of Serbia by the Venice Commission, the Commissioner for Human Rights and the Directorate General of Human Rights of the Council of Europe.

“Provision is made in paragraph 1 for the possibility for the Defender (after modification of the Constitution on this point: see Article 27) to apply to the Constitutional Court in respect of violations of human rights and freedoms. This new prerogative of the Defender is in line with the recommendation of the Commission and the European standards.”

CDL-AD(2003)006 Opinion on the Draft Law on the Human Rights defender of Armenia.

5.1.5 Courts

“According to art. 90 para 1. letter e private persons have the right to bring constitutional complaint before the Constitutional Court in case human rights were violated. Private persons have, however, no right to ask for constitutionality of normative acts

before the Constitutional Court. Art. 90 para 1. provides, for the same kind of persons and when they are in the position of “the sides of legal action before ordinary court” , the right to propose to the Court to stop legal procedure and to ask the Constitutional Court about the constitutionality of normative acts serving as a legal basis of its judgement. It would be convenient to confine the right to ask for constitutionality to the court itself, by its own independent decision without any proposal from disputing parties.”

CDL(1995)008 Comments on the draft Constitution of the Republic of Georgia

“The question was raised whether it would be more appropriate for a court of general jurisdiction to be able to request a preliminary decision from the Constitutional Court only when it is convinced of the unconstitutionality of a norm which it has to apply in a concrete case and has to hand down a corresponding decision or whether serious doubts by this court should be sufficient. In this respect it was pointed out that ordinary judges are sometimes reluctant to come to the conclusion that a general norm is unconstitutional. Allowing them to address the Constitutional Court already upon doubts, even if serious, would allow them to come forward with applications more easily. On the other hand, the quality of the request will be better if the ordinary court has come to the conclusion of unconstitutionality and is obliged to provide its motivation for this decision.”

CDL(2000)020 Draft amendments to the Law on the Constitutional Court of Latvia Results of the Seminar - Secretariat memorandum

“[...] The question was also raised whether the draft law allows citizens who feel that their constitutional rights are violated by legal acts to bring their case, be it indirectly, before the Constitutional Court (individual applications, *in concreto* control of the constitutionality of norms).

In order to decide whether it is advisable to introduce at this stage this way of referral of cases to the Constitutional Court, it would first be desirable to evaluate the risk of a very large num-

ber of applications being brought before the Court. A solution which seems to be permitted under the Constitution and under the draft text consists in authorising the Supreme Court (and also any other jurisdiction through the Supreme Court) to submit to the Constitutional Court any objection of unconstitutionality raised before it. This will allow the Constitutional Court to control not only in *abstracto* the constitutionality of norms (a control which is already foreseen in the Constitution), but also *in concreto* within the framework of incidental control procedures. In other words, in a given case, every tribunal of the Republic of Azerbaijan before which the constitutionality of a legal act is challenged would stay the proceedings until the Constitutional Court has given its decision on this issue.”

CDL-INF(1996)010 Opinion on the draft law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

“[f]orcing ordinary courts to take a definite position on the unconstitutionality rather than to let suffice a serious doubt might set the threshold too high and could result on a very low number of findings of unconstitutionality by ordinary courts.”

CDL-INF(2001)28 Interim Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

5.2 Claims brought by individuals

“The right to initiate norm control might moreover be accorded to private persons and entities by entering a complaint of unconstitutionality against laws (and other norms) with the Const. Court on the assertion that a norm violates their constitutionally guaranteed rights or liberties (e.g., arts. 161 sec. 1 lit. b, 162 sec. 1 lit. b, 53 sec. 2 Span. Const.; arts. 140 sec. 1 sentence 4 Austrian Const.; art. 93 sec. 1 no. 4a German Basic Law). As laws may infringe upon the rights of individuals - whether only enabling an infringement by the administration or by their self-executing character - the individual should be granted this legal remedy, which can well be conceived as a special form of constitutional complaint.

In order to exclude an *actio quivis ex populo* it is usually required for admissibility that the complainant is directly and presently affected in his (or her) fundamental rights or liberties provided in the constitution (see also below C.; an *actio popularis* is admissible in Hungary: see paragraph 21 secs. 2 and 4 of Act No. XXXII of 1989 on the Constitutional Court).”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“Individual constitutional rights to be effective require some means of enforcement. This may be achieved by entrusting the civil and criminal courts and the administrative tribunals with the protection of these rights; and in some countries, e.g. in France, the Conseil d’Etat, the administrative courts have a long and excellent record of protecting the *libertés publiques*. Vesting a special constitutional court with the power to deal with constitutional complaints of the violation of individual constitutional rights might intensify the protection of these rights and emphasize their constitutional rank. As a result, constitutional jurisdiction in matters of individual rights, if effective, will contribute to strengthening the respect of fundamental rights and liberties of the individual as a person, its dignity and freedom..”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“As far as their right to challenge the constitutionality of a law does not exclude other possible applicants, this institution may effect the speedy control of norms. It seems preferable to leave the decision whether or not to challenge laws on the allegation of the violation of individual constitutional rights to the individual affected by the law, because he (she) will be the one who will best feel the impact of the law. Limiting the initiation of norm control proceedings to an organ of the public power would presumably confer upon it some kind of discretion whereby the individual constitutional right might be weakened.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“Some constitutional courts having implemented the review of constitutional complaints faced the problem of interference with ordinary courts. The possibility to review the decisions of ordinary courts may create tensions, and even conflict between the ordinary courts and the Constitutional Court. Therefore it seems necessary to avoid a solution that would envisage the Constitutional Court as a “super-Supreme Court”. Its relation to “ordinary” high courts (Court of Cassation) has to be determined in clear terms.”

CDL-AD(2004)024 Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey, para. 44.

“The effectiveness of a constitutional court also requires there to be a sufficient number of judges, that the procedure not be overly complex and that the court have the right to reject individual complaints which do not raise a serious issue of constitutional law.”

CDL-STD(1997)020 The composition of constitutional courts - Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997), section 10.

5.2.1 Individual complaint as a subsidiary remedy

“In case the Constitutional Court is established, this amendment provides for the possibility of fundamental rights action or individual constitutional complaint. The right of petition given to everyone and a court specialised in the protection of fundamental rights ensure better protection of fundamental rights than the present system. In order to avoid overloading the Constitutional Court it has been prescribed that the fundamental rights action shall be a subsidiary remedy. Similarly to the European Court of Human Rights, recourse to the Constitutional Court requires that other remedies be exhausted. The Court’s right not to apply unconstitutional legislation is dealt with in the amendment to § 152 (see also § 150 and 152)”

CDL(1998)065 Amendments to the Constitution of the Republic of Estonia concerning the system of Constitutional Jurisdiction proposed by the Expert Committee on the Analysis of the Constitution

5.2.2 “Full” individual complaint

“To be distinguished from this principal kind of complaint (directed against the norm as such) are those kinds of complaints which are directed against executive decisions or decisions of courts on the assertion that these decisions are based on an unconstitutional norm or illegal regulation (e.g. art. 280 Port. Const., art. 144 Austrian Const.).”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

5.2.3 Overburdening of the court / filters

“Particular attention should be paid in order to avoid that the Court being overburdened with work it would have difficulty in assuming. Such a risk exists when, as in the present case, the Constitutional Court not only deals with issues of constitutionality but is also required to ensure respect for the entire hierarchy of norms in Azerbaijan’s legal system, a task which, in the European continental legal system, is more often attributed to administrative tribunals.”

CDL-INF(1996)010 Opinion on the draft law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

“..., a procedure of constitutional complaint of private persons should not be a regular, merely additional remedy lest the Constitutional Court might well be overburdened by the number of cases it will have to deal with. Therefore, the rules governing the admissibility of constitutional complaints of private persons should be diligently conceived.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“Since the constitutional complaint procedure can be initiated by individuals, it is possible that the Court will have to deal with a large number of such complaints. According to Article 37 of the draft, which applies to all types of procedures, the Court can refuse to accept manifestly ill-founded cases. This provision might serve as a filter in order to avoid an excessive case-load.”

CDL-AD(2002)005 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

“In case the Constitutional Court is established, this amendment provides for the possibility of fundamental rights action or individual constitutional complaint. The right of petition given to everyone and a court specialised in the protection of fundamental rights ensure better protection of fundamental rights than the present system. In order to avoid overloading the Constitutional Court it has been prescribed that the fundamental rights action shall be a subsidiary remedy. Similarly to the European Court of Human Rights, recourse to the Constitutional Court requires that other remedies be exhausted. The Court’s right not to apply unconstitutional legislation is dealt with in the amendment to § 152.”

CDL(1998)065 Amendments to the Constitution of the Republic of Estonia concerning the system of Constitutional Jurisdiction proposed by the Expert Committee on the Analysis of the Constitution

“The rapporteurs insisted that the necessary exhaustion of remedies before a constitutional complaint should refer only to ordinary remedies. The use of extraordinary remedies should not prevent the individual to appeal to the Constitutional Court. The members of the Court agreed.”

CDL(2000)020 Draft amendments to the Law on the Constitutional Court of Latvia Results of the Seminar - Secretariat memorandum

“[I]t might be advisable, on the other hand, to grant the Constitutional Court a discretionary power to decide on a complaint before the exhaustion of other judicial remedies if the

subject-matter of the complaint is of general importance or if recourse to other courts would entail a serious and unavoidable detriment to the complainant.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“Article 33 settles three issues which were raised in the interim opinion:

- the Constitutional Court can accept complaints even without the exhaustion of other remedies if these remedies cannot prevent irreparable damage to the complainant;
- ...

CDL-AD(2002)005 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

5.2.4 Relations with ordinary courts

“A constitutional complaint will be successful if the Court finds that an individual constitutional right of the complainant has been violated. A Constitutional Court should, nevertheless, not be conceived to perform as an additional ultimate appellate tribunal; its scope of review should be restricted to scrutinizing the challenged act as to the violation of constitutional rights and not as to its lawfulness in general. (This requirement may lead to difficulties in discerning violations of constitutional rights from other aspects of illegality, especially if the right to the free development of one’s personality is understood to protect against any unconstitutional infringement, and every act inconsistent with the sub-constitutional legal order is regarded as unconstitutional.)

Furthermore, as the constitutional complaint stands in the context of the realization of individual rights the objective unconstitutionality of a challenged act (for constitutional reasons other than those affecting the complainant’s individual constitutional rights) should not suffice to have the court decide in favour of the complainant.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

6. Jurisdiction

6.1 Scope

“ ... certain matters should be reserved to the jurisdiction of the Constitutional Court simultaneously withdrawing them from the ordinary courts' scope of jurisdiction. Among these can be counted:

- jurisdiction on controversies between the supreme organs of the state concerning their respective powers;
- jurisdiction on controversies between the federal power and the constituent states of a federation or between the central state and autonomous regions or provinces over their respective competences, rights or duties;
- constitutional control of acts of legislation.
- constitutional control of admissibility of referendum;
- control of the constitutionality of the formation of supreme organs of the state by control of elections;
- the protection of the constitution by impeachment of the bearers of high offices, decisions on the unconstitutionality of political parties and on the forfeiture of individual rights.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

6.2 Preventive and repressive norm control

“Preventive control

- 1) a. The advantages of a system of preventive norm control would appear to consist (*exist*)
- if combined with the requirement for the Const. Court to decide within a specified short time limit in an early clarification of the constitutional issue, thereby of fortifying reliability and security of the sub-constitutional legal order

(*Rechtssicherheit*) while repressive (ex-post) norm control quite often leaves the constitutional question pending for years;

- of avoiding the difficulties arising if an enacted law, administered and enforced over years, is declared unconstitutional, even more so if this declaration should have effects *ex tunc*, (these specific difficulties of repressive norm control, however, being solvable);
 - of possibly saving the prestige of the legislator somewhat more than in a system of *ex-post* norm control if the Const. Court arrives at a finding of unconstitutionality;
 - of enabling a final and authoritative judgment on the constitutionality of a law consenting to an international treaty before the treaty is ratified with its provisions thus becoming binding on the international level as well as on controversies over competences, f.i., in a federal system.
- b. The main disadvantages of a system of preventive norm control (as compared to repressive norm control) would appear to be the following:
 - Whoever is or was in a position to review the compatibility of a norm with the constitution will know the frequent and serious difficulties, in particular in respect to economic and social legislation in highly complex societies, to judge a freshly enacted norm, even more so if this judgment has to be rendered within a very short time. Quite frequently the actual and potential consequences of a norm, of the “law in action”, at this early stage cannot possibly be ascertained in a reliable way, lacking the empirical experience from the practice of administration and enforcement of the law at stake. A law constitutional on its face in its practical effects may very well turn out to be unconstitutional when concrete cases and controversies are at stake.
 - While under a system of repressive norm control the procedure of “abstract” norm control might face the same problems of judging a “fresh” law, lacking the experience from its application in practice, there is usually not the pressure of time to decide (quite often on hundreds of articles of a law) within one or a few weeks. Judicial cognition of the constitu-

tionality of laws needs a certain distance to the actual, day-to-day arguments surrounding the political process of legislation. The quality of decisions takes time.

- Social and economic conditions to which the law originally had been addressed in our affluent societies may change so that the law in action with this change may lead to unconstitutional results no longer justifying to find it constitutional. While this problem also arises in a system of (ex-post) repressive norm control (and there can be solved by allowing a renewed proceedings of norm control), in a system of exclusively preventive norm control this problem remains without a judicial solution. (Whether and when the legislature will react cannot be foreseen).
- Preventive control of legislative norms may also impede the legislature in quickly and immediately reacting to acute situations in need of a normative regulation especially if the initiation of proceedings automatically bars the promulgation of the law until the decision of the court. (This effect, however, can be minimized by fixing short deadlines for the initiation of proceedings as well as for the decision of the Const. Court.)

Thus especially practical reasons drawn from judicial experience with norm control generally would appear to speak more in favour of repressive norm control with the exception of the control of laws consenting to international treaties and controversies over competences, f.i., in a federal system.

- c. A solution of the problems listed above might be sought by combining preventive and repressive norm control, f.i., by allowing lower courts which find a law (after its enactment) unconstitutional to refer the issue of unconstitutionality to the Constitutional Court, or by providing for a complaint of unconstitutionality to the Const. Court against court decisions applying a norm which in the opinion of the complainant is unconstitutional, or by proceedings of abstract (*ex-post*) norm control.

However, such combinations might turn out to have serious disadvantages: the effect of legal security (*Rechtssicherheit*)

gained by preventive norm control may be diminished if, should the norm have been found constitutional by the Const. Court, its constitutionality later on can be questioned again. Moreover, it may lead to embarrass the Const. Court if, in such later proceedings, it will find the norm at stake unconstitutional.

A combination might best be feasible in the field of controversies over competences: preventive norm control on these subject-matters brings about an early clarification of the question. After decision of the Const. Court and enactment of the law at issue it should no longer be admissible to question the competence, while other asserted faults might well be subject to repressive norm control. What remains, nevertheless, is the short time limit usually (and, with regard to the impediments on the legislator, reasonably) requested of a procedure of preventive norm control. Questions of competence, in particular in a federal or quasi-federal system may have far-reaching prejudicial effects; to consider them within one or a few weeks might prove inadequate."

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

6.3 *A priori* control for international treaties

"Article 135.1.c of the Draft Constitutional Amendments as well as Articles 115.2 and Article 117 of the draft of the Law on Constitutional Court provide for a priori constitutional review of international treaties (subject to ratification) and consequently international treaty or some its provisions declared non-constitutional may not be ratified or approved and may not enter into force in the Republic of Moldova" (Article 117.2). It should be pointed out that by means of the exception of non constitutionality" and according to Article 115.3 of Draft Law also international treaties entered in force may be subject to the constitutionality control. Declaring such treaty or a part of its non-constitutional shall bring about its denunciation". The ratified (valid) treaties obviously involve relations with other parties and if the Constitutional Court overturns such a treaty this could cre-

ate international complications and result in the responsibility of the state in public international law. Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provides clearly that: "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty". A denunciation of an already valid treaty due to its non-conformity with the Constitution does not represent the optimum approach of the state to the valid norms of international law and values enshrined thereof. The general tendency is to rather harmonize legal orders of states (including constitutions) with their international obligations."

CDL-AD(2002)016 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court and Corresponding Amendments of the Constitution of the Republic of Moldova

6.4 National implementation of decisions of international jurisdictions

"The text could be amended with provisions aimed at implementation of the decisions of international jurisdictions, especially in the field of human rights. The role of the Court in the field of implementation in Croatia of different norms of international instruments on human rights, minorities etc., to which Croatia adhered, could also be clearly stated. The Law could even provide for a specific procedure in this respect."

CDL-INF(2001)002 Opinion on the Constitutional Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia

6.5 Conflicts of competence between state organs

"The Commission noted already in its opinion on the Constitution of Ukraine [...] that several procedures which could play an important role for the consolidation of constitutionalism in Ukraine were not specifically mentioned in the text of the Constitution:

...

- a provision on conflicts of competence between State organs. In its opinion, the Commission noted that the Law on the Constitutional Court seeks to remedy these gaps by using

the procedures mentioned in the Constitution in a way producing effects similar to the missing procedures."

CDL(1997)018rev Opinion on the law on the Constitutional Court of Ukraine, adopted at the 31st plenary meeting of the Commission (S. Bartole & J. Klucka)

7. Procedure

7.1 Challenging of a judge

"... it must be ensured that the Constitutional Court as guarantor of the Constitution remains functioning as a democratic institution. The possibility of excluding judges must not result in the inability of the Court to take a decision. The provisions of the Code of Civil Procedure are certainly appropriate in the context of the general jurisdiction where there are always other judges available to step in for a judge who has withdrawn. This is not the case for the Constitutional Court. If rules for challenging of a judge were deemed necessary in Romania they would have to apply specifically to the Constitutional Court and exclude the possibility *non liquet* applying the fundamental principle of the Constitutional Court as a guarantor of the supremacy of the Constitution."

CDL-AD(2006)006 Opinion on the Two Draft Laws amending Law No. 47/1992 on the organisation and functioning of the Constitutional Court of Romania

7.2 Mandatory legal representation

"The rapporteurs suggested that due to complex legal-technical questions being dealt with before the Constitutional Court, legal representation of parties should always be required. Parties who could not afford representation should be given legal aid."

CDL(1999)077 Meeting between the Constitutional Court of Albania and Messrs Bartole and Lopez Guerra on the draft Law on the

Organisation and Functioning of the Constitutional Court of the Republic of Albania

“With regard to Article 7.3 of the Draft Law according to which the Constitutional Court shall examine exclusively legal issues, it seems appropriate to require obligatory legal representation of parties before Constitutional Court.”

CDL-AD(2002)016 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court and Corresponding Amendments of the Constitution of the Republic of Moldova

7.3 Rights of the parties

“In addition, another serious weakness of the procedure is the absence of any indication on the procedural rights of the private parties to the dispute. The law contains a provision on the introduction of the appeal (Article 42) and that the decision has to be sent to the appellant (Article 70). There is however no indication whether the individual has the right to submit additional briefs to the Constitutional Court and whether he, perhaps assisted or represented by a lawyer, can attend and take part in the session of the Court on his case. It seems indispensable that the individual who has brought a case should also have the right to intervene before the Court. The tendency of the European Court of Human Rights to apply Article 6 of the European Convention also to disputes before a Constitutional Court concerning individuals should be noted. The Court would therefore be well advised to adopt a liberal attitude but, in any case, it seems scarcely acceptable that such an important matter touching individual rights should be left to the internal regulations or the discretion of the Court and not be settled by law.”

CDL(1997)018rev Opinion on the law on the Constitutional Court of Ukraine, adopted at the 31st plenary meeting of the Commission (S. Bartole & J. Klucka)

7.3.1 Right of access to the file

“To enable the participants in constitutional litigation to duly present their causes before the court, whether in an oral hearing or in writing, at least the parties (in the strict sense of the word) and the initiator of non-adversary proceedings should be granted access to all the documents presented to the Court and to the records of the case.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

7.3.2 Oral/written procedure

“The requirement of oral hearings can be justified by several considerations. It allows for the direct involvement of the parties, enables their direct contact with the judges and can accelerate the procedure. Oral hearings are an aspect of transparency, which is a core democratic value. Oral hearings can improve the quality of judicial decision-making because the judges obtain a more immediate impression of the facts, of the parties and of their divergent legal opinions. At the same time, oral hearings serve as a form of democratic control of the judges by public supervision. Oral hearings thereby reinforce the confidence of the citizens that justice is dispensed independently and impartially. They counteract the experience from previous times that the judgments are the results of secret contacts or even instructions. Therefore on the European continent a well-known reform movement emerged already in the early 20th century that aimed to foster the primacy of “orality” in order to create an immediate contact between judges, parties, and witnesses. The desired aim of this reform movement was to make litigation procedures simple, inexpensive, and quick.”

CDL-AD(2004)035 Opinion on the Draft Federal Constitutional Law “on modifications and amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation” adopted by the Venice Commission at its 60th Plenary Session (Venice, 8-9 October 2004)

“Oral hearings should be obligatory in all the proceedings where it is important for the decision to gain a broad spectrum in view of the consequences of the ruling, in particular, in controversies between supreme organs of the States, in federal and quasi-federal controversies, in the procedures of abstract norm control on application by public applicants, in impeachment procedures, (possible) procedures on declaring political parties unconstitutional, and on the forfeiture of fundamental rights; in the other kinds of procedures an oral hearing might be provided facultatively, i.e. if the Court considers it useful to promote the proceedings.”

CDL-STD(1993)002 Models of constitutional jurisdiction - Science and technique of democracy, no. 2 (1993) (H. Steinberger)

“[t]he Court should not depend on the parties in its decision for a written procedure except in cases relating to civil and criminal matters in the sense of Article 6 ECHR.”

CDL-AD(2002)005, Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

7.4 Interlocutory decisions

“...the organic law should provide for a power of the Constitutional Court in all kinds of procedures to render interlocutory decisions in order to temporarily enjoin an act or norm under attack from being enforced and to do [so] not only upon application of the plaintiff but also *proprio motu*, i.e. on the Constitutional Court’s own initiative and discretion.”

CDL(1995)008 Comments on the draft Constitution of the Republic of Georgia

“Article 33 settles three issues which were raised in the interim opinion:

- ...
- the Constitutional Court can take interim measures to safeguard the position of an applicant and
- ...”

CDL-AD(2002)005 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

7.5 Dissenting opinions

“The rapporteurs suggested that dissenting opinions should be made public together with the decisions in the official journal and not only in the official digest of the Court but already, which is published annually. Dissenting opinions had the advantage to force the majority in the Court to give a convincing motivation for their opinion. In this way they even help to legitimise the decision taken by the majority.”

CDL(2000)020 Draft amendments to the Law on the Constitutional Court of Latvia Results of the Seminar - Secretariat memorandum

8. Effects of decisions

8.1.1 Ex tunc vs. ex nunc effects

“Articles 53 – 56 are not clear about the effect of the decisions of the Court. It is not clear when the Court «abrogates», «repeals» or «annuls» unconstitutional norms. Therefore, it is not clear if the effects of its decisions are «*ex tunc*» or «*ex nunc*». A possible solution could be to fix the effects of decisions of the Constitutional Court as «*ex tunc*» and to foresee a possible exception allowing under certain specific circumstances to maintain temporarily the effects of the annulled act»

CDL-INF(2001)002 Opinion on the Constitutional Law on the Constitutional Court of the Republic of Croatia

8.1.2 Obligation for ordinary courts to reopen case

“Article 33 settles three issues which were raised in the interim opinion:

· ...

· the ordinary courts are held to reopen the case which had been decided on the basis of an unconstitutional normative act in accordance with provisions of the Criminal and Civil Procedure Codes (which need to complement the present Law).

The constitutional complaint procedure would require more specific regulation especially as concerns the effects of the decision as to the unconstitutionality of the normative act on the individual act which resulted in the alleged violation of human rights (Article 6 of the Draft Constitutional Law on Human Rights). Is the individual decision annulled or only declared as being based on an unconstitutional general norm and sent back for review to the authority which took the decision (in most cases the Supreme Court)? Article 33 seems to imply the second option. This should be spelled out both in this draft law and in the administrative, civil and criminal procedure codes. This authority should be obliged to review the case on the basis of the abrogation of the normative act on which it had based its decision. The corresponding part of Article 33 could therefore read "... proceedings on the case in the court that adopted the final decision shall resume in accordance with provisions of the Criminal Procedure and Civil Procedure Codes on the basis of the abrogation of the normative act by the Constitutional Court."

CDL-AD(2002)005 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan

8.1.3 Re-opening of case by the Constitutional Court

"Re-opening the case upon the discovery of new circumstances is highly unusual for constitutional courts. Article 96 runs also counter to Article 135.3 of the Amendment of the Constitution, according to which "The Constitutional Court shall perform its activity at the initiative of subjects provided by the Law on the Constitutional Court." Among these subjects, there cannot be the Court itself. If the Court is given the power to

review its own judgements whenever new circumstances appear or there is a changing of the provisions upon which the Court has founded a previous judgement, this can endanger the Court's role in the constitutional system. In addition, several questions need to be clarified: what are the terms of this possibility, what is the relationship of the new judgment of the Constitutional Court with earlier decision, what about *res judicata* objections etc."

CDL-AD(2002)016 Opinion on the Draft Law on the Constitutional Court and Corresponding Amendments of the Constitution of the Republic of Moldova



О. Степанян

старший научный сотрудник Института философии, социологии и права НАН РА, кандидат юридических наук

О конституционной мифологии

Одной из особенностей сознания является его мифологичность. Мифологические черты присущи также правовому сознанию.

При поверхностном взгляде на мифологию может показаться, что мифы присущи лишь мышлению людей древнейших времен и мифотворчество не имеет места в современном мире. Мы живем в третьем тысячелетии, и мало кто верит мифическим существам и историям. Однако при внимательном рассмотрении обнаруживается, что в общественном сознании и в среде определенных социальных групп бытуют ряд фантастических идей и множество мифологических представлений.

Мифологическое мышление присуще современному человеку так же, как и его далеким предкам. Изменились только содержание и формы проявления мифов. Исследователи мифологического мышления отмечают, что определенные аспекты и функции мифологического мышления являются важной составляющей сущности человека¹.

Эти соображения нельзя истолковывать так, что в древние времена человечество имело свои мифы, а современный мир создает собственную мифологию. Это отчасти так. Но необходимо иметь в виду, что древние мифологические образы никогда полностью не исчезали из человеческого мышления, они преобразились и в завуалированном виде

¹ Элиаде М. Аспекты мифа. - М., 2000г. - С.171.

присутствуют и в настоящее время². В частности, в правовой антропологии констатируется факт наличия в современной правовой жизни определенных мифологических сюжетов. По этому поводу известный французский исследователь Н. Рулан пишет: «Сами по себе выборы в нашем демократическом обществе представляют собой нечто большее, чем просто способ назначения на руководящие посты, это ритуал, в ходе которого общество демонстрирует свою сплоченность, подчинение меньшинства большинству, в ходе их проявляется также соотношение личности и времени, фактор обновления. Подобно тому, как в некоторых африканских племенах монарх периодически придается смерти с тем, чтобы общество могло как бы «возродиться», выборы нового президента, в конечном счете, преследуют ту же цель»³.

Таким образом, древние мифы и мифологические образы в измененном виде наличествуют в современном обществе, в частности в правовой жизни, и при внимательном рассмотрении они могут быть эксплицированы. Это явление само по себе представляет теоретический интерес, но в данном случае мы обратим внимание только на современные правовые мифы, в частности на конституционную мифологию.

Для исследования конституционной мифологии необходимо прежде всего раскрыть содержание и особенности мифа и мифологии. Мифология, несомненно, одна из форм мировоззрения, вернее сама есть и мировоззрение, так же, как и философия, религия, мораль. Согласно довольно распространенной точке зрения, мифологическое мировоззрение - такая система взглядов на объективный мир и на место в нем человека, которая основана не на теоретических доводах и рассуждениях, а на художественном переживании мира, либо на общественных иллюзиях, рожденных неадекватным восприятием большими группами людей социальных процессов и своей роли в них⁴.

² Элиаде М. Мифы. Сновидения. Мистерия. - М., 1996. - С. 27.

³ Рулан Н. Юридическая антропология. - М., 2000. - С. 243.

⁴ Философия. Под ред. проф. В.П.Кохановского. - Ростов-на-Дону, 2003. - С.28.

Выдающийся русский философ А.Ф. Лосев различает мифологию и миф.

Если миф – конкретнейшее и реальнейшее явление сущего, без всяких вычетов и оговорок, когда он предстает как живая действительность, то мифология есть логос мифа или осознание мифической действительности⁵.

В другом исследовании, специально посвященном мифологии, изучая миф диалектически-феноменологическим методом, он следующим образом раскрывает содержание мифа: «Миф – такая диалектически необходимая категория сознания и бытия (1), которая дана как вещественно-жизненная реальность (2), субъект-объектного, структурно выделенного (в определенном образе) взаимоотношения (3), где отрешенная от изолированно-абстрактной вещи жизни (4) символически претворена в дорефлексивно-инстинктивный, интуитивно понимаемый умно-энергичный лик(6)»⁶.

Современные исследователи описывают миф как деформированный образ действительности, соответственно, основной функцией мифа считают деформирование образа мира. Известный французский семиолог Р.Барт считает, что миф – это слово, и как таковой, миф представляет собой коммуникативную систему, некоторое сообщение. Из этого следует, что мифом может стать все, что покрывается курсором⁷. Р.Барт миф рассматривает как семиологическую систему. Любая семиологическая система трехчленна. Ее элементами являются означающий и означаемый, которые соединяют разнопорядковые объекты и находятся в отношениях эквивалентности, и итог ассоциации этих двух элементов – знак⁸. С семиологической точки зрения, означающее всегда пусто, в противоположность знаку, который всегда полон, имеет определенный смысл. Это и определяет особенности мифа как семиологической системы. Миф является вторичной семиологической системой, поскольку соз-

⁵ Лосев А.Ф. Философия имени. - М., 1990. - С. 194.

⁶ Лосев А.Ф. Мифология // В кн. Лосев А.Ф. Философия. Мифология. Культура. - М., 1991. - С. 74.

⁷ Барт Р. Мифология. - М., 2000. - С. 233.

⁸ Барт Р. Мифология. - М., 2000. - С. 237.

дается на основе ранее существующей семиологической системы. То, что в первичной системе было знаком, итогом ассоциации понятия и образа, во вторичной системе оказывается всего лишь означающим⁹. Знак вторичной семиологической системы собственно и есть миф. Сила мифа в том, что он, будучи всего лишь семиологической системой, воспринимается как фактическая система.

Необходимо отметить, что семиологическое учение о мифе не противоречит положениям, сформулированным А.Ф. Лосевым. Просто они исследовали одно и то же явление с разных точек зрения, один - с семиологической, другой - с диалектико-феноменологической. Эти представления о мифе и мифологии помогут выявить суть конституционных мифов и раскрыть разные пласты конституционной мифологии.

В частности, в правовом жизненном мире стран постсоветского пространства можно обнаружить несколько мифологических пластов. Во-первых, отголоски древнейших мифов, которые в измененном виде дошли до наших дней, во-вторых, заимствованные, в основном коммунистические и европоцентристские мифы, в-третьих, ситуативные мифы, которые являются результатом официальной мифотворческой деятельности властей, оппозиционных сил и народных масс. Эти мифологические представления проявляются в обыденном правосознании, в Конституциях и в разных нормативно-правовых актах, в программных положениях политических партий и общественных организаций, в деятельности государственных, политических и общественных институтов и граждан.

Отголоски древнейших мифов можно обнаружить на государственных гербах многих современных государств Европы, США, России и других стран. Отголоски древнейших мифов отчетливо проявляются, в частности, на Гербе РА. В центре на щите изображены гора Арарат с Ноевым ковчегом и гербами четырех царств исторической Армении. Щит поддерживают орел и лев. Под щитом изображены меч, ветвь, сноп колосьев, цепь и лента. Герб Армении – типич-

⁹ Барт Р. Мифология. - М., 2000. - С. 239.

ная семиологическая система, знак, значение которого содержит определенный мифологический смысл. Гора Арарат и Ноев ковчег символизируют древнейшие истоки Армении и армянского народа. Мифологический смысл этих символов в том, что Армения – библейская страна, происхождение армян непосредственно связано с патриархом Ноем, который после потопа своим ковчегом, остановившимся на вершине горы Арарат, положил начало новой жизни человечества. Армения, следовательно, – колыбель новой цивилизации. Мысль о древнейших истоках и древнем происхождении народа имеют магический – мифологический смысл, так как в древности ставили знак равенства между древним происхождением и благородством народа. Чем древнее народ, тем благороднее. Герб Армении внушает, что история армян связана с Ноем, а история человечества – с Арменией, в центре которой находится библейская гора Арарат. Герб конституирует некую мистическую связь между армянами и патриархом Ноем, а через Ноя – с самим Богом.

Включение гербов четырех царств исторической Армении в герб внушает мифологическое представление, что Республика Армения – воплощение и возрождение древних армянских царств, следовательно, государственность Армении продолжительна и вечна. Щит поддерживают орел и лев – самые сильные и гордые особи животного мира, и это внушает мысль о мощи и непобедимости армян. Изображенные под щитом меч, ветвь и снопок колосьев символизируют готовность армян бороться и созидать во имя будущего. Что символизируют изображенные под щитом цепь и лента – трудно сказать, но люди с богатым воображением непременно расшифруют и эти знаки.

Теоретический интерес представляют также коммунистические и европоцентристские конституционные мифы. Что касается коммунистических мифов, их остатки сохранились в политических программах некоторых партий и в обыденном правосознании. Так как после падения СССР и сотрудничества социалистических стран коммунистические мифологические представления в достаточной мере демифологизированы, вкратце остановимся на европоцентристских мифах, отраженных в Конституциях и законах многих государств.

Основными мифами европоцентризма являются мифы о том, что Запад – это иудео-христианская цивилизация; Запад – продолжение античной цивилизации; западная цивилизация создала культуру – философию, право, науку, технику и технологию, которая доминирует в мире и предопределяет жизнь человечества; западный человек, прежде всего, – человек экономический, который, преследуя собственные интересы, создал рыночную экономику и счастливо в ней живет; страны «третьего мира» отстали и могут развиваться только по тому же пути, что и Запад, т. е. только через имитацию Запада¹⁰.

Указанные мифологические представления конкретизированы, в частности, в мифологии либерализма и демократии, которые воплощены в Конституциях. Эти мифологические представления возникли в Западной Европе в 18 веке в лоне протестантизма и масонских организаций. Чтобы не быть голословным, отметим, что в 18 веке вся Европа была покрыта широкой сетью масонских организации, членами которых были короли и принцы, представители аристократии и церковные деятели, ученые и люди искусства. Масонами были видные деятели французской революции Марат и Робеспьер, многие жирандисты и якобинцы, отцы – основатели просвещения, энциклопедисты и т.д.¹¹

В либеральной мифологии центральное место занимают мифы о личности и обществе. Согласно этой мифологии, личность есть целостная, автономная единица, которой присущи рассудок, собственные потребности и интересы. Личность – высшая реальность и имеет абсолютную ценность. Абсолютность личности и ее ценность обуславливают абсолютный характер ее достоинства, прав и свобод. Отличительная черта личности – рассудительность, с помощью которой личность рационализирует окружающую среду, может соединить, разделить и квалифицировать явления внешнего и внутреннего миров. Рассудок – последнее и единственное средство, которое делает возможным познание вещи, явления, порядок вещей и оценивать их с точки зрения целей и интересов личности. Когда индивид

¹⁰ Кара-Мурза С. Европоцентризм – эдипов комплекс интеллигенции. – М., 2002. – С. 15.

¹¹ Дугин А. Философия политики. – М., 2004. – С. 276.

появляется на свет, его сознание, по выражению Локка, чистая доска, на которой свои знаки ставит среда и тем самым формирует личность. Посредством рассудка личность взаимодействует с реальностью и определяет путь своей жизни.

Вторая составляющая либеральной мифологии – миф об обществе. Согласно этому мифу, общество есть сумма наделенных рассудком самостоятельных, имеющих достоинство и абсолютную ценность автономных индивидов. Эта суммарная целостность – новая и особая форма организации жизни индивидов, так называемое гражданское общество, где каждый индивид преследует свои эгоистические цели, ищет удовольствия, стремится к благосостоянию и счастью. В таком обществе стремления и цели индивидов не могут быть каким-либо образом ограничены, они должны быть свободны, кроме тех случаев, когда стремления и цели одних сталкиваются с аналогичными целями и стремлениями других. Средством регулирования таких конфликтов является право, которое основано на принципах свободы, формального равенства и справедливости.

Из этих двух мифов происходят другие, частные мифологические идеи. Одной из таких идей является конституционализм, который внушает, что власть формируется гражданским обществом, а государство есть организация, которая служит гражданскому обществу и личности. Конституция обладает высшей юридической силой, отражает волю всего общества и, как правило, принимается посредством референдума. Мифологическими являются и такие идеи, как идея разделения властей, правового государства, независимости судов, незыблемости прав и свобод личности и другие. Эти мифологические идеи лишают индивидов и общество онтологических основ. Если носителей идей либеральной мифологии спросить, в чем смысл либерального общества и правового государства, в лучшем случае, можно получить столь же мифологический ответ, якобы их смысл в обеспечении вечного прогресса, благосостояния и счастья людей. Но вопрос о том, для чего нужен бесконечный прогресс и повышение благосостояния, останется без ответа. Очевидно, что идеи бесконечного прогресса и бес-

конечного повышения благосостояния - идеи дурной бесконечности. Что касается смысла человеческого существования, то такая проблема оказывается вообще за пределами либеральной мифологии.

Вся эта мифология воплощена в конституциях многих государств. Конституционную мифологию следует отличать от конституционного идеала. Если конституционный миф - из области сущего, то конституционный идеал - из области должного. Необходимо иметь в виду, что мифологические представления, воплощаясь в конституциях, превращаются в конституционный идеал, который наполняется правовой энергией и становится реальной силой, преобразующей политико-правовую реальность.

Если конституционный идеал резко отличается от существующей политико-правовой реальности, что имеет место в странах постсоветского пространства, то создаются многочисленные ситуативные конституционные мифы, искажающие и приукрашивающие далекую от конституционного идеала политико-правовую реальность или же дискредитирующие конституционный идеал.

Эти ситуативные конституционные мифы составляют третий мифологический пласт. Он образуется вследствие официальной мифотворческой деятельности властей, оппозиционных сил и народных масс. Этот мифологический пласт разнороден, изменчив, часто создается, исходя из конкретных интересов и целей властей и оппозиции, а также является своеобразным творчеством социальных групп и народных масс.

Интенсивной мифотворческой деятельностью занимаются особенно государственные институты и политические партии. В правовой антропологии указывается, что тоталитарные государства или государства, идущие по тоталитарному пути, - чудовищные порождения мифов. Такие государства делают все, чтобы занять место Бога в сознании людей. С этой целью они создают мифологию, которая полностью деформирует образ реальности. Поскольку тоталитарное государство стремится к власти над обществом и личностью, оно пытается формировать такие представления о государстве, которые соответствуют своим собствен-

ным интересам¹². Однако свою мифологию создают не только тоталитарные, но и демократические государства, исходя из своих интересов. Они формируют свои представления о государстве, гражданском обществе и личности. Эти мифы формируются в недрах государственного аппарата, затем распространяются с помощью телевидения, радио и других средств массовой информации. Эти мифы могут облекаться в разные формы, такие как реклама, официальное сообщение, выступления должностных лиц, искаженная информация о личной, семейной и общественной жизни государственных мужей.

Примечательной чертой конституционной мифологии, занимающей важное место в обыденном правосознании, является отождествление государства с главой государства. Не с законодательными, исполнительными или судебными органами, а именно с главой государства. И поскольку государство отождествляется с одним, пусть и высшим должностным лицом, то сплетаются и распространяются различные мифы именно вокруг личности главы государства, и постепенно его личность окутывается тонкой, почти незаметной пеленой мифа. Необходимо отметить, что мифы о личности главы государства разнородны, часто противоречивы, поскольку они создаются и официальной властью, и различными партиями, и разными социальными группами, и, таким образом, настоящая личность главы государства становится почти тайной. Есть и множество других конституционных мифов, которые невозможно полностью рассмотреть в рамках одной статьи.

Могут возникнуть вопросы: в чем же актуальность и необходимость рассмотрения конституционных мифов? В частности, если в конституциях воплощены определенные мифологические представления, значит, такие конституции нужны? Ответ на эти вопросы прост. Выявление конституционных мифов есть первый шаг в демифологизации общественной жизни и обыденного сознания. А демифологизация – неперемное условие превращения конституционного идеала в действительность, должного – в сущее.

¹⁰ Кара-Мурза С. Европоцентризм - эдипов комплекс интеллигенции. - М., 2002.

On the Constitutional Mythology

O. Stepanyan

*Scientific Research Worker of the
Institute of Philosophy,
Sociology and Law NAS of RA*

SUMMARY

One of the peculiarities of the conscientiousness is its mythology; the mythological features are inherent in also to the legal conscientiousness.

Mythological mentality is inherited to the modern man as well as to its far ancestors. Only the content and the forms of appearance of the myths have changed. It is necessary to mention that the ancient mythological characters have not disappeared completely from the human mentality but have changed and are present also nowadays. Particularly, in the legal anthropology, the fact of availability of present-day legal life of definite mythological plot is stated.

Thus, the ancient myths and mythological features are present in the modern society though in a changed option, and after consideration they can be explicated. In this case, we can pay attention only to the modern legal myths, particularly, to the constitutional mythology.

In the legal world the states of the post-soviet space a several mythological layers were discovered. First, the echoes of the ancient myths, second, owed mainly in communist and euro-central myths, third, situation of myths.

The echoes of the ancient myths can be discovered in the state emblems of many modern states of Europe, the USA, Russia and other states. The echoes of ancient myths definitely appear also in the emblem of the RA.

The communist and Euro-centric constitutional myths cause definite theoretical interest. What concerns the communist

myths, their relics have restored in the political programs of a few parties in the routine legal consciousness. As after the ruin of the USSR and the community of socialist countries the communist mythological presentation has been demythologized, let us hold on the Euro-centric myths, reflected in the Constitution and laws of many states

The main myths of European centrist are the myths about the West, i.e. Jewish-Christian civilization; West as the continuity of the antic civilization; the western civilization has created the culture and philosophy, law, science, technique and technology, which dominates in the world and predetermines the life of humanity; western Homo is, first of all, Homo economical, which while following his own interests, created market economy and lives happily in it; countries of "the third world" have fallen behind and can be developed only by that way.

The mentioned mythological presentations are concretized, particularly, in the mythology of liberalism and democracy.

In the liberal mythology the myths about the individuality and the society are on the first place. In accordance with this mythology, the individual is a unique, an autonom identity, which obtains with mentality, his own demands and interests. The individual is the supreme reality and has its own absolute worthiness. The absoluteness of the individual and its worthiness stipulates its absolute character, its dignity, rights and freedoms.

The second comprising part of the liberal mythology is the myth of society. According to that myth, the society is the sum of autonomous individuals, which apply with consciousness, dignity and are self-sufficient. This summary uniqueness is a new and special form of organization of the life of the individual the so-called civil society, where every individual chases his/her egoistic goals, looks for satisfaction, tries to achieve prosperity and happiness. In such a society the ambitions and aims of the individual can not be limited; they must be free, except the cases when the ambitions and goals of a person collides with the ambitions and goals of another person. Law is the means of regulation of such conflicts, which is based on the principles of freedom, formal equality and fairness.

From these two myths, other private mythological ideas appear. One of such ideas is the constitutionalism, which sug-

gests that the power be formed by the civil society, and the state is an organization, which serves the civil society and the individual. The Constitution applies with the supreme judicial power, reflects the will of the whole society and, as a rule, is adopted by the means of referendum.

The ideas of division of the power, rule-of-law state, independence of the courts, stableness of the rights and the freedoms of the individuals, etc. are also mythological.

It is necessary to consider that mythological presentations, which are embodied in the constitutions, are transformed into the constitutional ideal, which is filled with legal energy and becomes a real power, which changes the political-legal reality. If the constitutional ideal differs from present political-legal reality, which occurs in the post-soviet countries, a number of situative constitutional myths are created, which distort and embellish the political-legal reality which does not correspond to the constitutional ideal.

It is mentioned in the legal anthropology that the totality states are the demonic rebirth of the myths. Such states do everything to replace the God in the consciousness of people. They try to form such states, which correspond to their interests. But the democratic states, in its turn, create its own mythology.

One may ask - if the constitutions contain definite mythological presentations, so such constitutions are not needed. The answer to this question is very simple. Revealing of such constitutional myths is the first step towards the demythologized social life and routine consciousness. De-mythology is the indispensable condition of changing the constitutional ideal into the reality.



Арутюнян Г.Г., Баглай М.В.
Конституционное право:
Энциклопедический словарь
Москва, 2006 г.

6 июня 2006 года в Москве, в Посольстве Республики Армения в Российской Федерации состоялась презентация энциклопедического словаря конституционного права Арутюняна Г.Г. и Баглая М.В., изданного издательством “Норма”.

Энциклопедический словарь составлен на основе сравнительного анализа конституций 146 стран мира, международно-правовых документов и доктринальных работ по конституционному праву. В нем представлена обобщенная характеристика конституционных понятий. Включены также статьи, описывающие государственный строй стран СНГ и отдельных зарубежных стран.

Данное издание носит научно-справочный характер. Оно отражает тенденции развития современного конституционализма, состояние отечественной и зарубежной науки конституционного права и ее понятийный аппарат.

Энциклопедический словарь не повторяет содержание учебников или научных монографий, но дает читателю возможность получить информацию по конкретным вопросам теории и практики конституционного права. Современное конституционное право, сохраняя национальное многообразие, одновременно характеризуется унификацией институтов и понятий. Энциклопедический словарь призван не только раскрыть содержание конституционно-правовых понятий, но и показать тенденции их развития во взаимосвязи с политической динамикой.

Авторы сочли целесообразным включить в Словарь характеристики государственного строя как отдельных стран с системой развитой демократии, так и стран СНГ, Центральной и Восточной Европы, политико-правовая система которых находится в переходном состоянии.

Интенсивные процессы глобализации требуют определенной унификации конституционного понятийного аппарата. Сегодня создаются новые и укрепляются существующие международные институты правовой защиты. В этих условиях все более актуальным становится сравнительный анализ основных конституционных понятий, так как современное конституционно-правовое развитие предполагает сочетание универсализма с учетом региональных, социокультурных и национальных особенностей.

Энциклопедический словарь полезен не только специалистам, но и широкому кругу читателей, интересующихся тенденциями развития современного конституционализма, демократии, защиты прав и свобод человека, а также вопросами сравнительного правоведения, теории и философии права.



Овсеян Ж.И.
Юридическая ответственность и
государственное принуждение
Ростов-на Дону, 2005 г.

Вышла в свет монография Овсеян Жанны Иосифовны “Юридическая ответственность и государственное принуждение (общетеоретическое и конституционно-правовое исследование)”.

В работе раскрыта характеристика юридической ответственности как института государства и права, дана общетеоретическая формула понятия и видов юридической ответственности в контексте концепции правового государства, раскрыты особенности принуждения как существенного признака государства, права и юридической ответственности и как теоретико-правовой категории, виды и меры государственно-правового принуждения, особенности принуждения как сложносоставного государственно-правового института, конституционно-правового принуждения - как отраслевой правовой разновидности государственно-правового принуждения, конституционной ответственности - как меры конституционно-правового принуждения.

Настоящая монография представляет собой первое в России исследование юридической ответственности в увязке с темой государственного принуждения; первое специальное монографическое исследование категории “государственно-правовое принуждение” и первую научную разработку понятия “конституционно-правовое принуждение”, которое предлагается включить в понятийный аппарат науки конституционного права в качестве одного из его институтов.

Монография предназначена для студентов, аспирантов и ученых-юристов, историков, философов, политологов, лиц, занимающихся практикой государственного строительства, широкого круга читателей.



Конституционное
ПРАВОСУДИЕ

Вестник Конференции
органов конституционного контроля
стран молодой демократии

Выпуск 2 (32) 2006



Адрес редакции:

375019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: 529991, 588189

Факс: 529991

E-mail: armlaw@concourt.am

arthur@concourt.am

URL: <http://www.concourt.am>

Сдано в набор 01.06.06
Подписано к печати 15.06.06
Печ. л. 7,75
Бумага офсетная
Печать офсетная
Формат 60x84 1/16
Тираж 750 экз.

Статьи вестника "Конституционное
правосудие" публикуются
в авторской редакции

Вестник включен в список принятых
Высшей аттестационной комиссией
журналов для публикаций результатов
докторских диссертаций

Зарегистрирован коллегией
N 8/2-2 Министерства юстиции РА
27 февраля 1998г.