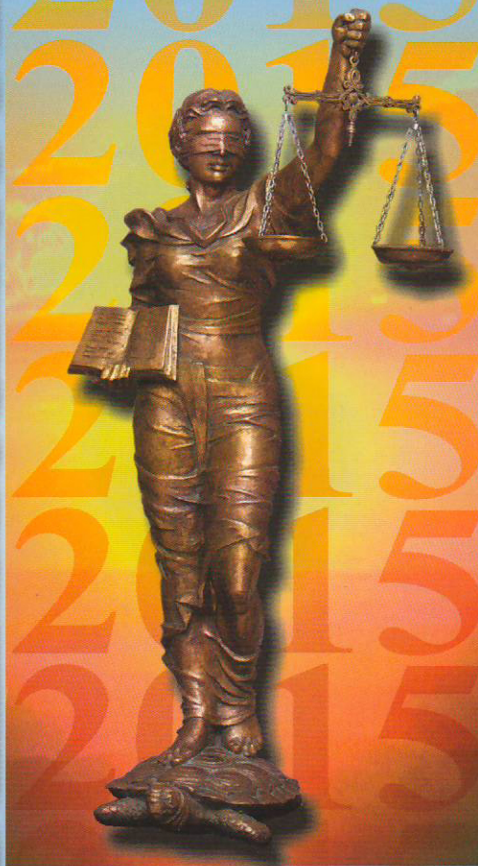


# Almanac

Constitutional justice  
in the new millennium

# Алманах

Justice constitutionnelle  
au nouveau millénaire



# Алманах

Verfassungsjustiz  
im neuen Jahrtausend

# Альманах

Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN  
ԵՐԵՎԱՆ

EREVAN  
EREVAN

ISSN 1829-0124

Алманах  
Constitutional justice  
in the new millennium  
Алманах  
Justice constitutionnelle  
au nouveau millenaire  
2015  
Алманах  
Verfassungsjustiz  
im neuen Jahrtausend  
АЛЪМАНАХ  
Конституционное правосудие в новом тысячелетии

YEREVAN • ЕРЕВАН • EREVAN • EREWAN

2015

**ИЗДАЕТСЯ ЦЕНТРОМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА РА  
ПО РЕКОМЕНДАЦИИ КОНФЕРЕНЦИИ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО  
КОНТРОЛЯ СТРАН НОВОЙ ДЕМОКРАТИИ**

РУКОВОДИТЕЛЬ ПРОЕКТА

**Г.Г. АРУТЮНЯН**

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ  
КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА  
РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ,  
ДОКТОР ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОР

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

HEAD OF THE PROJECT

**G.G. HARUTYUNYAN**

PRESIDENT OF THE CONSTITUTIONAL  
COURT OF THE REPUBLIC OF ARMENIA,  
DOCTOR OF LAW, PROFESSOR

**ISSN 1829-0124**

© «ՆԺԱՐ» - 2015  
© «НЖАР» - 2015  
© «NJHAR» - 2015



## **XX Yerevan International Conference**

The Role of Constitutional Courts in Strengthening  
the Independence of the Judicial Power:  
Doctrinal Approaches and Contemporary Challenges

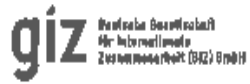
## **XX Conférence Internationale d'Erévan**

Le rôle des Cours constitutionnelles dans  
le renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire:  
les approches doctrinales et les défis actuels

## **XX Ереванская международная конференция**

Роль конституционных судов в деле  
укрепления независимости судебной власти:  
доктринальные подходы и современные вызовы

8-10 OCTOBER  
OCTOBRE  
ОКТАБРЯ 2015



XX Ереванская международная конференция организована при содействии Германского общества по международному сотрудничеству

**ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО  
OPENING SPEECH  
ALLOCUTIONS D'OUVERTURE**

**ГАГИК АРУТЮНЯН**

*Председатель Конституционного Суда Республики Армения*

Уважаемые участники Конференции!

Уважаемые гости!

Дамы и господа!

Прежде всего хочу выразить Вам слова благодарности за принятие нашего приглашения и участие в настоящей Конференции.

Из извещения о Конференции уже ясно, что она исключительна в силу того, что является юбилейной:

во-первых, это посвященная проблемам конституционного правосудия, ставшая традиционной, организованная совместно с Венецианской комиссией XX Конференция;

во-вторых, посвящена 20-летию принятия Конституции Республики Армения;

в-третьих, посвящена 20-летию формирования Конституционного Суда РА.

Эти совпавшие двадцатилетние юбилеи не только обязывают нас с точки зрения поиска эффективных решений обсуждаемых вопросов, но являются также свидетельством зрелости. Зрелость в аспекте накопления большого опыта в сфере конституционного правосудия. Зрелость в аспекте международного сотрудничества. Зрелость в аспекте вклада в гарантирование верховенства права и Конституции в наших странах.

В этом году в ряде стран отмечали двадцатилетия формирования конституционных судов. Лейтмотив обсуждений и поставленных вопросов тот же, аналогичны также ожидания в

будущем, стержневая задача которых - гарантирование надежной системы конституционализма в стране.

Уважаемые присутствующие!

Конституционный Суд Республики Армения прошел долгий путь становления и самоутверждения. Правовые позиции, выраженные в более тысячи рассмотренных Судом делах существенно способствовали развитию права, утверждению конституционализма в нашей стране. Тысячи людей нашли защиту своих прав в Конституционном Суде. Конституционный Суд сумел сформировать в нашей стране новое качество конституционно-правового мышления, соответствующую стандартам правового государства новую школу конституционоведения. Без колебаний можно сказать, что в Республике Армения Конституционный Суд стал движущей силой конституционно-правовой мысли. Активная роль Конституционного Суда обозначивается также на международной арене. При нашем действенном участии сформировалась Международная конференция органов конституционного контроля стран новой демократии, а также Всемирная конференция конституционных судов, честь председательства в первой и председательства в Бюро второй имел Конституционный Суд Республики Армения. Наш Суд представлен также в Бюро Венецианской комиссии, является членом Конференции конституционных судов европейских стран.

За прошедшие годы членами нашего Суда на различных международных конференциях представлено более 80 научных докладов по актуальным проблемам конституционного правосудия, опубликовано около ста монографий, более 300 научных статей. Издаются один вестник республиканского значения и два международных вестника, которые рассылаются в более ста стран мира.

Наряду со всем этим, возможно, самое большое достижение — формирование нового конституционно-правового мышления и создание надежных институциональных гарантий стабильного демократического развития.

Уважаемые участники Конференции!

На протяжении 20 лет нашим верным коллегой и бескорыстным советчиком была Европейская комиссия "За де-

мократию через право", за что выражаем нашу глубокую признательность Венецианской комиссии и его многоуважаемому Председателю Джанни Букиккио, который участвовал во всех наших 20 международных конференциях.

Выражаем также благодарность присутствующим здесь судьям и представителям Конституционных и Верховных Судов, Конституционных Советов Албании, Алжира, Бельгии, Беларуси, Боснии и Герцеговины, Болгарии, Таиланда, Израиля, Латвии, Литвы, Польши, Хорватии, Южной Кореи, Казахстана, Кыргызстана, Македонии, Молдовы, Монголии, Чехии, Российской Федерации, Румынии, Словакии, Грузии, Таджикистана за участие в нашей юбилейной конференции и за активное и продолжительное сотрудничество с нами. Для нас большая честь личное участие в Конференции председателей Конституционного Совета Алжира и Конституционных Судов Бельгии, Таиланда, Латвии, Молдовы, Словакии, Грузии, Таджикистана и Кыргызстана.

Я приветствую также наших армянских коллег, участвующих в Конференции.

Уважаемые коллеги!

Хочу проинформировать Вас, что все представленные на этой Конференции доклады будут опубликованы в упомянутом Международном Альманахе "Конституционное правосудие в новом тысячелетии", который будет отправлен всем участникам и доступен на официальном сайте Конституционного Суда РА.

Желаю нашей Конференции творческой атмосферы и плодотворной работы.



**GAGIK HARUTYUNYAN**

*President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia*

Honourable participants of the Conference,

Honourable guests,

Ladies and Gentlemen,

I would like to express my gratitude for acceptance of our invitation and participation at the Conference.

The notification of the Conference already reveals its exclusiveness and jubilee nature.

First, this is the 20th Conference dedicated to the issues of constitutional justice and it has become traditional, and is organized jointly with the Venice Commission.

Second, it is dedicated to the 20th anniversary of adoption of the Constitution of the Republic of Armenia.

Third, it is dedicated to the 20th anniversary of establishment of the Constitutional Court of the Republic of Armenia.

These contemporizing vicennial anniversaries are not only binding from the perspective of the discussed issues and their effective resolutions but also they serve as the evidence of maturity. Maturity – in the sense of accumulating a wealth of experience in the sphere of constitutional justice. Maturity – in the sense of international cooperation. Maturity – in the sense of the contribution in ensuring the rule of law and constitution in our countries.

This year a number of countries celebrated 20th anniversaries of establishment of constitutional courts. The leitmotif of the discussions and raised questions was the same, and the future expectations, the main pivotal issues of which are the guarantees for reliable system of constitutionality in the country, are repealing.

Honourable participants,

The Constitutional Court of the Republic of Armenia has passed a long route of establishment and self-assertion. The legal positions expressed in thousands of cases considered by the Court significantly contributed the development of the law and establishment of constitutionality in our country. Thousands of people could find protection of their rights in the Constitutional Court. The

Constitutional Court has succeeded to establish new quality of constitutional-legal mentality in our country and a new school of science on constitution which is in concordance with the criteria of the rule of law state. One can distinctly state that the Constitutional Court has become the prime mover for the constitutional-legal thought in the Republic of Armenia. The active role of the Constitutional Court has been signified also at the international stage. The Conference of the Constitutional Control Organs of the Countries of New Democracy, as well as the World Conference of Constitutional Courts have been formed with our active participation, and the Constitutional Court of the Republic of Armenia was honoured with the chairmanship of the first Conference and the chairmanship of the Bureau of the second Conference. Our Court is presented at the Bureau of the Venice Commission and is the member of the Conference of European Constitutional Courts.

During the past years, the members of our Court have presented more than eight dozens of scientific presentations on most urgent issues of constitutional justice in different international conferences, and nearly one hundred monographs and more than three hundred scientific articles were published. One journal of local importance and two journals of international importance are published and delivered to more than one hundred countries.

Along with all this, formation of constitutional-legal mentality and creation of substantial institutional guarantees of stable democratic development are perhaps the greatest achievements.

Honourable participants,

During the last twenty years, the European Commission for Democracy through Law has been our reliable partner and assertive adviser, and we express our deep gratitude to the Venice Commission and its honourable President Gianni Buquicchio who has participated in all our twenty international conferences.

We would like to express our gratitude also to the judges and representatives of Constitutional and Supreme Courts of Albania, Belgium, Belarus, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Thailand, Israel, Latvia, Lithuania, Poland, Croatia, Cyprus, South Korea, Kyrgyzstan, Macedonia, Moldova, Mongolia, Czech Republic, the Russian Federation, Romania, Serbia, Slovakia, Georgia and Tajikistan for participation in this jubilee Conference and for active and continuous cooperation. It is a great honour for us that

the Presidents of Constitutional Councils of Algeria and Kazakhstan, and the Presidents of Constitutional Courts of Belgium, Thailand, Latvia, Lithuania, Moldova, Slovakia, Georgia, Tajikistan and Kyrgyzstan personally participate in this jubilee Conference.

I would like to welcome also our colleagues from the Republic of Armenia who participate in the Conference.

Honourable colleagues,

I would like to inform you that all presentations made at the Conference will be published in the abovementioned International Almanac "Constitutional Justice in the New Millennium" which will be delivered to the participants and will be available at the official website of the RA Constitutional Court.

I wish our Conference creative atmosphere and productive work.



**ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА  
GREETING SPEECHES  
DISCOURS DE VOEUX**

**GIANNI BUQUICCHIO**

*President of the Venice Commission of the Council of Europe*

Mr. President of the Republic of Armenia,  
Mr. President of the Constitutional Court,  
Honourable Presidents and Judges of Constitutional Courts,  
Excellencies,  
Ladies and Gentlemen,

It is a great pleasure for me to be here with you today. The Yerevan International Conference is an important event I would not like to miss and, moreover, it gives me the pleasure to come back to Yerevan.

Last year, at the occasion of the same Conference, I had the opportunity to outline the main features of Constitutional Reforms of the Republic of Armenia which were contained in the concept paper on which the Venice Commission had given an opinion.

Our cooperation on the constitutional reform with the Constitutional Commission, which was chaired by Mr Harutyunyan, our host today, has continued in an atmosphere of genuine dialogue.

I want to emphasize that the way the Constitutional Commission and the Venice Commission have been working throughout this year on this reform was very valuable.

This dialogue led to fruitful results: the Constitutional Commission took into account many recommendations of the Venice Commission and produced a draft text which is more balanced than the first draft and in line with international standards.

Two opinions on these amendments will be endorsed later this month in Venice.

Revised amendments have now been adopted by the Parliament and the people of Armenia will soon be called to choose, or not, a new constitutional framework for their country.

Let me just quickly inform you about the main features of the draft we have been working on.

It contains:

- a very modern catalogue of human rights and fundamental freedoms;
- a clear choice for a parliamentary system with the introduction of the system of a constructive vote of no-confidence;
- the basic principles of the electoral system;
- it provides for rights to the opposition at the National Assembly;
- it strengthens the legitimacy of the Constitutional Court;
- important state bodies – the Central Electoral Commission, the Television and Radio Commission and the Control Chamber - and their independence are guaranteed at constitutional level;

As an example of the fruitful results of the discussions with the Constitutional Commission, I would like to mention two important constitutional amendments because they concern the judiciary, the topic of our Conference today.

First, the National Assembly will not have any more a say in the procedure of dismissal of judges; indeed, and this is the second interrelated amendment, the grounds for dismissal of judges are exhaustively listed in the Constitution.

This is very welcome: these constitutional provisions are in line with international standards and this will enable the Constitutional Court to decide, where necessary, in an appropriate way.

This drives us back to the subject of our Conference.

Mr. President,

I am happy that today we will be discussing the role of constitutional courts in strengthening the independence of the judicial power.

This is a timely and very important issue.

Indeed, whatever the regime is chosen by a nation, presidential, semi-presidential or parliamentary, it is fundamental that this regime is in harmony with democratic standards and that the independence of the judiciary is guaranteed under the system chosen.

Constitutional Courts do have an important role to play to support and enhance the independence of the Judiciary and to ensure access of the individual to independent and impartial courts.

Constitutional Courts are often given the competence to solve disputes between different state organs and powers.

By doing so, the Constitutional Court may, in certain cases, strengthen the independence of the judicial power and contribute to ensuring the separation of powers, a key element of the rule of law.

For instance, in a judgment of 21 November 2012, the constitutional court of Romania recalled that the Parliament, as the supreme representative body of the people and sole legislative authority of the country, cannot

substitute itself to the judicial power and solve, by its own rulings, disputes lying within the competence of the courts.

Constitutional courts can be called to control the laws on the status of judges and the organisation of the judiciary, in particular the provisions on the powers and the composition of the judicial council.

The Venice Commission database of constitutional case law, the CODICES database, contains many decisions adopted by constitutional courts in this field.

Constitutional courts may also have to decide on the constitutionality of budget laws which significantly reduces the budget of the judiciary or the salaries of judges.

This happened more often these last years because of the economic crisis but was already the case before, as is shown by the decision of the Supreme Court of Canada of 1997 which concluded that "any changes to or freezes in judicial remuneration made without prior recourse to an independent, objective and effective process for determining judicial remuneration are unconstitutional".

The constitutionality of legislation reducing the immunity of judges or testing their integrity is another important and delicate field in which constitutional courts can be called upon to decide on.

Whether they have to decide on general issues, as in the examples I have just mentioned, or on individual cases through full individual complaint where the independence or impartiality of a judge in a specific case would be challenged, the constitutional courts have a vital, but also often an uneasy role, to play.

This is why I look forward to explore these issues with you today.

I wish you all fruitful and rewarding discussions.

## ***ДЖАННИ БУКИККИО***

*Председатель Венецианской комиссии Совета Европы*

Уважаемый Президент Республики Армения!

Уважаемый Председатель Конституционного Суда!

Уважаемые председатели и судьи конституционных судов!

Дамы и господа!

Для меня большая честь находиться сегодня здесь с Вами. Ереванская

международная конференция является тем важным событием, которое мне бы не хотелось пропустить, и каждый приезд в Ереван для меня большое удовольствие.

В прошлом году, также по случаю Ереванской международной конференции, я имел возможность отметить основные особенности конституционных реформ в Республике Армения, представленные в Концепции конституционных реформ, по которой Венецианская комиссия дала свое заключение.

Наше сотрудничество со Специализированной комиссией по конституционным реформам Республики Армения под председательством господина Арутюняна проходило в атмосфере открытого диалога.

Хотелось бы отметить, что совместная работа Комиссии по конституционным реформам и Венецианской комиссии в течение всего этого года была очень продуктивной.

Этот диалог оказался весьма плодотворным. Комиссия по конституционным реформам приняла во внимание многие рекомендации Венецианской комиссии и подготовила проект текста, который является более сбалансированным, чем первый проект, и соответствует международным стандартам.

В конце этого месяца в Венеции будут одобрены два заключения по этим поправкам.

Пересмотренные поправки уже приняты Парламентом, и народ Армении скоро встанет перед выбором, голосовать ему за новую Конституцию для своей страны или нет.

Позвольте вкратце сообщить Вам о главных особенностях проекта, над которым мы работаем.

Он включает:

- самый современный перечень прав человека и основных свобод;
- внедрение института конструктивного вотума недоверия;
- основные принципы избирательной системы;
- предусмотрение права оппозиции в Национальном Собрании;
- укрепление легитимности Конституционного Суда;
- такие важные государственные органы, как Центральная избирательная комиссия, Комиссия по телевидению и радиовещанию, а также Контрольная палата и их независимость гарантируются на конституционном уровне.

В качестве примера результата наших плодотворных обсуждений с Комиссией по конституционным реформам я хотел бы отметить две важные конституционные поправки, касающиеся судебной системы.

Во-первых, Национальное Собрание никак не будет влиять на про-

цедуру увольнения судей, и во-вторых, основания увольнения судей исчерпывающе перечислены в Конституции.

То, что эти конституционные положения соответствуют международным стандартам, позволит Конституционному Суду принимать соответствующие решения, и это очень приветствуется.

Но вернемся к предмету обсуждения нашей Конференции.

Уважаемый господин Председатель!

Я рад, что сегодня мы будем обсуждать роль конституционных судов в деле укрепления независимости судебной власти. Это своевременный и очень важный вопрос.

Несмотря на то, какую систему выберет нация - президентскую, полупрезидентскую или парламентскую, главное, чтобы эта система соответствовала демократическим стандартам и чтобы независимость судебной власти гарантировалась в соответствии с выбранной системой.

Конституционные суды играют важную роль в поддержании и укреплении независимости судебной власти, а также в обеспечении доступа человека к независимому и беспристрастному суду.

Конституционным судам часто предоставляются полномочия по решению споров между различными государственными органами и властями.

Действуя таким образом, Конституционный Суд в некоторых случаях может влиять на укрепление независимости судебной власти и способствовать обеспечению принципа разделения властей как ключевому элементу верховенства закона.

Например, в Решении от 21 ноября 2012 года Конституционный Суд Румынии отметил, что парламент как высший представительный орган народа и единственная законодательная власть страны не может заменить судебную власть и своими решениями разрешать споры, находящиеся в компетенции судов.

Конституционные суды могут осуществлять контроль за законами о статусе судей и о судоустройстве, в частности за положениями о полномочиях и составе судебного совета.

База данных конституционного прецедентного права Венецианской комиссии, база данных CODICES, содержит много решений, принятых конституционными судами в этом направлении.

Конституционные Суды могут также принимать решения о конституционности законов, связанных с бюджетом, которые серьезно урезают бюджет судебной власти или зарплаты судей.

В последнее время из-за экономического кризиса такое имело место очень часто, однако нельзя сказать, что этого не было и раньше. Например, об этом свидетельствует Решение Верховного Суда Канады от



1997 года, согласно которому "любые изменения судебных вознаграждений или их приостановление без независимого, объективного и эффективного процесса определения судебных вознаграждений являются неконституционными".

Вопрос конституционности законодательства, ущемляющего (ограничивающего) неприкосновенность судей или контролирующего их честность и порядочность, является еще одним важным и деликатным моментом, когда конституционные суды могут быть призваны принимать по таким вопросам решения.

Конституционные суды играют важную роль в принятии решений и по общим вопросам, как в примерах, которые я упомянул выше, и по индивидуальным жалобам, когда оспаривается независимость или беспристрастность судьи в конкретном случае.

Именно поэтому я с нетерпением жду наших сегодняшних обсуждений.

Благодарю Вас и желаю всем плодотворной работы.



**АРПИНЕ ОГАННЕСЯН***Министр юстиции Республики Армения*

Уважаемый господин Букиккио!

Уважаемый господин Арутюнян!

Уважаемые дамы и господа!

Позвольте приветствовать Международную конференцию, посвященную роли конституционных судов в укреплении судебной власти, и поблагодарить Вас за участие в Конференции. Хочу отметить ее важность, так как она призвана способствовать совершенствованию системы конституционного правосудия и более эффективному гарантированию прав человека. Конференция в таком формате и с таким кругом участников особенно важна, так как каждый из присутствующих здесь в силу своего статуса призван содействовать гарантированию и реальной защите прав человека как в Республике Армения, так и за ее пределами. Сегодня мы живем в таком взаимосвязанном мире, где на самом деле больше не существует границ для защиты прав человека.

Республика Армения развивает собственную правовую систему, имея в основе верховенство достоинства человека, основополагающие принципы реальной защиты его прав и свобод. Это само по себе предполагает такие системные мероприятия, которые в состоянии обеспечить их полноценную реализацию и на законодательном, и на практическом уровнях.

Первоочередной гарантией решения отмеченной основополагающей проблемы является Конституция страны, в которой указаны те основные принципы, на которые базируется и на основе которых развивается вся правовая система. Конституция является тем краеугольным камнем, который призван устанавливать основы правозащитной деятельности государства. Причем незаменимая ценность Конституции также в том, что в ней устанавливаются основы действенных механизмов судебной защиты указанных основополагающих ценностей.

В этом аспекте неопределима роль Конституционного Суда Республики Армения в укреплении конституционного строя государства и конституционализма в нашей стране и с этой точки зрения - в вопросе деятельности независимой судебной власти. Эта роль Конституционного Суда особо отражается в его постановлениях, одной из основных миссий которых стали стабильность и развитие конституционализма в стране, а также обеспечение его динамического развития. Обеспечение всего этого становится возможным также благодаря тому, что постановления Конституционного Суда являются

результатом правотворческой деятельности и ценным источником права.

В этом смысле сегодня нет ни одной сферы, в вопросе формирования или становления которой позиции Конституционного Суда не имели бы значения. Особо хотелось бы подчеркнуть важную роль Конституционного Суда в вопросе защиты прав и законных интересов личности в системе судов общей юрисдикции РА и, вообще, судебной власти. Весьма значительна роль Конституционного Суда также в аспекте доступности правовых позиций. Будучи созвучными основополагающему принципу правовой определенности, они призваны содействовать обеспечению того международно признанного подхода, который называется не иллюзорной, а реальной защитой прав.

И наконец, значительна роль Конституционного Суда в аспекте внедрения в нашей стране международных критериев прав человека. В рамках конституционного правосудия не только выявляются международные обязательства Армении, которые приспособляются к конкретным ситуациям, но и в каждом отдельном случае изучается законодательный опыт и правоприменительная практика развитых стран мира. В связи с этим выражаю благодарность организациям Совета Европы и, в первую очередь, Венецианской комиссии, которая будучи приверженцем укоренения европейских правовых ценностей, дает ценные отзывы о важнейших правовых развитиях в нашей стране. Они в дальнейшем находят место и актах и Конституционного Суда, и других органов и организаций.

Подытоживая, хочу поздравить всех нас с началом работы этой важной Международной конференции и отметить, что только нашими общими усилиями возможна реализация сложной задачи защиты прав человека и полноценное становление системы правосудия. Думаю, настоящая Конференция единична в том аспекте, что позволяет обратиться к особенностям Конституций и обеспечения конституционного строя в других странах и попытаться найти общие подходы к решению в отдельных случаях возможных проблем.

Благодарю за внимание.

***ARPINE HOVHANNISYAN***

*Minister of Justice of the Republic of Armenia*

Honourable Mr. Buquicchio,  
Honourable Mr. Harutyunyan,  
Ladies and Gentlemen,

I would like to greet this important conference dedicated to the role of constitutional courts in strengthening the judicial power and thank for participation in the work of the Conference. I consider it significant as it is called upon to assist the improvement of the system of constitutional justice and more efficient guarantees for human rights. The format of the Conference and the framework of the chosen participants are especially important as by the power of their status, each of the participants is called to assist guaranteeing human rights and tangible protection in the Republic of Armenia and beyond the borders. Today we live in such a correlated world where in reality there are no borders for the protection of human rights.

Thus, the Republic of Armenia is developing its own legal system taking as grounds the rule of human dignity, the fundamental principles of real protection of his/her rights and freedoms. This implies such systemic measures which are able to ensure their precise implementation both at legislative and practical level.

The Constitution, where the fundamental principles on which the entire legal system is anchored and developed, is the primary guarantee for the solution of the abovementioned fundamental problem. The Constitution is the cornerstone which is called to define the grounds for the human right activity of the state. Meanwhile, the Constitution is of irreplaceable value, as it defines the fundamental grounds for effective mechanisms of judicial protection of the mentioned fundamental values.

In this sense, the Constitutional Court of the Republic of Armenia plays its invaluable role in the strengthening the constitutional order of the state and constitutionalism in our country also from the perspective of the activity of independent judicial power. The role of the Constitutional Court is especially emphasized in its decisions, and sustainability and development of the constitutionality as well as ensuring of the dynamic development have become its main mission. This is possible for ensuring the result of the lawmaking activity of the decisions of the Constitutional Court and valuable source of law.

In this sense, nowadays there is not any domain for the formation or establishment of which the positions of the Constitutional Court are of no significance. I would like to emphasize the significant role of the

Constitutional Court in the issue of protection of human rights and legitimate interests in the system of the RA general jurisdiction courts and, generally, in judicial system. The role of the Constitutional Court is evident also in sense of accessibility of legal positions. In concordance with the fundamental principle of legal certainty, they are called to assist ensuring of the internationally recognized approach and it is called not illusionary but real protection of rights.

Finally, the role of the Constitutional Court is significant in our country in the sense of integration of international standards of human rights in our country. In the framework of constitutional justice, not only the international obligations of Armenia are raised and adapted for certain situations but also in each case the legislative experience and law-enforcement practice of the developed countries is studied. From this perspective, I would like to thank the organizations of the Council of Europe and, first, the Venice Commission which remains committed to the dissemination of the values of European legal route and provides valuable assessments on the most significant legal developments in our country. These assessments later are referred to in the acts of the Constitutional Court and other authorities and organizations.

I would like to finish my speech by greeting the participants for launching this important international conference and I would like to emphasize that implementation of the complicated task of protection of human rights and precise establishment of the system of jurisdiction is possible only based on our joint efforts. I think this event is unique as it will allow to raise the peculiarities of ensuring the constitutions and constitutional order in other countries and attempt to find general approaches in certain cases for providing solutions to the possible problems.



# ДОКЛАДЫ<sup>1</sup> REPORTS<sup>1</sup> RAPPORTS<sup>1</sup>



---

<sup>1</sup> Доклады публикуются в порядке их представления на Конференции.

<sup>1</sup> The reports are published in the order of presentation at the Conference.

<sup>1</sup> Les rapports sont publiés à l'ordre de la présentation à la conférence.

# THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN STRENGTHENING THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIAL POWER: LATVIAN EXPERIENCE

ALDIS LAVIŅŠ

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

[1] The status and the jurisdiction of the Constitutional Court give it the possibilities for strengthening the independence of the judicial power. However, it is not solely the Constitutional Court and its rulings that influence independence.

[2] The judicial power itself to a large extent determines, how independent the judicial power is. The judicial power must organically fit into society, and it needs to be accepted and respected by society. It is the judicial power itself, which is the main enhancer of its authority and the promoter of public trust – by its rulings, attitude, openness, respect and self-restraint/ self-restriction, etc.<sup>1</sup> The principle of judicial independence comprises not only the requirement to be independent, but also to appear independent. To ensure an important element of a judicial state – public trust in the judicial power – the judicial power itself has the obligation to demonstrate, to the extent possible, judicial independence, impartiality and integrity.

If all the courts and any of judges acted perfectly the judiciary would have an immense public trust. In such a case, it would be a great risk for anyone – also for politicians, to attack or influence in some way a strong and independent judiciary. But it is not an easy task to establish such a trustful judiciary. This should be a goal, and Constitutional Courts with its jurisprudence can contribute to it.

## **The Constitutional Court of Latvia and its Jurisdiction**

[3] The Constitutional Court of Latvia, in its turn, as the enhancer of the independence of the judicial power, acts within the limits of its jurisdiction. The Constitutional Court Law does not envisage hearing disputes of

---

<sup>1</sup> Public trust in the judicial power is influenced by a totality of various circumstances – the effectiveness of the work of the judicial system in general, reflection of legal processes and rulings in mass media, quality of the management of judicial proceedings and rulings, as well as the public opinion on the moral authority and integrity of judges.

jurisdiction. Usually the issue of the independence of judges reaches the Constitutional Court as an application with the regard to the incompatibility of a norm with a norm of higher legal force. In all cases of this type the Constitutional Court has strengthened the independence of judges as a fundamental value of a judicial state, but not as an end in itself. I shall continue by examining the ways, in which the Constitutional Court in Latvia has strengthened the independence of the judicial power.

### **The Guarantees for the Independence of Judges**

**[4]** A court can be truly independent only if the guarantees for the independence of the judicial power that the Constitution comprises are being implemented in practice.

In its judgement in the first case of judges salaries<sup>2</sup> the Constitutional Court listed the guarantees for the independence of judges, noting that "the independence of judges is connected with a number of such guarantees: guaranteed tenure of the judge (the procedure for appointing or approving judges, the qualification necessary for the appointment, guarantees of irremovability, conditions for promotion and transfer to another position, conditions for suspending and terminating the mandate), the immunity of the judge, financial security (social and material guarantees), the institutional (administrative) independence of a judge and the actual independence of the judiciary from the political influence of the executive power or the legislator."

At the same time the Court also developed the test for verifying the principle of the independence of judges, noting that "all these guarantees [for the independence of judges] are closely interlinked, and, if even one of them is disproportionately restricted, then the principle of the independence of judges is breached and thus the fulfillment of the basic court functions and ensuring human rights and freedoms come under threat." Whereas a restriction upon the guarantees for the independence of judges must be recognized as being proportional, if the legislator has abided by the limits of its discretion, i.e., in adopting decisions that leave an impact upon the independence of judges, has abided by the principles that follow from the Constitution.<sup>3</sup> Thus, the Court has indicated how it examines, whether the independence of judges has been ensured in appropriate scope.

**[5]** The Constitutional Court of Latvia so far has examined only one of these guarantees, namely, the financial security of judges.

<sup>2</sup> Judgement of 18 January 2010 by the Constitutional Court in Case No. 2009-11-01.

<sup>3</sup> The Constitutional Court, in examining, whether the legislator by its actions has infringed upon the independence of judges, must examine all facts of the case in each particular situation. The legislator's action, which in one case creates disproportional restriction, in another, in view of the particular facts, could be recognised as being proportional and in compliance with the constitutional requirements.



Both in the cases pertaining to judges' salaries, as well as in the case regarding creating the budget of independent institutions, courts among them, the Constitutional Court has also examined the relationships of the judicial power with the executive power and the legislator.<sup>4</sup>

In view of the case law of the Constitutional Court until now, in the continuation of my presentation I shall examine the following:

- (1) firstly, the relationship of the judicial power with the executive power and the legislator; i.e., terms of cooperation and procedural requirements in those cases, where the legislator and the executive power, within the limits of their competence, deal with issues pertaining to the judicial power ("doctrine of cooperation" of the branches of state power and "the obligation to hear" that follows from it), and
- (2) secondly, the financial security of judges as one of the most significant guarantees of independence.

#### **"The Doctrine of Cooperation" of the Branches of State Power and "The Obligation to Hear" that Follows from It.**

[6] In the so-called "judges' salaries cases", the Constitutional Court developed "the doctrine of cooperation" of the branches of state power; and "the obligation to hear" that follows from it is not only a procedural prerequisite for ensuring the independence of the judicial power, such cooperation also ensures the possibility to reach the most effective solution as to the content, when amendments are introduced into regulation pertaining to the judicial power. This doctrine operates also in the process of preparing and adopting the budget, and the procedural requirements that follow from it must be met.

The doctrine of cooperation, as the Constitutional Court has noted, means that the legislator, prior to adopting a decision on the functioning of courts – both with regard to budgetary issues and other issues related to the performance of court functions<sup>5</sup>, must give the possibility to an independent institution that represents the judicial power to express its opinion on issues that influence the work of courts. In the context of separation of power and judicial independence, hearing the opinion of the judicial power means:

- (1) the legislator has the right not to uphold the opinion of the judicial power; however, it must be heard and treated with respect and true understanding; and

<sup>4</sup> In the budgeting [elaboration and adoption] process or legislative process.

<sup>5</sup> The Constitutional Court noted in its judgements, which issues should be recognised as being essential for the functioning of the judicial power and for its independence, leaving the enumeration open; however, noting *expressis verbis* issues regarding "financing, the number of judges, the necessary staff, as well competence requirements, remuneration". It also noted that the principle of separation of power prohibits the executive power from taking decisions on these issues with regard to courts.

- (2) in case, if this opinion is not taken into account or is taken into account only partially, the legislator has the duty to provide substantiation for its action in the scope that would provide to the court, if it had to examine the compliance of the legislator's actions with the Satversme, all information needed to perform the proportionality test.

Such "procedural rules" currently operate both in the process of drafting laws (pertaining to the judicial power and functioning of courts), as well as in the procedure of preparing and adopting the budget. In this cooperation the judicial power is represented by the Council for the Judiciary – a collegial institution, which participates in elaboration of the policy and strategy for the judicial system, as well as improving the work organisation of the system of courts.

It must be admitted that sometimes this communication is rather effective, but occasionally, unfortunately, this obligation to cooperate and to hear is fulfilled only formally. However, to ensure balance between the branches of power and to solve possible disputes, the legislator has envisaged the possibility for the judicial power to defend its rights by exercising the right granted to the Council for the Judiciary to submit an application to the Constitutional Court. Since 2010, when the Council for the Judiciary was established, it has had the right, in certain cases and in certain procedure, to submit an application requesting initiation of a case before the Constitutional Court. Whereas the Constitutional Court Law specifies (restricts) this competence – the application may pertain only to issues related to the jurisdiction of the Council for the Judiciary, namely, to the extent it is necessary for ensuring the policy and strategy of the judicial system, as well as organising the work of the system of courts. Hence, the Council for the Judiciary may turn to the Constitutional Court also to defend the principle of the independence of courts.

This form of strengthening the independence of judges, namely, an application to the Constitutional Court by the Council of the Judiciary, thus far has not been used. However, this possibility *per se* strengthens the position of the judicial power and its independence.

### **The Financial Security of Judges**

**[7]** One of the guarantees of judges' independence is the financial security of a judge. A number of aspects of judges' financial security have been identified in the constitutional doctrine, but in all democratic states the financial security of judges has been unequivocally recognised as one of the most essential elements in ensuring the independence of judges. Judges need this guarantee as a safeguard against external influence.

The financial security of a judge comprises establishing due remuneration to judges, namely, payment for work, social guarantees, including pen-

sions<sup>6</sup>, it serves as the safeguard for due administration of justice and provides the grounds for setting high requirements for the judge and allows retaining trust in his competence, independence and fairness.

In this particular case the Constitutional Court examined due remuneration for work as one of the elements in the financial security of judges.<sup>7</sup> The Court differentiated between the individual level of financial security, over which the State could not and should not assume responsibility,<sup>8</sup> noting that the State had the obligation to ensure the financial security of judges on a level that the judge required for performing his duties of office. Later the Constitutional Court revealed also the content of judges' financial security, within it abiding by the requirement for, first of all, understandable, transparent, stable and sustainable system of remuneration, and secondly, maintaining the real value of remuneration. The Constitutional Court explained in its rulings what "real value of remuneration" and maintaining it meant. Namely, it means that the judge feels certain that the remuneration that was established at the moment, when he started performing his duties of office, will not be decreased and in case, if the living costs grow, the remuneration would be increased accordingly.<sup>9</sup> Moreover, as the Constitutional Court has noted, the legislator's failure to act, i.e., abstaining from increasing judges' remuneration for work in accordance with the actual increase in living costs, is incompatible with the judges' financial security and should be recognised as being decrease *de facto*.

Currently, the issue of judges' financial security is again gaining relevance. Let's hope that in this case the Constitutional Court will take preventive measures to strengthen judges' independence – by the theoretical findings included in its previous rulings and not in the framework of a new "judges' case".

---

<sup>6</sup> Thus, the principle of the independence of judges included in the Constitution protects judges' pension in the same way as other guarantees for judges' financial security. In view of the procedure for calculating pensions established in law, a judge, whose pension amount depends upon the decreased remuneration for work, also in case of economic growth would be paid the pension calculated in this way, namely, his social guarantees would be restricted.

<sup>7</sup> The issue of decreasing judges' salaries, as well as other aspects related to judges' financial security have been examined not only by those countries, where, due to historical reasons, there could be discussions about the scope and content of the independence of the judicial power (Czech Republic, Russia, Lithuania, Poland, Slovenia), this issue has been relevant also in Australia, the United States of America, Canada, Germany, and elsewhere.

<sup>8</sup> The individual level (scope) of financial security depends upon the life style of each particular person (judge). The state may not and should not assume responsibility for a judge's excessive expenditure or disproportional financial plans. However, a situation, where the state decrease a judge's remuneration to the extent that the judge may no longer assume financial commitments commensurate with his remuneration, becomes insolvent and, thus, his independence comes under threat, is inadmissible.

<sup>9</sup> If the law does not provide for a procedure by which the remuneration for work is automatically adjusted to living costs, then the law must establish another mechanism for ensuring this conformity. In this regard, the Constitutional Court has referred to the Supreme Court of Canada, which has also pointed to the prohibition to decrease the real value and the necessity to provide for in law concrete procedure for ensuring it.

## РЕЗЮМЕ

Суд может быть действительно независим, только если закрепленные в Конституции гарантии независимости судебной власти реализуются на практике.

В докладе рассматриваются два аспекта независимости судебной власти: во-первых, независимость судебной власти в отношениях с исполнительной и законодательной ветвями власти; во-вторых, финансовая обеспеченность судей как одна из важнейших гарантий независимости.

Во взаимоотношениях с исполнительной и законодательной ветвями власти Конституционный Суд Латвийской Республики разработал две доктрины: "доктрину сотрудничества" ветвей государственной власти и "обязательство услышать".

Доктрина сотрудничества, как отметил Конституционный Суд, означает, что законодатель до принятия решения, связанного с функционированием судов, должен дать возможность независимому институту - Судейскому совету, представляющему судебную власть, выразить свое мнение по этим вопросам. Чтобы обеспечить баланс между ветвями власти и разрешить возможные споры, законодатель предусмотрел возможность судебной власти защитить свои права, предоставляя Судейскому совету право обращаться в Конституционный Суд. Однако эта форма укрепления независимости судебной власти до сих пор не была использована.



# КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ И НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

**СЕРГЕЙ МАВРИН**

*Заместитель Председателя Конституционного Суда  
Российской Федерации*

Судебная власть, независимая и беспристрастная по своей природе, играет ключевую роль в государственной защите прав и свобод человека и гражданина, и именно суд окончательно разрешает спор о праве, чем предопределяется значение судебных решений как правовых актов, имеющих общеобязательный характер.

В свою очередь, концепция судебного конституционного контроля исходит из необходимости отделения учредительной власти от учреждаемых властных институтов. Учредительная власть, непосредственным образом выражая народный суверенитет, вырабатывает и провозглашает учредительный акт (Конституцию), но непосредственно не участвует, за исключением референдумов, ни в законодательстве, ни в управлении, ни в отправлении правосудия. Органы государственной власти, даже взятые во всей их совокупности, не могут заместить суверена, реализовывать какие бы то ни было учредительные функции и, в частности, изменять учредительный акт, закрепляющий в том числе принцип независимости судебной власти. Гарантом соблюдения этого незыблемого правила выступает конституционное правосудие.

Всемерное отстаивание начала независимости судебной власти, раскрытие его конституционного смысла было и остается важнейшим направлением деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. Обеспечение независимости судов общей и арбитражной юрисдикций предполагает как независимость всей системы данных судов (внешняя независимость), так и входящих в нее отдельных судов и судей (внутренняя независимость).

Можно выделить несколько механизмов взаимодействия Конституционного Суда РФ с судами общей юрисдикции и арбитражной юрисдикции, в рамках которых в том числе решается задача укрепления независимости судебной власти.

Во-первых, это институт запроса суда о проверке конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле.

Выявление неконституционных законоположений и их исключение из числа действующих правовых норм является совокупным результатом

взаимодействия судов различных юрисдикций с учетом разграничения их компетенции, предполагающего, с одной стороны, реализацию судом общей (арбитражной) юрисдикции правомочия поставить вопрос о конституционности соответствующих норм перед Конституционным Судом РФ, а с другой - обязанность данного Суда окончательно разрешить этот вопрос.

Помимо внешней независимости судебной власти институт запроса суда о проверке конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле, позволяет обеспечить и внутреннюю независимость конкретных судов и судей. Такой запрос нередко используется судами в случае расхождения их позиции с судами других инстанций (как вышестоящих, так и нижестоящих). Он позволяет судье отстаивать свою правовую позицию по конкретному делу, при том, что запрос не может рассматриваться как жалоба судьи на судебный акт, с которым он не согласен или которым отменено принятое данным судьей решение.

В последние годы в рамках наднациональной правовой системы конституционные суды оказываются вынужденными защищать принцип независимости судебной власти и от наднациональных судебных органов, к которым начинает переходить часть полномочий, некогда безраздельно принадлежавшая конституционному правосудию. Это взаимодействие может принимать различные формы (открытый конфликт, скрытое противодействие, конкуренция, сотрудничество, субординация). В настоящее время преобладающей концепцией подобного межсудебного взаимодействия служит модель "судебного диалога" как сотрудничества независимых друг от друга разноуровневых судов. Однако в ходе этого взаимодействия все ощутимее становятся попытки переноса наднациональными судами своих подходов и практик на национальный уровень, в том числе посредством критики решений, принимаемых конституционными судами. Разрешение этого конфликта требует избегать не только ситуаций, при которых конституционные суды принимают решения, не сообразуясь с конвенционными обязательствами, но и ситуаций, при которых наднациональные суды с предубеждением относятся к подходам конституционных судов, нацеленным в конечном счете на более тщательный учет национальной специфики при имплементации конвенционных обязательств. В условиях, когда именно конституционным судам принадлежит последнее слово при разрешении коллизий между национальным правом и наднациональными правовыми стандартами, следует исходить из презумпции добросовестности как конституционного, так и конвенционного правосудия.

Отмеченные обстоятельства предопределили законодательное предоставление российским судам права обращаться с запросом о проверке конституционности закона при пересмотре в случаях, установ-

ленных процессуальным законодательством, дела в связи с принятием межгосударственным органом по защите прав и свобод человека решения, в котором констатируется нарушение в Российской Федерации прав и свобод человека при применении закона либо отдельных его положений. Суд вправе направить такой запрос, если придет к выводу, что вопрос о возможности применения соответствующего закона может быть решен только после подтверждения его соответствия Конституции. Иными словами, это означает, что поводом для запроса является сомнение суда в том, что решение межгосударственного органа согласуется с национальной Конституцией. Таким образом, этот недавно введенный механизм позволяет не только обеспечить в рамках российской правовой системы верховенство Конституции РФ, но и независимость российского правосудия от межгосударственных органов.

Кроме того, Верховный Суд Российской Федерации обладает правом обращения в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности законов и иных нормативных правовых актов в порядке абстрактного нормоконтроля. Отмечу, что данное правомочие на практике используется для защиты прав судей от снижения гарантий их независимости законодателем. Так, например, по соответствующему запросу было принято Постановление Конституционного Суда от 31 января 2008 года № 2-П, направленное на обеспечение судей жилыми помещениями - соответствующая гарантия закреплена Законом Российской Федерации "О статусе судей Российской Федерации".

В контексте соответствия конституционным принципам независимости суда в практике российского конституционного судопроизводства рассматривались также вопросы преюдициальной силы судебных актов. Согласно сформулированной Конституционным Судом РФ правовой позиции введение института преюдиции требует соблюдения баланса между такими конституционно защищаемыми ценностями, как общеобязательность и непротиворечивость судебных решений, с одной стороны, и независимость суда и состязательность судопроизводства - с другой. Такой баланс обеспечивается посредством установления пределов действия преюдициальности, а также порядка ее опровержения. В целях обеспечения независимости суда недопустимо принятие как самим судом, так и вышестоящими судебными инстанциями решений, предопределяющих в той или иной мере выводы, которые должны быть сделаны судом по результатам рассмотрения находящегося в его производстве уголовного дела. Высказанная судьей в процессуальном решении до завершения рассмотрения уголовного дела позиция относительно наличия или отсутствия события преступления, обоснованности вывода о виновности в его совершении обвиняемого, достаточности собранных доказательств определенным образом ограничивала бы его свободу и независимость при дальнейшем произ-

водстве по делу и постановлении приговора или иного итогового решения.

Поскольку залогом независимости судебной власти выступает строгое соблюдение принципа разделения властей, постольку Конституционным Судом РФ были определены критерии допустимости усмотрения законодателя при установлении правового регулирования рассматриваемой сферы общественных отношений. Широта дискреции при закреплении системы и полномочий судебных инстанций, последовательности и процедуры обжалования и оснований для отмены судебных актов по итогам их проверки компетентной судебной инстанцией ограничивается конституционными целями и ценностями, а также общепризнанными принципами и нормами международного права и международными обязательствами Российской Федерации. Помимо этого законодатель должен учитывать значимость конкретной категории дел, а также роль и место соответствующего суда в национальной судебной системе.

В русле данного подхода был сформулирован ряд правовых позиций, затрагивающих вопросы компетенции органов государственной власти в сфере регламентации статуса судей. Как показывает анализ решений, принятых Конституционным Судом по результатам рассмотрения поступающих обращений, нарушение независимости судей имеет место и в процессе наделения судей полномочиями, и при досрочном прекращении их полномочий, а также при привлечении судей к дисциплинарной ответственности.

Особое внимание в связи с этим Конституционный Суд РФ уделил институту неприкосновенности судей как важнейшей гарантии независимости судебной власти, которую он рассматривает в качестве выходящего по своему объему за пределы личной неприкосновенности обоснованного исключения из принципа равенства всех перед законом и судом. Это обусловлено тем обстоятельством, что общество и государство, предъявляя судье и его профессиональной деятельности повышенные требования, обязаны в то же время обеспечить ему дополнительные гарантии надлежащего осуществления правосудия.

Рассматривая общие вопросы регулирования статуса судей в контексте обеспечения их независимости, Конституционный Суд РФ затрагивал в своих решениях в том числе вопросы материального обеспечения судей и членов их семей. В них указывалось, что судьи как носители судебной власти реализуют публично-правовые цели правосудия, чем предопределяется необходимость их надлежащего материального содержания в качестве неотъемлемого элемента конституционного статуса судьи. В этом смысле предоставление судье за счет государства достойного материального и социального обеспечения не только гарантирует конституционный статус судьи, но и содействует соблю-



дению судьей установленных требований и запретов, призванных обеспечить его независимость.

Согласно позиции Конституционного Суда РФ лицо, избравшее профессиональную деятельность в качестве судьи, добровольно принимает условия, ограничения и преимущества, с которыми связан приобретаемый им публично-правовой статус, и выполняет соответствующие требования согласно установленной законом процедуре. Из этого вытекает, что запреты и ограничения, обусловленные специфическим статусом, который приобретает лицо, не могут рассматриваться как неправомерное ограничение его конституционных прав. Установление конкретного объема запретов и ограничений, связанных со статусом судьи, включая определение видов деятельности, которыми вправе заниматься судья, является прерогативой федерального законодателя, который может изменять его, в том числе в зависимости от общественной значимости той или иной сферы деятельности и обеспеченности ее квалифицированными кадрами при условии соблюдения при этом конституционных принципов справедливости, соразмерности, стабильности, недопустимости ограничения законодательных гарантий статуса судьи или снижения их уровня.

В ряде других своих решений Конституционный Суд РФ подчеркнул, что предоставление судье в будущем особого статуса судьи в отставке также служит гарантией надлежащего осуществления правосудия, дает основания для предъявления судьям высоких требований и позволяет сохранять доверие к их компетентности, независимости и беспристрастности. В соответствии с законом отставкой судьи признается почетный уход или почетное удаление судьи с должности. За лицом, пребывающим в отставке, сохраняется звание судьи, гарантии личной неприкосновенности, принадлежность к судейскому сообществу. Предоставление судьям, пребывающим в отставке, ежемесячного пожизненного содержания является дополнительной гарантией надлежащего материального обеспечения в связи с предъявляемыми им высокими требованиями и установленными для судей запретами и ограничениями, обусловленными спецификой их профессиональной деятельности. В частности, как указывалось в одном из решений Конституционного Суда, запрет на занятие адвокатской деятельностью, установленный в отношении судей в отставке, направлен на исключение ситуаций, которые могут породить объективные сомнения в беспристрастности и непредвзятости судьи, рассматривающего дело при участии в процессе адвоката, являющегося одновременно судьей в отставке. Будучи основанным на особом статусе судьи, он не может оцениваться как несоразмерное ограничение конституционных прав граждан - судей в отставке (обладающих выбором сохранить указанный статус или работать адвокатом).

Таким образом, в своих решениях, посвященных вопросам организа-

ции и деятельности судебной власти, Конституционный Суд Российской Федерации исходит из отчетливого понимания: без независимого суда не может быть правового государства. Поскольку суд и только суд выступает конечной инстанцией в разрешении правовых споров, постольку именно независимая судебная власть выступает важнейшей институциональной гарантией права на справедливое правосудие.

В последнее время в Российской Федерации многое было сделано для становления и поддержания принципа независимости судей. Однако обеспечение подлинной судебской независимости, которая, как это не раз отмечалось в решениях Конституционного Суда РФ, является не личной привилегией, а средством, призванным обеспечивать каждому действительную защиту его прав и свобод справедливым и беспристрастным судом, по-прежнему остается первоочередной задачей.

\*\*\*

Восходя к возникшей еще в античности концепции нуждающегося в особой охране верховного закона, централизованный судебный контроль конституционности является неотъемлемой частью европейского правового наследия, прежде всего континентальной правовой традиции. Опыт Российской Федерации, равно как и других государств, свидетельствует о том, как конституционное правосудие, осуществляемое самостоятельным органом, успешно противодействует вызовам, так или иначе угрожающим независимости судебной власти.

## SUMMARY

There are several mechanisms of interaction of the Constitutional Court of the Russian Federation with courts of general jurisdiction and arbitration jurisdiction which solve the tasks of strengthening of the independence of the judicial power.

First, it is the institution of request of the court to review the constitutionality of the law which should be applied in a particular case.

The Constitutional Court of the Russian Federation has emphasized the institution of immunity of judges as the most important guarantee of the independence of the judicial power.

In a number of decisions, the Constitutional Court of the Russian Federation highlighted that, in the future, granting a judge with the special status of retired judges as a guarantee of proper administration of justice, gives grounds for the providing the judges with high requirements and allows to preserve the credibility of their competence, independence and impartiality.

Thus, in its decision on the organization and functioning of the judicial power, the Constitutional Court of the Russian Federation derives from the precise understanding that without the independent judicial power the rule of law cannot exercise. As only the court acts as the final instance in the resolution of legal disputes, in so far, the independent judicial power acts as an important institutional guarantee of the right to fair trial.



## РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РЕСПУБЛИКИ АРМЕНИЯ В УКРЕПЛЕНИИ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ: КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ РЕШЕНИЯ, СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

АРЕВИК ПЕТРОСЯН

*Член Конституционного Суда РА*

Многоуважаемый господин Арутюнян!

Многоуважаемый господин Букиккио!

Уважаемые участники Конференции!

Прежде всего хочу поздравить с 20-летием принятия Конституции РА и образования Конституционного Суда РА. Желаю моим коллегам из Конституционного Суда во главе с господином Арутюняном и всему Аппарату Конституционного Суда под руководством господина Акопяна крепкого здоровья и успехов в столь ответственной миссии и благодарю за возможность выступить с трибуны этой Международной конференции.

Независимость судебной власти является одной из важнейших предпосылок верховенства права, эффективности правосудия, демократии, общественного доверия к государству, к чему стремится любое государство, провозгласившее основные права и свободы человека высшей ценностью.

Научно-практические исследования свидетельствуют о том, что обеспечение независимости судебной власти является актуальной проблемой, существующей с момента формирования государства по сей день<sup>1</sup>.

Независимость судебной власти гарантируется посредством функциональных, институциональных, материальных и социальных предпосы-

<sup>1</sup> При составлении данного доклада также были изучены как научно-практические исследования ученых-юристов, в частности научно-практические исследования доктора юридических наук, профессора Г. Арутюняна, так и международно-правовые документы, материалы, в том числе Резолюция 1989/60 Экономического и Социального Совета ООН «Процедуры эффективного осуществления основных принципов независимости судебных органов» от 24 мая 1989 года, Европейские стандарты «О независимости судебной системы» Европейской комиссии «За демократию через право» Совета Европы 2010 года.

лок. И только в том случае, когда есть полноценные правовые регулирования последних и они эффективно реализуются, можно утверждать, что независимость судебной власти - живая реальность.

Обеспечение независимой, беспристрастной и эффективной судебной системы является также одним из главных приоритетов Республики Армения. Республика Армения приняла международно-правовые обязательства по гарантированию и обеспечению независимости судебной власти. Республика Армения в результате реформ, осуществленных за 24 года своей независимости, Конституцией и законами РА закрепила правовые положения, гарантирующие независимость судебной власти.

Несомненно, ответственными за обеспечение и укрепление независимости судебной власти являются, в первую очередь, органы государственной власти, в том числе также Конституционный Суд.

Попробуем рассмотреть роль Конституционного Суда РА в укреплении независимости судебной власти в свете отдельных аспектов его функций, полномочий, постановлений и современных вызовов.

Прежде всего представлю несколько общих замечаний.

Роль Конституционного Суда в укреплении независимости судебной власти обусловлена его миссией и статусом. Как известно, основными функциями Конституционного Суда как органа, осуществляющего конституционное правосудие, являются обеспечение верховенства Конституции, сохранение конституционного баланса разделения и равновесия властей, гарантирование защиты закрепленных Конституцией прав и свобод человека. По нашему мнению, из данных функций, по существу, вытекает, что роль Конституционного Суда в укреплении независимости судебной власти заключается в:

- соблюдении конституционного баланса между законодательной, исполнительной и судебной властями;
- обеспечении полноценной и эффективной реализации конституционных принципов и норм независимости судебной власти, тем самым гарантируя как защищенность судебной власти от неправомерного влияния и вмешательства, так и доступность и эффективность правосудия, полноценную реализацию конституционного права человека на судебную защиту.

По нашему мнению, основной предпосылкой эффективной реализации вышеуказанных функций является наделенность Конституционного Суда необходимыми и достаточными полномочиями, а также наличие целостных предпосылок для их реализации. Также чрезмерно важно, чтобы функциональные, институциональные, материальные и социальные гарантии независимости судебной власти были бы полноценно установлены Конституцией.

Каковы армянские реалии?

Правовое положение об осуществлении Конституционным Судом РА конституционного правосудия закреплено Конституцией РА (статья 93). Правовое положение об обеспечении Конституционным Судом РА верховенства и непосредственного действия Конституции РА закреплено Законом РА "О Конституционном Суде" (статья 1).

Полномочия Конституционного Суда РА исчерпывающим образом установлены Конституцией РА (статья 100), а порядок деятельности - Конституцией РА и Законом РА "О Конституционном Суде" (далее также Закон).

Исходя из действующих конституционно-правовых регулирований можно констатировать, что Конституционный Суд РА обеспечивает и гарантирует полноценную и эффективную реализацию конституционных принципов и норм независимости судебной власти, доступности и эффективности правосудия, а также конституционного права человека на судебную защиту посредством своего конституционного полномочия по определению в установленном Законом порядке соответствия Конституции РА правовых актов, указанных в части 1 статьи 100 Конституции РА<sup>2</sup>.

Что касается соблюдения конституционного баланса между законодательной, исполнительной и судебной властями, то необходимо отметить, что Конституционный Суд РА пока еще не наделен соответствующим конституционным полномочием, в частности полномочием разрешения споров между судебной властью и иными конституционными органами в связи с их конституционными полномочиями.

В данном контексте есть лишь регулирование Закона, согласно которому при принятии постановлений по делам, указанным в части 1 статьи 100 Конституции РА, Конституционный Суд устанавливает соответствие Конституции оспариваемого акта или его отдельных положений, в частности, учитывая также обеспеченность разделения и баланса властей, предусмотренных Конституцией; допустимые пределы полномочий государственных органов и органов местного самоуправления и их должностных лиц (статья 68).

Однако, по нашему мнению, указанное регулирование недостаточно в связи с отсутствием соответствующего конституционного полномочия. Необходимо отметить, что Конституционный Суд свое полномочие, указанное частью 1 статьи 100 Конституции, осуществляет в установленном Конституцией РА и Законом порядке, который в контексте укрепления независимости судебной власти не предусматривает особенностей.

<sup>2</sup> К правовым актам, указанным частью 1 статьи 100 Конституции РА, относятся: законы, постановления Национального Собрания, указы Президента Республики, постановления Правительства, Премьер-министра, органов местного самоуправления.

Какими правовыми возможностями обладает Конституционный Суд РА, в том числе для укрепления независимости судебной власти и осуществления своих указанных полномочий?

Прежде всего, об ограничениях. Конституционный Суд РА не может рассматривать дело по своей инициативе. Конституцией РА установлен исчерпывающий список субъектов обращения в Конституционный Суд (статья 101). Помимо этого, Конституционный Суд рассматривает дело лишь при наличии соответствующего обращения и принимает постановление лишь касательно предмета, указанного в обращении. Конституционный Суд РА компетентен:

- выяснять все обстоятельства по должности (*ex officio*), не ограничиваясь ходатайствами, предложениями участников судопроизводства, представленными ими доказательствами и другими имеющимися в деле материалами (статья 19 Закона);
- истребовать материалы от государственных органов и органов местного самоуправления, их должностных лиц, а также от физических и юридических лиц (статья 40 Закона);
- определяя конституционность правового акта, оценивать также сложившуюся правоприменительную практику (статья 63 Закона)<sup>3</sup>;
- определяя конституционность какого-либо нормативного акта, указанного в части 1 статьи 100 Конституции, проверять также конституционность иных положений данного акта, системно взаимосвязанных с оспариваемым положением этого акта. Убедившись в противоречии Конституции иных положений данного нормативного акта, взаимосвязанных с оспариваемыми положениями, может признать противоречащими Конституции и недействительными также эти положения (статья 68).

Несомненно, роль Конституционного Суда в укреплении независимости судебной власти отражается в принятых им постановлениях. Прежде всего отметим, что Конституционный Суд РА с момента своего формирования и по сей день по делам, указанным в части 1 статьи 100 Конституции РА, принял 206 постановлений. Можно констатировать, что почти половина вышеуказанных постановлений<sup>4</sup> относится к тем делам, по которым Конституционный Суд РА раскрыл конститу-

<sup>3</sup> Необходимо отметить, что по делам, указанным в части 1 статьи 100 Конституции РА, Конституционный Суд РА по необходимости (есть объемная статистика) оценивает также судебную правоприменительную практику. Кроме этого, Конституционный Суд внедрил в практику возможность получения по данным делам позиции судебной системы.

<sup>4</sup> В частности, по состоянию на 1 октября 2015 года:

- сорока постановлениями Конституционного Суда РА касательно 86 положений Уголовно-процессуального кодекса РА 21 положение было признано соответствующим Конституции РА, 20 положений - соответствующими Конституции РА в конкретном конституционно-правовом содержании, раскрытом постановлением Конституционного Суда, 36 положений - противоречащими Конституции и недействительными, в части 9 положений были приняты постановления о прекращении производства по делу;

ционно-правовое содержание оспариваемых правовых положений, в частности, в контексте обеспечения полноценной и эффективной реализации конституционных принципов и норм независимости судебной власти, конституционных требований по осуществлению правосудия, а также конституционных прав человека на судебную защиту и восстановление нарушенных прав. Этими постановлениями Конституционный Суд РА значительную часть оспариваемых правовых положений признал противоречащими Конституции РА и недействительными.

Причем были признаны противоречащими Конституции РА целые процессуальные институты, в частности, это касалось формирования составов судей по конкретным делам, обоснованности судебных актов, гарантирования разумного срока судебного разбирательства, обеспечения доступности суда и других проблем. В упомянутых постановлениях, руководствуясь Конституцией РА, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, основными положениями, закрепленными иными международно-правовыми документами, ссылаясь также на международный опыт развития демократии и прецедентную практику Европейского суда по правам человека, обозначив создание и развитие необходимых нормативно-правовых предпосылок, оценив также судебную правоприменительную практику, Конституционный Суд выдвинул доктринальные подходы, выразил ключевые правовые позиции, на основании которых в законодательно-правовых регулированиях были осуществлены многочисленные изменения институционального характера.

- 
- двадцатью восемью постановлениями Конституционного Суда РА касательно 62 положений Гражданского процессуального кодекса РА 16 положений были признаны соответствующими Конституции РА, 10 - соответствующими Конституции РА в конкретном конституционно-правовом содержании, раскрытом постановлением Конституционного Суда, 21 - противоречащим Конституции и недействительным, в части 15 положений были приняты постановления о прекращении производства по делу;
  - восемнадцатью постановлениями Конституционного Суда РА касательно 29 положений Административного процессуального кодекса РА 5 положений были признаны соответствующими Конституции РА, 8 положений - соответствующими Конституции РА в конкретном конституционно-правовом содержании, раскрытом постановлением Конституционного Суда, 9 положений - противоречащими Конституции и недействительными, в части 7 положений были приняты постановления о прекращении производства по делу;
  - семью постановлениями Конституционного Суда касательно 11 положений Судебного кодекса РА 3 положения были признаны соответствующими Конституции РА, 3 положения - соответствующими Конституции РА в конкретном конституционно-правовом содержании, раскрытом постановлением Конституционного Суда, 2 положения - противоречащими Конституции и недействительными, в части 3 положений были приняты постановления о прекращении производства по делу;
  - четырьмя постановлениями Конституционного Суда касательно 6 положений Закона РА "О Конституционном Суде" 2 положения были признаны соответствующими Конституции РА, 1 положение - соответствующим Конституции РА в конкретном конституционно-правовом содержании, раскрытом постановлением Конституционного Суда, 1 положение - противоречащим Конституции и недействительным, в части двух положений было принято постановление о прекращении производства по делу.



Приведем конкретный пример. Конституционный Суд РА в своем Постановлении от 2 декабря 2008 года, рассмотрев вопрос конституционности закрепленных в статье "Несменяемость судьи" Судебного кодекса РА правовых положений о командировании судьи в данный или иной суд и оценив сложившуюся правоприменительную практику, признал данные правовые положения противоречащими Конституции РА и недействительными. Согласно упомянутым правовым положениям, Председатель Кассационного Суда посредством командирования судьи получал возможность осуществления нового временного назначения, приостанавливая основные полномочия судьи, временно назначая его судьей специализированного суда. И это в том случае, когда Конституция РА устанавливает совершенно иные процедуры назначения судей и прекращения их полномочий и не предусматривает никаких исключений. Проанализировав также правоприменительную практику, Конституционный Суд констатировал, что в результате необоснованных решений в связи с судоустройством сложилась ситуация, когда для каждого конкретного дела Председатель Кассационного Суда формировал специализированный уголовный суд, в котором большинство составляли судьи суда первой инстанции общей юрисдикции - исключительно в результате дискреционного выбора. Это ситуация, которая не исходила из фундаментальных принципов правового государства, не была правомерной и содержала коррупционные риски.

В рамках вопроса конституционности правовых положений относительно командирования судьи, с точки зрения обеспечения полноценной и эффективной реализации конституционных требований осуществления правосудия и конституционного права человека на судебную защиту, Конституционный Суд выразил ключевые правовые позиции также касательно специализированных судов. В частности, констатируя, что Конституция РА предусматривает возможность создания законом специализированных судов, Конституционный Суд нашел, что нормативным элементом содержания конституционной нормы является требование, согласно которому подобный суд должен осуществлять правосудие в рамках определенной юрисдикции - это исключительная компетенция этого органа. Смысл предоставленной конституционной нормой возможности создания специализированного суда заключается не в механическом разделении дел между разными судами, а в создании обеспечивающей эффективную реализацию права на судебную защиту системы, в которой распределение дел между наделенными различной компетенцией судами будет осуществляться по оправданным с точки зрения эффективного осуществления права на судебную защиту критериям, в условиях которой компетентные суды своей профессиональной квалификацией будут в состоянии осуществлять эффективное специализированное правосудие.

Постановление Конституционного Суда ПКС-782 послужило основанием для концептуальных реформ судебной системы, в том числе для

законодательных изменений функциональных взаимоотношений судов первой инстанции общей юрисдикции и специализированного - административного суда и особенностей их процессуальных процедур. Еще один пример. Конституционный Суд РА своими Постановлениями от 25 февраля 2011 года ПКС-934 и от 15 июля 2011 года ПКС-984 отдельные положения Гражданского процессуального и Уголовно-процессуального кодексов РА относительно института пересмотра судебных актов на основании новых обстоятельств в части содержания, данного им в правоприменительной практике, признал противоречащими Конституции РА и недействительными. В результате применения правовых положений закона в толковании, отличном от правовых позиций Конституционного Суда РА, не предоставлялась возможность восстановления нарушенных прав человека в рамках судебного обжалования посредством пересмотра дела на основании новых обстоятельств. Конституционный Суд в рамках другого дела (ПКС-1114 от 18.09.2013 г.) в аспекте упомянутого института осуществил всестороннее изучение около 150 решений, принятых за последние годы Палатой по гражданским и административным делам Кассационного Суда РА, из которого следует, что в 92.3 процентах рассмотренных дел попросту отказано в рассмотрении дел на основании новых обстоятельств и жалобы возвращены. Только в 7.7 процентах дел жалобы на основании новых обстоятельств были удовлетворены в аспекте начала процесса пересмотра вынесенных ранее судебных актов об отказе в принятии их к рассмотрению. Однако во всех случаях по какому-либо делу окончательный судебный акт не был пересмотрен. На практике были констатированы также случаи, когда дело было пересмотрено, судебный акт был переизложен почти аналогично - без той статьи, относительно которой Конституционный Суд вынес соответствующее постановление. Похожие ситуации не могут характеризоваться иначе как препятствующие, тупиковые обстоятельства в обеспечении верховенства права, следовательно, также верховенства Конституции.

С целью обеспечения полноценной реализации конституционных прав человека на судебную защиту и восстановление нарушенных прав Конституционный Суд касательно института пересмотра судебных актов на основании нового обстоятельства выдвинул доктринальные подходы, согласно которым, в частности:

- пересмотр судебного акта на основании нового обстоятельства неизбежно должен повлечь в силу факта (*ipso facto*) отмену судебного акта, применившего неконституционную норму и/или допустившего нарушение конвенционного права, исключая возможность оставления его в законной силе;
- в правоприменительной практике правовые положения не могут толковаться и применяться таким образом, чтобы они противоречили раскрытому Конституционным Судом их конституционно-правово-

му содержанию. Даже если правовое положение признается конституционным, однако его применение судами осуществляется в таком толковании, которое противоречит раскрытому Конституционным Судом конституционно-правовому содержанию нормы, то для лица возникает основание нового обстоятельства и дело должно быть возобновлено.

На основании постановлений Конституционного Суда РА относительно института пересмотра судебных актов на основании новых обстоятельств были внесены коренные и системные законодательные изменения в Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы РА, а также в Закон РА "О Конституционном Суде".

На вышеуказанных примерах хотели подчеркнуть, что независимость судебной власти не самоцель, а направлена также на обеспечение эффективности правосудия и гарантирование полноценной реализации конституционного права человека на судебную защиту.

Подводя итог, можем отметить, что Конституционный Суд РА в рамках своего конституционного полномочия исполняет роль в деле укрепления независимости судебной власти. Однако необходимо также отметить, что в аспекте повышения эффективности данной роли пока есть много задач, которые требуют новых и комплексных конституционно-правовых решений. В частности, необходимо:

- на конституционном уровне закрепить основные функции Конституционного Суда РА по обеспечению верховенства Конституции и необходимые и достаточные полномочия для ее осуществления;
- на конституционном уровне закрепить необходимые и достаточные полномочия по осуществлению соблюдения конституционного баланса между законодательной, исполнительной и судебной властями, в частности полномочие по разрешению споров, возникающих между конституционными органами в связи с их конституционными полномочиями;
- на конституционном уровне надлежащим образом установить необходимые и достаточные гарантии для функциональной, институциональной, материальной и социальной независимости судебной власти.

Какие шаги предпринимаются в Республике Армения для разрешения существующих задач?

Сегодня Армения находится в процессе конституционных реформ<sup>5</sup>. Проектом изменений Конституции РА, в частности, на конституционном уровне предлагается закрепить основную функцию Конституционного Суда по обеспечению верховенства Конституции. Также пре-

<sup>5</sup> 5 октября 2015 года Национальное Собрание РА одобрило инициативу Президента РА о вынесение Проекта изменений Конституции РА на референдум. Референдум назначен на 6 декабря 2015 года.

дусматриваются изменения в рамках полномочий Конституционного Суда. В частности, предлагается в порядке, установленном Конституцией и Законом о Конституционном Суде, предоставить Конституционному Суду следующие полномочия:

- до принятия проекта изменений Конституции, а также проектов правовых актов, выносимых на референдум, определять их соответствие Конституции;
- до подписания Президентом принятого Национальным Собранием закона определять его соответствие Конституции;
- разрешать споры между конституционными органами касательно их конституционных полномочий;
- при определении конституционности нормативно-правового акта учитывать также толкование содержания соответствующего положения, раскрытого в правоприменительной практике.

И в заключение, только в случае комплексных и полных конституционно-правовых решений можно с уверенностью констатировать: что независимость судебной власти является действенной предпосылкой верховенства права, эффективности правосудия и полноценной реализации конституционного права человека на судебную защиту.

Надеемся, что обсуждения в рамках данной Конференции также способствуют укреплению независимости судебной власти в нашей стране.

Желаю удачи в работе Конференции и благодарю за внимание.

## SUMMARY

The role of the Constitutional Court in strengthening of the independence of the judicial power is based on its mission to administer constitutional justice. It derives from the essence of the latter that the role of the Constitutional Court in strengthening the independence of the judicial power is, in particular, to ensure the full and effective implementation of the constitutional principles and norms on the independence of the judicial power, thereby guaranteeing the defense of the judicial power from the illegitimate influence and intervention and accessibility and efficiency of justice, and precise implementation of the constitutional human right to judicial protection.

Deriving from the current constitutional regulations, it could be stated that the RA Constitutional Court ensures and guarantees the full and effective implementation of the constitutional principles and norms on the independence of judiciary, the accessibility and efficiency of justice, as well as the constitutional right to judicial protection through the implementation

its constitutional power, pursuant to which, by the manner prescribed by law, the conformity of the legal acts envisaged in Paragraph 1 of Article 100 of the RA Constitution to the Constitution is determined.

Undoubtedly, the role of the Constitutional Court in strengthening the independence of the judicial power is reflected in its decisions. At first, it should be noted that since its establishment, the Constitutional Court has made 206 decisions on the cases mentioned in Paragraph 1 of Article 100 of the Constitution of the Republic of Armenia. It may be stated that almost half of the above mentioned decisions refer to the cases where the RA Constitutional Court revealed, in particular, the content of the constitutional principles and norms of independence of judicial power, the constitutional requirements of administration of justice, as well as in the context of ensuring full and effective implementation of judicial defence and restoration of violated rights of individuals. By these decisions the RA Constitutional Court has declared a significant part of the challenged legal provisions as contradicting the RA Constitution and void.

Moreover, the Court declared the entire procedural institutions unconstitutional such as in certain cases of formation of court composition, validity of judgment, the assurance of reasonable time of trial, the accessibility to the court and other issues. Guided by the provisions stipulated in the RA Constitution, the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other international legal documents, referring also to the international experience of the development of democracy, the case law of the European Court of Human Rights, highlighting the formation and development of the necessary normative-legal prerequisites, assessing also the law enforcement practice, the Constitutional Court has put forward doctrinal approaches and expressed key legal positions in the mentioned decisions on the basis of which numerous institutional changes were made in the legislative regulations.



# НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В КОНСТИТУЦИОННОЙ СИСТЕМЕ ЧЕШСКОЙ РЕСПУБЛИКИ И ЕЕ ИНТЕРПРЕТАЦИЯ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ

РАДОВАН СУХАНЕК

*Судья Конституционного Суда Чешской Республики*

## I. Конституционное регулирование

Конституционная система Чешской Республики закрепляет независимость судебной власти в трех аспектах:

1. Как *структуральный принцип* Конституции Чешской Республики<sup>1</sup>. В этом аспекте судебная власть в системе разделения государственной власти является одной из трех составляющих государственной власти, которая урегулирована отдельно в соответствии с Конституцией, а от остальных составляющих государственной власти отделена условно (ст. 2., п. 1 и глава 3 Конституции - Судебная власть). Согласно ст. 81 Конституции судебную власть отправляют независимые суды, то есть, с одной стороны, суды, образующие систему судов (в соответствии со ст. 91 Конституции - районные, краевые, окружные суды, Верховный Суд и Верховный Административный Суд), а с другой стороны, Конституционный Суд как судебный орган, выполняющий защиту конституционности (ст. 83 Конституции).

2. Как *гарантия беспристрастных решений* судей. В этом аспекте Конституция предусматривает, что судьи при выполнении своих обязанностей должны действовать независимо и никто не может ставить под угрозу их беспристрастность (ст. 82, п. 1); судью нельзя отозвать против его воли или перевести в другой суд; исключения, связанные, в частности, с дисциплинарной ответственностью, предусматривает закон (ст. 82, п. 2); должность судьи несовместима с должностью Президента Республики, члена парламента или любой другой должностью

<sup>1</sup> Конституционный закон Чешского национального совета № 1/1993 Sb., Конституция Чешской Республики с поправками последующих конституционных законов (далее только "Конституция").

в сфере государственного управления; закон устанавливает, какие еще виды деятельности несовместимы с исполнением должностных обязанностей судьи (ст. 82, п. 3); судьи судов судебной системы назначаются Президентом Республики без ограничения во времени (ст. 93, п. 1); судья, принимая решение, связан законом и международным договором, который является частью правопорядка; судья вправе оценить соответствие другого (подзаконного) правового предписания закону или такому международному договору (ст. 95, п. 1). Независимость судов и судей закреплена также Хартией основных прав и свобод<sup>2</sup>, с одной стороны, положением, на основании которого петиции не могут затрагивать независимость суда (ст. 18, п. 2), а с другой стороны, ограничениями некоторых основных прав личностей судей, которые не имеют права на забастовку (ст. 27, п. 4), а закон может ограничить их также в праве на предпринимательство и другую экономическую деятельность, равно как и в праве создавать политические партии и политические движения, а также объединяться в них (ст. 44).

3) Как конституционно гарантированное *фундаментальное субъективное процессуальное право*. Это право сформулировано как право каждого человека добиваться посредством установленной процедуры своих прав перед независимым и беспристрастным судом; условия и детали регламентируются законом (п. 1 и 4 ст. 36 Хартии). Здесь речь идет об отображении права в справедливом процессе перед независимым и беспристрастным судом в соответствии с пунктом 1. ст. 6 Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод. Хартия также предусматривает, что ни один человек не может быть лишен своего законного судьи, а подведомственность суда и судьи определяется законом (ст. 38, п. 2).

## II. Интерпретация независимости судов и судей Конституционным Судом

Во всех описанных плоскостях независимости судов и судей Конституционный Суд ЧР за 22 года своей деятельности разработал богатую юдикатуру. В ней зафиксировано, к примеру, что, *"хотя ... в сфере правосудия даже демократическое государство не стремится к максималистским программам, с другой стороны, оно обязано создавать институциональные предпосылки для реальной независимости судов, чтобы стабилизировать их позицию по отношению к законодательной и исполнительной власти, как важного государствообразующего, но в то же время и "полемического элемента"*. Независимость судей *"содержит в себе ряд аспектов, которые вместе взятые должны соз-*

<sup>2</sup> Хартия основных прав и свобод (далее только "Хартия") объявлена Конституционным законом № 23/1991 Sb., а также объявлена под № 2/1993 Sb., согласно п. 1 ст. 3 и ст. 112 Конституции является частью конституционной системы Чешской Республики.

дать предпосылки для того, чтобы суды могли выполнять свои задачи и обязанности, в частности, в области прав и свобод человека и гражданина (...) некоторые из этих аспектов могут иметь нематериальный характер, несмотря на то, что каждый такой аспект, естественно, одновременно несет в себе и нематериальный подтекст"<sup>3</sup>.

В ключевом решении, которым по предложению Президента республики был отменен ряд положений Закона "О судах и судьях"<sup>4</sup>, Конституционный Суд констатировал: "Реальная независимость судов является специфическим и неизменным атрибутом судебной власти, обоснованным, а также требуемым ст. 4 Конституции, в соответствии с которыми основные права и свободы находятся под защитой судебной власти, равно как и ст. 81 и 82 Конституции .... Уже отмеченная характерная особенность и содержание судебной власти, следовательно, не могут быть поставлены под сомнение, поэтому и её основные функции несовместимы с любой другой формой проникновения другой составляющей государственной власти, предпосылка которой была ... отмечена ... в нынешней Конституции ... в ст. 82, п. 3 .... Следовательно, принцип независимости суда имеет в этом отношении, как уже говорилось, безусловный характер, исключающий возможность вмешательства со стороны исполнительной власти. (...) Независимость судей, равно как и независимость судебной власти ... связаны и находятся в состоянии взаимной обусловленности, т. е. и с беспристрастностью судьбы и суда. Независимость и беспристрастность являются неотъемлемыми атрибутами понятия "суд". Его беспристрастность и независимость являются теми ценностями, которые приносят пользу всем, потому что это одна из гарантий равенства и правовой безопасности в демократическом обществе. Только беспристрастный суд способен обеспечить истинное правосудие всегда и всем, при этом одним из средств, гарантирующих беспристрастность суда, является независимость судей"<sup>5</sup>.

Позже Конституционный Суд высказал свое мнение о пределах независимости судей: "Конституционная гарантия независимости судей означает, что никто не в праве вмешиваться в разбирательство перед судом и в вынесение судебного решения. (...) Независимость вынесенных судьей решений ... это не абсолютное понятие, а наоборот, относительное, потому что судья, принимая свое решение, не может действовать произвольно, а в рамках закона, который, однако, ... должен быть в соответствии с конституционной системой. Впрочем, если бы существовала абсолютная независимость, то она бы действовала контрпродуктивно, поскольку скорее бы усложняла, чем способ-

<sup>3</sup> Решение от 15. 09. 1999 рег. номер Pl. ÚS 13/1999 (N 125/15 SbNU 191, 233/1999 Sb.).

<sup>4</sup> Закон № 6/2002 Sb. О судах, судьях, присяжных и государственном управлении судов, об изменении некоторых других законов (Закон "О судах и судьях") относится к судам, входящим в судебную систему, но не к Конституционному Суду.

<sup>5</sup> Решение от 18. 06. 2002 рег. номер Pl. ÚS 7/02 (N 78/26 SbNU 273, 349/2002 Sb.).



ствовала принятию решений. Таким образом, независимость судей имеет свои пределы. Ограниченность законом, однако, не означает зависимость от законодательства. И по отношению к законодательной власти судья также независим. Независимость судьи от законодательной власти означает, что законодательной власти запрещено оказывать прямое влияние на решения в конкретных случаях в ходе текущего процесса. Но это не мешает законодательной власти, даже наоборот, это его главная задача - устанавливать правила и процедуры, которые будут применяться судьями в отправлении права"<sup>6</sup>.

В решении, которым Конституционный Суд отменил положение § 106 пункт 1 Закона "О судах и судьях", что позволяло отзывать председателя или заместителя председателя любого суда, "если он серьезным образом или неоднократно нарушает установленные законом обязанности при исполнении государственного управления судов", говорится: "Одним из основных условий для верховенства права является сильное и независимое правосудие. В государстве, которое должно считаться государством правовым, судебная власть должна рассматриваться как один из трех типов власти, имеющий тот же вес, что и исполнительная и законодательная власти, от которых судебная власть должна быть в наибольшей степени независима, при этом судебная власть пользуется особо отмеченной конституционной защитой независимости, как единственная из трех типов власти. Данный принцип был в большей или меньшей степени внедрен в конституции большинства стран мира, иногда даже и в тех государствах, где правосудие не было (или не является) де-факто независимым. Существует опасность, что этот принцип остается всего лишь теоретической конструкцией, если собственно текст конституции или хотя бы правовые предписания, которыми руководствуется правосудие, не дополняют другие принципы, которые можно извлечь из конституций большинства западноевропейских стран, а также из наиболее важных международных документов, касающихся проблематики независимости судебной власти"<sup>7</sup>.

В решении, принятом в 2007 году, Конституционный Суд охарактеризовал независимую судебную систему как неизменную часть конституционного порядка: "Конституционный Суд исходит из предпосылки, что принцип независимости судебной власти является одним из существенных атрибутов демократического правового государства (ст. 9, п. 2 Конституции). Требование независимой юстиции исходит из двух источников: нейтральности судей как гарантии справедливого, беспристрастного и объективного судебного разбирательства и обеспечения прав и свобод отдельных лиц судьями, "отмежеванным" от политической власти. Независимость судей обеспечена гарантиями особо-

<sup>6</sup> Решение от 28. 5. 2005 рег. номер Pl. ÚS 60/04 (N 96/37 SbNU 297, 264/2005 Sb.).

<sup>7</sup> Решение от 11. 06. 2006 рег. номер Pl. ÚS 18/06 (N 130/42 SbNU 13, 397/2006 Sb.).

го правового статуса (к которым следует отнести несмещаемость, неотзываемость, неприкосновенность), а также гарантиями организационной и должностной независимости от органов, представляющих законодательную, и особенно, исполнительную власть, равно как и отделение судебной власти от законодательной и исполнительной властей (в частности, через применение принципа несовместимости). С точки зрения содержания, независимость судей обеспечена их связанностью лишь законом, т. е. исключением каких-либо элементов субординации в принятии судебных решений<sup>8</sup>.

### III. Модель управления судов в Чешской Республике - постоянно открытый вопрос

В принципе Конституция оставляет вопрос управления судов в компетенции законодателей. Об управлении правосудием вообще не упоминает и не учреждает никаких специальных органов так называемого судебного самоуправления. Пока единственной попыткой исполнительной власти по вопросу конституционного регулирования проблематики управления судов стал правительственный проект поправки к Конституции, датируемый февралем 2000 года<sup>9</sup>, который предусматривал создание *Верховного Совета правосудия*, в задачу которого входило бы соблюдение независимости судов и судей. Участие Совета в управлении судами должно было состоять, в частности, в представлении Президенту республики предложений по кандидатурам на должность судей (в настоящее время де факто это выполняет правительство по предложению министра юстиции) и кандидатур для назначения на должности Председателя и заместителей Председателя Верховного Суда, а также предложений по их отзыву (в настоящее время без такого предложения их назначает Президент республики сроком на 10 лет, и без контрассигнации премьер-министра, при этом он ограничен в своем выборе - в соответствии с толкованием Конституционного Суда<sup>10</sup> - составом судей Верховного Суда). Совет должен был состоять из 16 членов с пятилетним сроком полномочий, Председателем Совета должен был быть Председатель Верховного Суда, 7 членов должны были быть избраны всеми судьями из своего состава, а затем по четыре члена каждой палатой Парламента из числа заслуженных лиц в области права.

Но поскольку проект в Палате депутатов был отклонен, новый закон о судах и судьях сохранил существующую модель *государственного управления судами*, органами которой являются председатели и заместители председателей соответствующих судов, а её центральным органом - Министерство юстиции. Государственное управление судами

<sup>8</sup> Решение от 16. 07. 2007 рег. номер Pl. ÚS 55/05 (N 9/44 SbNU 103, 65/2007 Sb.).

<sup>9</sup> Палата депутатов 2000, III-го созыва, издание 541.

<sup>10</sup> Решение от 12. 9. 2007 рег. номер Pl. ÚS 87/06 (N 139/46 SbNU 313).

создает для судов условия для надлежащего отправления правосудия, особенно по персональной, организационной, экономической, финансовой и воспитательной части, а также осуществляет надзор за надлежащим исполнением задач, возложенных на суды. Министерство осуществляет управление судами исключительно средствами, предусмотренными законом, при этом управление окружными, краевыми и районными судами осуществляется им напрямую или через председателей этих судов; управление Верховным Судом и Верховным Административным Судом осуществляется только через председателей этих судов. В частности, ежегодно, исходя из количества рассматриваемых дел, министерство устанавливает для каждого суда число судей, помощников и старших судебных чиновников (в Верховном Суде - по договоренности с председателем, в остальных судах - после заявления председателя суда), управляет и организует подготовку кандидатов (устанавливает для каждого краевого суда их количество), организует и обеспечивает прием специализированных судебных экзаменов, ведет мониторинг и дает оценку ходу действий судов (кроме Верховного) в управлении и принятии решений, исходя из соблюдения принципов достоинства действий и судебной этики, наблюдает за ходом процесса на предмет неоправданных задержек. Министр юстиции может на любого судью подать заявление о возбуждении дисциплинарного разбирательства. Хотя законом предусмотрено создание *судейских советов*, избираемых на 5 лет судьями данного суда, однако они являются лишь консультативным органом при председателе суда, который дает свое заключение по вопросу персональных назначений и рассматривает предложения относительно плана работы суда.

В ходе пересмотра положений Закона "О судах и судьях", обжалованных Президентом республики, Конституционный Суд уже в 2002 году отменил практически все его положения, регламентирующие исполнение государственного управления судами на отдельных уровнях судебной системы их председателями. При этом было установлено, что *"текущее состояние, когда центральным органом государственного управления судами является Министерство юстиции, а сама судебная власть не имеет собственного представительного органа на его уровне (какой же орган был бы призван взять на себя роль министерства в кадровых вопросах, а также надзора за профессиональным уровнем судей, и возможно, в других областях руководства и осуществления управления правосудием), по мнению Конституционного Суда, в достаточной степени не исключает возможности косвенного влияния исполнительной власти на судебную власть (например, путем распределения бюджетных средств и контроля за их использованием). В то же время было указано, что "Конституционному Суду не требуется решать, каким путем должен решаться вопрос осуществления управления судами, поскольку это задача законодательной власти. Эта*

*власть, однако, при выборе модели судебного управления должна была бы строго соблюдать разделение государственной власти"<sup>11</sup>.*

На решение Конституционного Суда правительство отреагировало в 2003 году Проектом о внесении поправки в Конституцию, которая лишь лаконично дополнила п. 2 ст. 91: "Государственное управление судов регламентируется законом". В пояснительной записке правительство указало, что "из обоснования решения Конституционного Суда можно заключить, что основной причиной отмены положений Закона "О судах и судьях", регулирующих осуществление государственного управления судами их председателями, не является однозначное убеждение, что данный способ осуществления государственного управления судами принципиально противоречит принципу независимости правосудия ... Осуществление государственного управления судами через их председателей в чешском, а ранее чехословацком правосудии имеет давнюю традицию, начиная со времен Первой Республики (а возможно, еще до её возникновения), и соответствует в общем смысле включению судебной власти в конституционное регулирование и рассматриваемое здесь разделение между исполнительной и судебной властями. (...) Тот факт, что государственное управление судами выполняют судьи, не является вмешательством исполнительной власти в судебную власть, а наоборот, представляет собой ослабление ее влияния на судебную власть - наблюдает за укреплением независимости судов и судей от исполнительной власти в такой чувствительной сфере, как осуществление государственного управления в разных судах". Но и этот правительственный проект не был принят, однако это никак не изменило сохранение вышеописанной модели государственного управления судами, которая была вновь включена в закон путем внесения поправки на основании Закона № 192/2003.

Конституционный Суд в вопросе управления правосудием позднее отметил: "... В демократических странах нет единой модели организации управления судами, наоборот, можно говорить о плюрализме этих моделей. Современные системы европейских стран в основном находятся под влиянием их конституционно-правовых традиций и скорее являются результатом постепенного, медленного развития. За исключением ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также некоторых рекомендаций Совета Европы или ООН, отсутствуют общие, более детально разработанные стандарты организации и управления правосудия. (...) Несмотря на множество институциональных моделей судебного управления, можно во всех европейских странах или группировках стран наблюдать общие черты. Во всех странах Европейского союза (...) соблюдается принцип независимости судебной власти, будь то на конституционном, законном уровне или он вытекает из практики (но по-разному интерпретирован).

<sup>11</sup> Решение от 18. 6. 2002 рег. номер Pl. ÚS 7/02 (N 78/26 SbNU 273, 349/2002 Sb.).

*Соблюдается независимость каждого отдельного судьи, и только в некоторых странах повышенное внимание уделяется независимости правосудия в целом, то есть как третьей власти в государстве. Она гарантируется либо путем передачи значительных полномочий Верховному совету правосудия (Италия, Франция, Испания), либо дифференциацией управления правосудием и государственного управления в рамках классической модели (Германия, Австрия)".*

Сохраняющуюся модель "государственного управления судами" Конституционный Суд критически оценил в своем решении, принятом в 2014 году, в котором указал, что "у судебной власти в наших конституционных условиях нет своего представительства, но, несмотря на это, судебную систему возглавляют два Верховных Суда, и они волевыми в этой ситуации должны также играть непреложную роль представителей судебной власти"<sup>12</sup>. Однако это спорное утверждение (как из-за явного сдвига к модели "верховного совета правосудия", также и потому, что оно освобождает от роли представителя судебной власти Конституционный Суд), по-видимому, не окажет никакого влияния на судьбу обсуждаемых ныне Парламентом изменений в Конституцию. Нынешнее правительство также не собирается отказываться от действующей модели управления судами, поскольку в свой Проект о внесении изменений в Конституцию в июне 2015 года<sup>13</sup> не внесло ни одного изменения в этом направлении, и в программном заявлении об этом также ничего не упоминается.

От борьбы за учреждение "представительского" органа судов общей юрисдикции не отказывается Чешский союз судей, который как частная правовая организация, объединяющая большую часть чешских судей, является членом Международной ассоциации судей. В программном заявлении своего Республиканского совета в апреле 2015 года было заявлено, что "продолжительное время организация подчеркивает неизбежность учреждения Верховного Совета правосудия, как органа самоуправления, который бы имел необходимые полномочия для качественного, ответственного и непрерывного управления судами и достойной защиты независимости судов и судей. Нынешняя система дает осечку в определении основных проблем правосудия, обнаружения и продвижения их решений; принимаются только временные и частичные меры, которые не ведут к длительным положительным изменениям".

Относительно этих усилий нынешний министр юстиции отметил: "Юстиция замкнута на себе, складывается такое ощущение, что люди здесь ради юстиции, но юстиция должна быть ради людей". Председатель Верховного Административного Суда отреагировал на это высказывание следующими словами: "Это истинная правда. Каждый

<sup>12</sup> Решение от 10. 07. 2014 рег. номер Pl. ÚS 28/13, пункты 50, 52.

<sup>13</sup> Палата депутатов 2000, III-его созыва, издание 506.

конституциональный деятель (конституционалист) и все органы публичной власти должны всегда понимать, что они здесь не ради себя. Юстиция это осознает, любой судья, в отличие, например, от министра юстиции, ежедневно находится в контакте с людьми и решает их споры. Так называемый народ не воспринимает судью в контексте некоего выполнения обещаний, а будничную жизнь не видит на мониторе или в средствах массовой информации. Конечно, мы не нуждаемся в том, чтобы какой-либо министр юстиции нам передавал, что самоуправление мы заслужим тогда, когда это поймем".

Достижение консенсуса между исполнительной властью и судьями о модели судебного управления по-прежнему остается в Чешской Республике проблемой, решение которой лежит в долгосрочной перспективе.

#### **IV. Оклады судей - сериал пока из 15 серий**

Интерпретацией понятия независимости судей Конституционный Суд занимался чаще всего на фоне законодательных изменений относительно окладов судей, на основании которых неоднократно утверждались урезания, либо в форме изъятия "дополнительной" зарплаты (так называемой 13-ой и 14-ой зарплат), "замораживания" роста заработной платы, временного снижения заработной платы или установления более медленного темпа её роста. За последние 15 лет (1999 - 2014 гг.) Конституционный Суд по запросу некоторых судов общей юрисдикции принял на основании п. 2 ст. 95 Конституции по зарплатам судей в общей сложности 15 решений, причем в девяти случаях запрос был хотя бы частично удовлетворен, а в шести случаях запрос был отклонен или по нему был выдан отказ. Такое "колебание" в принятии решений иногда связывалось с изменениями в составе Конституционного Суда, а также с тем, что некоторые решения принимались с незначительным перевесом голосов, необходимых для отмены положений закона (не менее 9 из общего числа 15 конституционных судей), о чем говорит и большое количество разных мнений по этим решениям.

Как заявлял сам Конституционный Суд, уже во втором из этой серии решений в его юдикатуре по вопросу о приемлемости рестрикций заработной платы, отражающихся на судьях, сталкиваются два подхода: первый подход, возобладавший в первом решении в 1999 году, основывается на мнении, что рестриктивными вмешательствами в зарплаты судей законодатели *"обесценивают одну из основных демократических ценностей, которая представлена независимостью судей"*. По мнению сторонников данного подхода, такое ограничение *"является проломом в некое "неотъемлемое" право судей на неурезание финансовых вознаграждений, предоставляемых им в качестве гарантий их независимости и правовой безопасности"*. Второй подход, напротив, считает важным подчеркнуть, что в ситуации, когда действия законо-

датель затронули материальную обеспеченность общественной сферы в целом *"несходная оценка государством только одной группы оплачиваемых лиц - судей, даже если они защищены в значительной степени конституционными мерами предосторожности принципа независимости, будет означать в данном контексте малопривлекательное преимущество"*. Поэтому *"Конституционный Суд признает, что судьи судов общей юрисдикции не находятся в некоем "правовом и экономическом вакууме", который бы их полностью изолировал от окружающей экономической и социальной реальности. Следовательно, нельзя категорически утверждать, что судьи судов общей юрисдикции имеют преимущественное право на такую материальную обеспеченность, которая никоим образом не может быть законодательной формой и ни при каких обстоятельствах не может быть изменена. С другой стороны, Конституционный Суд далек от мнения, гласящего, что зарплата судей должна была быть подвижным фактором, зависящим от сиюминутных представлений той или иной группировки в правительстве"*. Поэтому рестрикции в отношении финансовых вознаграждений судей Конституционный Суд считает *"исключительной мерой, которая может быть оправдана только серьезными причинами и лишь в контексте общей соразмерной корректировки заработной платы во всей сфере государственных представителей и работников. Только в этом контексте может быть признано воздействие финансовых проблем государства и на заработную плату судей"*<sup>14</sup>.

В решениях Конституционного Суда в вопросе о конституционности рестрикций в отношении заработной платы судей особенно за последние пять лет возобладал первый подход. Преобладает тезис, что *"зарплата судей в широком смысле, должна быть стабильной, неснижаемой величиной, а отнюдь не подвижным фактором, который калькулируется той или иной группировкой в правительстве, потому что, к примеру, зарплата судей кажется ей слишком высокой по сравнению с заработной платой государственных служащих или другой профессиональной группой..."*<sup>15</sup>.

Однако уже в решении, принятом в январе 2007 года, Конституционный Суд в случае, когда *"речь идет не о снижении или отнятии ... полагающегося судьей вознаграждения за выполнение должностных обязанностей, а о мере, в результате принятия которой только на два года был снижен темп роста заработной платы, выразил основной тезис, исходя из которого для Конституционного Суда основным критерием выяснения, состоялось или не состоялось в результате принятия мер в сфере оплаты труда судей урезание заработной платы, стала "количественно выраженная материальная обеспеченность судей в виде их общего дохода в календарном году"*. Конституционный Суд добавил, что из его

<sup>14</sup> Решение от 15. 9. 1999 рег. номер Pl. ÚS 13/99 (N 125/15 SbNU 191, 233/1999 Sb.).

<sup>15</sup> Решение от 11. 06. 2003 рег. номер Pl. ÚS 11/02 (N 87/30 SbNU 309, 198/2003 Sb.).

нынешней юдикатуры "нельзя обосновать постоянное и бесспорное право на ежегодный рост заработной платы судей"<sup>16</sup>, таким образом показав разницу между конституционно допустимым приостановлением темпов роста заработной платы ("замораживанием") и неконституционным сокращением доходов по сравнению с доходом, который уже реально был достигнут, т. е. фактически полученным за предыдущий период"<sup>17</sup>.

Следующий важный тезис, который прослеживается в практике Конституционного Суда, сформулирован так: "Важным элементом гарантии адекватной материальной обеспеченности судей с точки зрения принципа разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную и требования их взаимного равновесия следует рассматривать также прямую связь между зарплатой представителей законодательной и исполнительной властей, с одной стороны, и зарплатой судей, с другой стороны. Конструкция закона о зарплатах представителей государственной власти, которая с помощью единой базы заработной платы и законом регламентированных коэффициентов гарантирует, что одновременно с увеличением зарплат представителей законодательной и исполнительной властей в той же степени автоматически увеличатся оклады судей, представляет важную, включенную в правопорядок гарантию того, что соотношение материальной обеспеченности представителей различных ветвей власти будет сохраняться и в будущем"<sup>18</sup>. Однако Конституционный Суд в своем решении 2014 года полностью отказался от этого тезиса<sup>19</sup>.

В решении, принятом в 2011 году, Конституционный Суд, ссылаясь на свои предыдущие решения и решения польского Конституционного Суда, указал, что из данной юдикатуры явствуют следующие основные обобщающие положения:

- 1) *оценка конституционности рестрикций заработной платы в отношении судей на определенный период определенного года попадает под действие принципа независимости судей;*
- 2) *конституционный статус судей, с одной стороны, и представителей законодательной и исполнительной властей, особенно государственного управления, с другой стороны, отличается в силу принципа разделения власти и принципа независимости судей, что предполагает также разные возможности для законодателей проводить рестрикции в отношении зарплат судей по сравнению с возможностями подобных ограничений в других областях публичной сферы;*

<sup>16</sup> Решение от 16. 01. 2007 рег. номер Pl. ÚS 55/05 (N 9/44 SbNU 103, 65/2007 Sb.), пункты 55 и 57.

<sup>17</sup> Решение от 16. 01. 2007 рег. номер Pl. ÚS 55/05 (N 9/44 SbNU 103, 65/2007 Sb.), пункты 55 и 57.

<sup>18</sup> Решение рег. номер Pl. ?S 55/05, пункт 59; решение рег. номер Pl. ÚS 13/08, пункт 52.

<sup>19</sup> Решение от 10. 07. 2014 рег. номер Pl. ÚS 28/13 (161/2014 Sb.). Сравни. разных точек зрения судей Радована Суханека и Яна Мусила.



3) вмешательство в материальную обеспеченность судей, гарантированную законом, не должно стать выражением произвола законодателей, а должно основываться на принципе пропорциональности; должно быть оправдано исключительными обстоятельствами, например, тяжелым финансовым положением государства, а также при выполнении этого условия должны быть приняты во внимание должностные отличия судей и представителей законодательной и исполнительной властей, а особенно государственного управления; такое вмешательство не должно явиться основанием для опасений, касающихся ограничения достоинства судей, или выражением конституционно неприемлемого давления законодательной и исполнительной властей на судебную власть.

В указанном случае Конституционный Суд не установил, что дефицит финансов Чешской Республики в международном сравнении является экстраординарным, затем акцентировал долгосрочную тенденцию снижения и замораживания заработной платы судей, что оценил как отход от рациональных соотношений между уровнем заработной платы судей и заработной платы в государственном управлении. Такое выравнивание якобы ведет к снижению социального престижа судей. Конституционный Суд также отметил внеочередной рост зарплат в публичном секторе в 2010 году, который он считал несовместимым с заявленной целью о необходимости экономии<sup>20</sup>.

В последнем на данный момент решении по вопросу зарплат судей в 2014 году Конституционный Суд указал, что "подвергшись серии заявлений судов, он повторно ознакомился с мнением судейской общест-венности, которая несомненно понимает и должна понимать, что в случае экономических трудностей в установленной конституционной области ограничения могут коснуться и судебной власти. Такие ограничения, однако, в отведенной им области должны быть соразмерными и не создавать неравенства". (...) В рамках неофициального мнения Конституционный Суд затем пришел к следующему выводу: "При повторных разбирательствах в Конституционном Суде вмешательства законодательного органа оказались произвольными, и в соответствии с пояснительной запиской можно предположить о намерении оказать давление на снижение разницы средней заработной платы и базовой заработной платы судей. Такое давление нельзя просто оправдать бюджетными расходами на заработную плату судей; с другой стороны, судебная власть существует не за пределами экономической реальности государства, и указанная разница не является конституционно неприкосновенной величиной. Для вмешательства в нее должны быть очень веские аргументы, подтвержденные регулярными анализами финансового вознаграждения в государственном секторе в условиях существенно ограниченных возможностей государства в соответ-

<sup>20</sup> См. в том же решении рег. номер Pl. ÚS 28/13, пункт 58.

ствии с конституционной гарантией независимости судебной власти"<sup>21</sup>.

Тем не менее важно напомнить, что широкая гражданская общественность и влиятельные голоса юридической общественности явно не разделяют убеждение, на которое опирается последнее решение Конституционного Суда, т. е. что заработная плата судей отставала от уровня, которого она должна была уже давно достигнуть. Не так давно на этот счет лаконично выразился, например, профессор конституционного права Вацлав Павличек<sup>22</sup>, который на вопрос "почему правосудие не обладает соответствующим авторитетом?" ответил: "... В некоторых случаях, кажется, что правосудие является всемогущим, власть иногда злоупотребляет и отчуждает принципы демократического государства. Даже судьи не могут стать специальной не подвергающейся критике кастой. Я имею в виду не только эксцессы отдельных лиц, которые могут также проявиться и в государствах с непрерывной, долгой правовой традицией. Я имею в виду те случаи, когда Конституционный Суд отказывается от того, чтобы правосудие солидарно проявило участие в экономии в обществе так же, как и другие подразделения государства. Я не могу согласиться с тем, что необходимым условием независимости правосудия является то, чтобы только у него осталась неприкосновенной и продолжала расти заработная плата, в противном случае оно не будет принимать беспристрастные решения. Солидарность в экономии, которая затронет законодателей, президента, членов правительства, полицию и другие государственные органы, означает, что у них на законных основаниях после сокращения заработной платы появится возможность возникновения коррупции? Какова роль моральных факторов? В государственном аппарате единственной ценностью и авторитетом не может быть авторитет денег и собственности, поскольку тогда государство разрушится"<sup>23</sup>.

## SUMMARY

The constitutional system of the Czech Republic establishes the independence of the judicial power in three aspects:

- 1) As the structural principles of the Constitution of the Czech Republic,
- 2) As the guarantee of impartial decisions made by the judge.
- 3) As constitutionally guaranteed fundamental subjective procedural right.

<sup>21</sup> Там же, пункты 76 и 97.

<sup>22</sup> Профессор JUDr. Вацлав Павличек, CSc., почетный доктор, долгое время занимал должность заведующего кафедрой конституционного права юридического факультета Карлова университета в Праге; награжден 28. 10. 2015 Президентом республики государственной наградой - Медалью "За заслуги" (в области науки).

<sup>23</sup> Листы, вып. XLIV, № 3/2014, стр. 21-22; интервью 07. 06. 2011, авторизовано в сентябре 2013 г.

During its activity the Constitutional Court has developed the substantiated case law. In regard to the suggestion of the President of the Republic on a number of provisions of the Law "On Courts and Judges", the Constitutional Court stated: "The real independence of the judicial power is a specific and essential attribute of judicial power which is justified and required by Article 4 of the Constitution, according to which the fundamental rights and freedoms are protected by the judiciary, as well as art. 81 and 82 of the Constitution". Later, the Constitutional Court expressed its opinion on the independence of judges in the scopes of the constitutional guarantee of judicial independence remedies that nobody has the right to intervene in the proceedings before the court in adjudication. The decision, by which the Constitutional Court repealed the provision of § 106 paragraph 1 of the Law "On Courts and Judges", which made it possible to withdraw the chairman or deputy chairman of any court, "if s/he seriously or repeatedly violates the statutory responsibilities in the exercise of state administration of courts", provides: "one of the main conditions for the rule of law is the strong and independent judicial power."

The Constitution leaves the issue of management of courts within the competence of the legislature. On the administration of justice, it is not even mentioned and does not establish any special bodies of the so-called judicial self-government. So far, the only attempt of executive power on issues of constitutional regulation of review over the courts was the government's draft amendments to the Constitution, dated February, 2000, which prescribed the establishment of the Supreme Council of Justice, the task of which would include observance of the independence of courts and judges. But since the project was rejected by the Chamber of Deputies, the new law on courts and judges retained the existing model of public administration by the courts. The Constitutional Court critically assessed the continuing pattern of "state administration of the courts" in its decision of 2014 according to which "In our constitutional conditions, the judicial power, does not have its own representation but, despite this, the judicial system is headed by two Supreme Courts and in this situation they nolens volens should also play an indisputable role of the judicial power."

However, it is important to recall that the general civil society and attitudes of the legal community do not clearly share the opinion expressed in the recent decision of the Constitutional Court, i.e., that judges' salaries have lagged behind the level they should have achieved a long time ago.



## ЗАЩИТА НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В РАМКАХ ПРИНЯТИЯ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ СЛОВАЦКОЙ РЕСПУБЛИКИ РЕШЕНИЙ О СООТВЕТСТВИИ ПРАВОВЫМ НОРМАМ

**ИВЕТТА МАЦЕЙКОВА**

*Председатель Конституционного Суда Словацкой Республики*

С момента учреждения Конституционного Суда Словацкой Республики (далее - Конституционный Суд) Конституционный Суд в рамках судопроизводства о соответствии правовых норм многократно занимался рассмотрением вопроса о том, не вмешиваются ли законы, принятые словацким законодателем, неприемлемым способом в независимость судов общей юрисдикции при отправлении правосудия, причем Конституционный Суд в нескольких случаях пришел к выводу, что рассматриваемый закон непосредственно касается проблемы независимости судов.

В рамках моего выступления я хотела бы коротко ознакомить Вас с двумя последними - принятыми в 2013 и 2014 гг. - актуальными решениями Конституционного Суда, касающимися проблематики независимости судов, в которых Конституционный Суд отметил недопустимое законодательное вмешательство в независимость словацких судов общей юрисдикции.

**I. Постановлением № PL. ÚS (Конституционный Суд) 99/2011** Конституционный Суд 11 декабря 2013 г. принял решение о несоответствии Конституции СР некоторых положений Закона Национального Совета Словацкой Республики № 120/1993 Св. зак. "Об условиях вознаграждения отдельных высших государственных должностных лиц Словацкой Республики" в последней редакции, касающихся вознаграждения судей. С представлением о рассмотрении вопроса конституционности данных положений обратилась группа из 35 депутатов Национального Совета, а также Генеральный прокурор, причем Конституционный Суд соединил оба представления в общее производство.

Оспариваемыми положениями Закона "Об условиях вознаграждения некоторых высших государственных должностных лиц Словацкой Республики" законодатель реформировал условия их заработной платы таким образом, что принял их с дефицитом публичных финансов.

Группа депутатов и Генеральный прокурор возразили, что новое правовое регулирование для расчета заработной платы судей и замораживание их заработной платы в 2011 году не находятся в соответствии с конституционным принципом независимости судов и судей и с принципами правового государства. Заявители посчитали неприемлемым тот факт, что исполнительная и законодательная власти сокращают или другим способом ограничивают условия вознаграждения судей, так как это противоречит принципу тройного разделения власти в демократическом государстве и принципу независимости судебной власти. Материальное обеспечение судей должно восприниматься как стабильное и не поддающееся сокращению, оно не может стать гибким фактором, которым произвольно могут распоряжаться исполнительная и законодательная власти. По мнению заявителей, интенсивность вмешательства в условия вознаграждения судей достигла такого уровня, что возможно однозначно констатировать наличие противоречия с конституционным принципом независимости судей.

При рассмотрении оспариваемого несоответствия определенных положений Закона соответствующим положениям Конституции Конституционный Суд исходил из своей существующей юдикатуры с учетом текста некоторых документов, принятых, в первую очередь, Советом Европы, которые касались вопросов вознаграждения судей. Из развития юдикатуры можно сделать вывод, что Конституционный Суд с конституционной точки зрения считает дисгармоничным интенсивное и арбитrarное вмешательство в вопрос вознаграждения судей, что может означать несоответствие статье 144 Конституции, гарантирующей индивидуальную судебскую независимость отдельных судей. Годичное замораживание заработных плат в период экономических проблем Конституционный Суд никогда не санкционировал как несоответствующее Конституции. Таким должно было быть лишь повторяющееся откладывание составной части заработной платы судьи, так называемая 14-ая зарплата.

Конституционный Суд в предметном производстве по делу исходил из функционирования механизма определения вознаграждения высших государственных должностных лиц согласно оспариваемым положениям Закона "Об условиях вознаграждения отдельных высших государственных должностных лиц Словацкой Республики". В соответствии с этим правовым регулированием заработная плата в размере трехкратной средней заработной платы работника в сфере экономики Словацкой Республики в предыдущем календарном году сокращается на 5 процентов - если доля дефицита бюджета общественного управления Словацкой Республики и внутреннего валового продукта составляет 3-5 процентов, на 10 процентов - если указанная доля составляет 5-7 процентов и на 15 процентов - если эта доля составляет 7 и более процентов. Из того факта, что законодатель включил в это регулирование лишь высших государственных должностных лиц, можно сделать вы-

вод, что целью закона является, прежде всего, установление в отношении к ним какой-то особой комбинации юридической и политической ответственности. Но судьи выходят за рамки группы высших государственных должностных лиц, которых касается закон. Они независимы, их назначают бессрочно, их не избирают граждане, они несут юридическую, а не политическую ответственность и, в конечном счете, в отличие от правительства, никак не могут прямо повлиять на развитие публичных финансов.

Конституционный Суд отметил, что включением концепции взимания неустойки за состояние публичных финансов в подсчет заработных плат судей в их материальное обеспечение был внесен компонент арбитражности, непрозрачности. Это необходимо отличать от замораживания заработных плат, связанного с серьезными экономическими мерами, предпринимаемыми в случае возникновения кризиса. Замораживание заработной платы судей в 2011 году согласно оспариваемым положениям Закона "Об условиях заработной платы отдельных высших государственных должностных лиц Словацкой Республики" Конституционный Суд не рассматривал изолировано - как одноразовое замораживание, которое до сих пор с конституционной точки зрения считает акцептируемым, а рассматривал как подготовку активизации новой формулы для расчета заработной платы судей, именно поэтому это регулирование считает не соответствующим пункту 1 статьи 144, а также пункту 1 статьи 1 Конституции. В отношении существующей модели вознаграждения судей, исходящей из макроэкономической величины средней заработной платы в сфере экономики Словацкой Республики, необходимо отметить, что на среднюю заработную плату в сфере экономики правительство кратковременно и в средней перспективе существенным образом может повлиять меньше. Поэтому связь основной заработной платы судьи с этой величиной является выражением рациональной связи жизненного стандарта судей с уровнем жизни гражданского общества.

**II.** Постановлением № **PL. ÚS 102/2011** Конституционный Суд 7 мая 2014 г. принял решение о несоответствии Конституции многих положений Закона № 385/2000 Св. зак. "О судьях и судебных заседателях и об изменении и дополнении некоторых законов в последней редакции", а также Закона № 757/2004 Св. зак. "О судах и об изменении и дополнении некоторых законов в последней редакции". С представлением о рассмотрении их соответствия Конституции обратилась группа из 37 депутатов Национального Совета Словацкой Республики (далее - Национальный Совет) и первый заместитель Генерального прокурора Словацкой Республики, причем Конституционный Суд соединил оба представления в общее производство.

По оспариваемым положениям Конституционный Суд установил, что

они не соответствуют Конституции и касаются многих вопросов, а именно: составления отборочных комиссий, освобождения от должности председателя суда министром юстиции Словацкой Республики (далее - министр юстиции) и прекращения исполнения должностей председателями гremий и коллегий.

*В связи с составлением отборочных комиссий при отборочных процедурах, касающихся занятия свободной должности судьи, Конституционный Суд посчитал противоречащей пункту 1 статьи 1 Конституции модель, согласно которой из пяти членов отборочной комиссии один назначался из кандидатов, избранных Национальным Советом, один - из кандидатов, избранных Судебным советом Словацкой Республики (далее - Судебный совет), два члена - из кандидатов, назначенных министром юстиции и одного члена избирал Судебный совет суда, на котором была вакантная должность судьи. Дело в том, что Судебный совет вправе представить Президенту Словацкой Республики лишь того кандидата на должность судьи, который "был успешным" в отборочной процедуре, а значит лишь того, которого ему рекомендовала отборочная комиссия и значит де-факто именно отборочная комиссия принципиальным образом оказывает влияние на выбор кандидата на должность судьи. Причем из оспариваемого правового регулирования очевидно, что в каждой отборочной комиссии в "преимущество" будут представители, которые вышли из политических звеньев власти (члены отборочной комиссии назначаются из кандидатов, избранных Национальным Советом или назначенных министром юстиции). Таким образом, оспариваемое регулирование обеспечивает политическим звеньям власти возможность решающим образом влиять на состав отборочных комиссий, что может привести к неуместной политизации выбора кандидатов на должность судьи и в результате представляет неприемлемое вмешательство в конституционный принцип разделения властей, который регулируется пунктом 1 статьи 1 Конституции.*

*В связи с освобождением от должности председателя суда министром юстиции Конституционный Суд посчитал не соответствующим Конституции правовое регулирование, согласно которому для разбирательства и принятия решения об освобождении от должности председателя суда министром юстиции не применяется общая норма об административном производстве, а также согласно которому это решение об освобождении от должности не подлежит никаким средствам обжалования, и его нельзя подвергнуть проверке судом. Конституционный Суд посчитал неприемлемым с конституционной точки зрения факт, что оспариваемое правовое регулирование не содержит никаких гарантий, защищающих от самовольности министра юстиции при осуществлении его компетенции освобождать от должности председателя суда. Решение министра юстиции, касающееся освобождения от должности председателя суда, представляет собой авторитарное решение,*

которое принимается им как органом, пользующимся авторитетом власти в области общественного управления, так как речь идет о публичной должности. При этом такое решение не может быть проявлением самовольности министра юстиции в отношении лица, которое занимает публичную должность, и поэтому оно должно быть предугадываемым, убедительным, конкретным и, естественно, минимальным с точки зрения причин, которые в этом случае сподвигли министра юстиции к применению им его компетенции власти. Конституционный Суд в этой связи также подчеркнул, что незаменимой задачей законодателя является определение соответствующих юридических гарантий, которые способны воспрепятствовать проявлениям самовольности при исполнении публичной власти, так как запрещение самовольности представляет интегральную составную часть генерального принципа правового государства, вытекающего из положений пункта 1 статьи 1, а также пункта 1 статьи 46 Конституции, гарантирующих право на судебную и другую защиту, и из положений пункта 1 статьи 141 Конституции, закрепляющих гарантию институциональной независимости и беспристрастия судов.

Конституционный Суд в конечном счете также отметил, что в противоречии с пунктом 1 статьи 1 Конституции находится также положение, согласно которому *должности председателей гremий и председателей коллегий, которые были назначены на должность до 1 мая 2011 г., должны быть отменены прямо по закону 1 ноября 2011 г., в случае, если они не были отменены уже ранее.* Конституционный Суд в первую очередь обратил внимание на то, что запрещение ретроактивности и принцип разделения властей являются основными устоями правового государства. При дальнейшем рассмотрении того, ведет ли неистинная обратная сила закона оспариваемого правового регулирования к несоответствию Конституции, Конституционный Суд посчитал решающим тот факт, что оспариваемое правовое регулирование не касается судьи как судьи, а речь идет о судейской самоуправленческой должности, оно не связано с отменой самого института председателей гremий и коллегий, не ухудшает правового положения судьи, который действовал как председатель гremии и коллегии. Конституционный Суд, учитывая перечисленные моменты, пришел к выводу, что неистинная обратная сила закона (ретроактивность) в данном случае достигла уровня конституционной интенсивности, и поэтому принял решение о ее несоответствии пункту 1 статьи 1 Конституции.



## SUMMARY

Since the establishment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, the Constitutional Court, in the framework of the proceedings on compliance of legal norms, repeatedly addressed to the issue whether the laws adopted by the Slovak legislator in unacceptable manner interfere the independence of the justice of general jurisdiction, and in a few cases the Constitutional Court has come to the conclusion that the law in question directly concerns the problem of independence of the courts.

I. The Constitutional Court on December 11, 2013 adopted a decision on some provisions of Slovak Act of the National Council of the Slovak Republic № 120/1993 Law "On conditions for the remuneration of certain senior government officials of the Slovak Republic" in the latest edition regarding the remuneration of judges as noncompliant to the Constitution. A group of 35 deputies of the National Council, as well as the Attorney General, approached the Constitutional Court with the applications to consider its constitutionality; the Constitutional Court considered both applications views in a joint examination.

II. The Constitutional Court made a decision on non-compliance of a number of provisions of the Act № 385/2000 Law "On the judges and court hearings and on amendments and addendum in certain acts in the latest edition", as well as the Law №757/2004 "On courts and on amendments and of certain laws in the latest edition" with the Constitution. A group of 37 deputies of the National Council of the Slovak Republic, as well as the deputy Attorney General, approached the Constitutional Court with the applications to consider its constitutionality; the Constitutional Court considered both applications in a joint examination.



## СТАНДАРТЫ НЕЗАВИСИМОСТИ ПРАВОСУДИЯ

**АНАР ЖАЙЛГАНОВА**

*Член Конституционного Совета Республики Казахстан*

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

В первую очередь, позвольте поблагодарить организаторов данного мероприятия за приглашение и передать сердечное поздравление Председателя Конституционного Совета Республики Казахстан Игоря Рогова со знаменательными датами в истории Республики Армения: с 20-летием Конституции и Конституционного Суда, а также с открытием XX Ереванской международной конференции!

Сегодня у нас идет очень конструктивное обсуждение доктринальных подходов и современных вызовов в развитии и укреплении независимости судебной власти, так как мы все прекрасно понимаем, что мы не есть "параллельные вселенные", мы всего лишь различные юрисдикции, находящиеся в процессе непрерывного взаимодействия и сотрудничества, в формате правового диалога для достижения главной цели - независимой судебной власти в своих странах.

Республика Казахстан утверждает себя правовым государством (пункт 1 статьи 1 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 года)<sup>1</sup>. Но достижение цели построения правового государства возможно только в условиях независимой судебной власти, а именно качественного правосудия.

Для создания и укрепления независимости судебной системы в Казахстане сделано многое. Так, судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону. Какое-либо вмешательство в деятельность суда по отправлению правосудия недопустимо и влечет ответственность по закону. По конкретным делам судьи не подотчетны (пункты 1, 2 статьи 77 Конституции Республики Казахстан).

Суды состоят из постоянных судей, независимость которых защищается Конституцией и законом. Полномочия судьи могут быть прекращены или приостановлены исключительно по основаниям, установленным законом.

<sup>1</sup> Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года (с изменениями и дополнениями от 07.10.1998 г., от 21.05.2007 г.).

Судья не может быть арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия Президента Республики Казахстан, основанного на заключении Высшего Судебного Совета Республики, либо в случае, установленном подпунктом 3) статьи 55 Конституции, - без согласия Сената, кроме случаев задержания на месте преступления или совершения тяжких преступлений (пункты 1 и 2 статьи 79 Конституции РК).

"Серьезные гарантии независимости судов содержит наша Конституция. Она предусматривает сложный порядок привлечения судей к ответственности и освобождения от должности", - об этом подчеркивал Глава государства - Лидер Нации Нурсултан Назарбаев в своем выступлении на V съезде судей Республики Казахстан<sup>2</sup>. Думается, отнюдь не случайно Президент страны связал воедино вопросы независимости судей с их ответственностью.

Ведь проблема ответственности судей является одной из наиболее сложных среди вопросов статуса судей и организации судебной ветви власти в целом, поскольку она напрямую связана с проблемой независимости судей.

Осуществление принципа неприкосновенности судьи, закрепленного в пункте 2 статьи 79 Конституции и статье 27 Конституционного закона Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года "О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан"<sup>3</sup>, всегда связано с проблемой границ этой неприкосновенности. В этой связи следует признать, что проблема ответственности судей, в том числе дисциплинарной является одной из самых малоисследованных в юридической науке.

Во многих странах существуют кодексы судейской этики, содержащие следующие требования для судей: действовать беспристрастно и честно; сохранять конфиденциальность информации, полученной в результате судебной деятельности; запрет на занятие иной оплачиваемой деятельностью, за исключением научной и преподавательской; неукоснительно следовать закону; как во время исполнения своих обязанностей, так и в другое время - должен вести себя таким образом, чтобы повышать доверие и уважение к судебной власти и т.д. (положения кодекса судейской этики казахстанских судей в редакции от 06.06.2001 года)<sup>4</sup>.

Однако положений этих кодексов недостаточно для того, чтобы определить границы независимости судей при осуществлении ими своих

<sup>2</sup> Выступление Президента Республики Казахстан Назарбаева Н.А. на V съезде судей Республики Казахстан, Акorda, 18 ноября 2009 года.

<sup>3</sup> Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года №132 - II "О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан".

<sup>4</sup> Кодекс судейской этики от 19 декабря 1996 года, принятый на I съезде судей (в редакции постановления III съезда судей Республики Казахстан от 06.06.2001 г.).

полномочий. Нужны четкие критерии, стандарты определения, какое поведение судьи допустимо, а какое несовместимо с его судьейским статусом.

В этой связи Венецианская комиссия Совета Европы разработала проект европейских стандартов независимости правосудия. Эти стандарты включают некий набор требований и недопустимых действий, поведения и вмешательства. При этом нужно учитывать различный исторический и ментальный контекст, существующий в разных странах. Они должны определять базовые принципы, соблюдение которых необходимо для обеспечения судебской независимости (материалы 81-ой Пленарной сессии Венецианской комиссии, состоявшейся 11-12 декабря 2009 года)<sup>5</sup>.

При определении и установлении этих стандартов, важно понять, прежде всего, то, что эта независимость не личная привилегия судей, а конституционная гарантия права граждан на судебную защиту (пункт 2 статьи 13 Конституции). Стандарт независимости - это гарантия беспристрастности суда при вынесении решения.

Итак, на сегодняшний день ученые-конституционалисты выделяют два основных признака независимости:

- 1) конституционная характеристика правосудия;
- 2) фундаментальная процессуальная гарантия, обеспечивающая соблюдение всех прав и свобод сторон процесса.

Именно поэтому, гарантии независимости судов возведены в ранг конституционного, и принцип неприкосновенности судьи закреплен на уровне Основного закона наших стран.

Конечно, когда речь идет о независимости судебной системы, то необходимо сказать и о факторах, влияющих на нее. Например, в Казахстане, мы раньше мы много говорили о зависимости судов от исполнительной власти из-за его материально-технического обеспечения со стороны Министерства юстиции и его органов на местах, сейчас все эти вопросы и на законодательном, и на практическом уровне разрешены. Вместе с тем обеспечение судебской независимости все еще остается приоритетной задачей.

Поэтому в концепции правовой политики республики на 2010-2020 годы, предусмотрено, что "для упрочения гарантий независимости судей важнейшим вопросом остается полноценная реализация требований Конституции о финансировании судов и обеспечение судей жильем для полного и независимого осуществления правосудия"<sup>6</sup>.

Провозглашенная статьей 77 Конституции Республики Казахстан не-

<sup>5</sup> Материалы 81-ой Пленарной сессии Венецианской комиссии, 11 - 12 декабря 2009 года, г. Венеция, Италия.

<sup>6</sup> Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858, Астана, Акорда.

зависимость судьи невозможна без гарантированного обеспечения финансовой независимости. Без необходимой материально-ресурсной базы, адекватной для полноценной деятельности по осуществлению правосудия, судебная система обойтись не может. И, конечно, источником финансирования этой материально-ресурсной базы может быть только республиканский бюджет - как универсальный источник финансирования деятельности всех трех ветвей государственной власти в Республике Казахстан.

Безусловно, от источников, размеров и порядка финансирования судов прямо и непосредственно зависят независимость судей и эффективность работы судов, осуществление правосудия в целом.

Поэтому в Казахстане финансирование судов, обеспечение судей жильем производится за счет республиканского бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия (статья 80 Конституции).

Когда государство не обеспечивает полное и независимое осуществление правосудия, нормальное функционирование судебной системы, что естественно снижает доверие граждан к судебной власти, в конечном счете, ставит под угрозу гарантированное Конституцией Республики Казахстан право человека и гражданина на судебную защиту, поскольку реализация конституционных положений о гарантиях судебной защиты прав и свобод человека и гражданина неразрывно связана с созданием государством надлежащих условий для деятельности судов.

Необходимо отметить, что вопросы недостаточного финансирования судов является проблемой для многих стран. Поэтому законодательные новшества должны быть согласованы с Европейской хартией о статусе судей<sup>7</sup>, в соответствии с п. 1.8 которой судьи через своих представителей и через свои профессиональные организации участвуют в принятии решений, связанных с управлением судами и с определением их средств, а также с их распределением на общенациональном и местном уровне. В том же порядке с судьями должны проводиться консультации по планам изменения их закона и при определении условий их вознаграждения и социального обеспечения.

Что касается роли Конституционного Совета Республики Казахстан в укреплении и обеспечении независимости судов, то следует отметить, что эта работа ведется посредством принятия их нормативных постановлений, которые относятся к действующему праву в Республике Казахстан (пункт 1 статьи 4 Конституции).

В этой связи следует отметить и то, что суды не вправе применять законы и иные нормативные правовые акты, ущемляющие закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина. Если суд

<sup>7</sup> Европейская хартия о статусе судей, Лиссабон, 1998 г.

усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению, ущемляет закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет с представлением о признании этого акта неконституционным (статья 78 Конституции).

В своих ежегодных посланиях Конституционный Совет Республики Казахстан также не раз обращал внимание на эти очень актуальные для судебной системы вопросы. Так, Конституционным Советом указано, что не в полной мере реализуется в законодательстве и на практике конституционное требование (статья 80) о том, что финансирование судов и обеспечение судей жильем "должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия". Заслуживают внимания и рассматривания и доводы о необходимости улучшения материального обеспечения судей местных судов"<sup>8</sup>.

В Послании от 23 июня 2008 года Конституционным Советом отмечено, что "важное место в программе дальнейшей политической модернизации должно быть отведено судебной реформе, направленной на укрепление независимости и повышение эффективности системы правосудия, адекватной новому этапу конституционно-правового развития и соответствующей международным стандартам. В этой связи Конституционный Совет вновь констатирует, что конституционное требование статьи 80 Основного закона о том, что финансирование судов и обеспечение судей жильем "должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия", реализуется на практике недостаточно полно, что нередко ставит судей в зависимое положение от органов местной исполнительной власти и способствует коррупционным проявлениям"<sup>9</sup>.

Таким образом, безусловное соблюдение требований ст. 80 Конституции Республики Казахстан требует гарантированного обеспечения финансирования всей судебной системы страны в объемах, достаточных для полного и независимого осуществления правосудия, включая финансирование материальных и социальных гарантий независимости судей, уже установленных действующим законодательством.

Сегодняшнее обсуждение показывает, что проблемы судебской независимости в различных странах в целом схожи, хотя существуют и отдельные моменты в сфере ее обеспечения, обусловленные национальными, правовыми и культурными традициями каждого государства.

Поэтому невозможно не согласиться с мнением профессора Зорькина Валерия Дмитриевича о том, что "на независимость судей влияют в первую очередь уровень развития правосознания граждан в обществе,

<sup>8</sup> Послание Конституционного Совета Республики Казахстан от 29 мая 2007 года №01-4/1 "О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан".

<sup>9</sup> Послание Конституционного Совета Республики Казахстан от 23 июня 2008 года № 09-6/1 "О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан".

уважение к верховенству права, уважение к судейскому статусу, а также заинтересованность представителей других ветвей власти в обеспечении реальной независимости судей. Например, во всех странах существуют нормы, гарантирующие независимость судей, однако реальный уровень независимости в этих странах очень разный. Глубинные причины такой разницы лежат в плоскости ценностей, о которых мы сказали выше"<sup>10</sup>.

Над этими вопросами нам еще предстоит работать. Причем работа эта многоплановая, это не только изменения, касающиеся законодательного регулирования судебной системы, но и высокий уровень образовательного процесса юридических вузов, постоянная правовая пропаганда, повышение доверия граждан к нашим судам и многое другое.

Поэтому Главой государства Республики Казахстан выдвинуты 5 институциональных реформ и План Нации "100 конкретных шагов для современного государства для всех"<sup>11</sup>, которые и должны реализовывать основные незыблемые принципы нашей Конституции.

Одним из главных составляющих этих реформ стало обеспечение верховенства права, гарантирующего права собственности, создающего условия для предпринимательской деятельности, охраны договорных обязательств, которое в конечном итоге станет основой для экономического роста. Было отмечено, что слабыми звеньями судебной системы являются: отбор судей, неэффективность квалификационных требований к судьям, что зачастую приводит к коррупционным явлениям среди судейского корпуса. Также указано, что зарубежные и отечественные инвесторы должны быть уверены в справедливости казахстанского правосудия. Для повышения доверия к нему надо привлекать к рассмотрению инвестиционных споров зарубежных судей и рассматривать такие споры по лучшим стандартам зарубежных и международных судов.

В настоящее время соответствующие законопроекты, содержащие упомянутые выше новеллы, находятся на стадии рассмотрения в стенах Парламента Республики Казахстан. Каким образом эти новшества найдут свое отражение в Основном Законе страны, также является прерогативой Парламента Республики Казахстан как высшего представительного органа Республики, осуществляющего законодательные функции (пункт 1 статьи 49 Конституции).

Наконец, свое выступление хотелось бы завершить словами нашего Президента Нурсултана Назарбаева: "... Каждый год мы отмечаем день Конституции не только из уважения к Основному Закону страны, но, прежде всего, из уважения к самим себе. К тем правилам и нормам

<sup>10</sup> Зорькин В.Д. "Современный мир, право и Конституция". - Москва: Издательство "Норма", 2010 год. - С. 378.

<sup>11</sup> Выступление Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева: "Современное государство для всех: пять институциональных реформ". Астана, 11 марта 2015 г.

жизни, которые мы выстрадали и сами определили. Жить по Конституции, по закону - не просто необходимость и гражданская обязанность. Это привилегия свободных людей. Людей, знающих цену своим правам и признающих такие же права за другими. Только в этом случае мы не отдельные граждане, а народ, не население, а общество, гражданское общество. Не географическое пространство, а страна, которая нас объединяет<sup>12</sup>, ведь многострадальный и славный народ Армении заслуживает этого больше, чем кто-либо. Еще раз поздравляю с днем Конституции! Благополучия и процветания Вашей стране!

Спасибо за внимание.

### SUMMARY

The Republic of Kazakhstan made numerous of efforts to strengthen the independence of the judicial system. According to the Constitution of the Republic of Kazakhstan, the judge shall be independent when administering justice and shall be governed only by the Constitution and by law. Any interference in the activities of the court shall be prohibited and punishable by law.

The Constitution of the Republic of Kazakhstan includes provisions guaranteeing the independence of the courts. The Constitution provides a complicated procedure of subjecting judges to liability and terminating their authorities.

A number of factors are affecting the independence of the judicial system, e.g. independence of the courts from the executive branch due to the logistical support from the Ministry of Justice. However, all these issues are now legislatively and practically resolved. At the same time, ensuring the independence of judges remains a priority.

Financing of courts and provision of judges with housing shall be performed from the republican budget and must ensure possibility of complete and free administration of justice.

As regards the role of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan in strengthening and ensuring the independence of the courts, it should be noted that this work is done through the adoption of resolutions that apply to the current law of the Republic of Kazakhstan.



<sup>12</sup> Выступление Президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева на международной научно-практической конференции, посвященной 15-летию Конституции Республики Казахстан.



# L'EXPERIENCE ALGERIENNE EN MATIERE DE RENFORCEMENT DU POUVOIR JUDICIAIRE

**MOURAD MEDELICI**

*Président du Conseil Constitutionnel Algérien*

La séparation des pouvoirs est un élément fondamental à la démocratie et au renforcement de l'Etat de droit. Néanmoins, l'évolution moderne de la pratique du pouvoir et l'interaction fonctionnelle entre les pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire couplée à une pluralité de pouvoirs complémentaires, créent davantage de contre-pouvoirs réduisant, ainsi l'efficacité de ce principe et multipliant les critiques quant à son fondement.

A l'origine, la séparation des pouvoirs est une théorie scientifique basée sur la doctrine qui résulte des écrits de Montesquieu, notamment «l'esprit des lois».

Il s'agit de distinguer les actes de légiférer, exécuter et juger afin de garantir les libertés fondamentales comme fondements juridiques d'un régime politique démocratique. En réalité, ceci se traduit par la délimitation des fonctions des différents pouvoirs, tout en garantissant l'équilibre nécessaire à la coopération organique des institutions pour garantir la viabilité du système politique.

Erigée en principe par la jurisprudence constitutionnelle, la séparation des pouvoirs a connu des applications diverses et variées. Les pouvoirs législatif et exécutif sont par définition des pouvoirs politiques contrairement au pouvoir judiciaire. Car ce dernier a pour mission d'appliquer les lois et juger en toute impartialité, il doit garder son indépendance.

La séparation des pouvoirs tend dans sa finalité à garantir la liberté en empêchant tout cumul de pouvoirs de l'Etat entre les mains d'une même autorité, cette concentration étant de nature à engendrer un pouvoir excessif.

Ces quelques considérations préliminaires nous renvoient à une question principale.

Que signifie l'indépendance du juge et celle du pouvoir judiciaire?

C'est précisément l'objet de notre rencontre si importante et parfaitement organisée par la Cour Constitutionnelle d'Arménie.

Historiquement, le pouvoir judiciaire a connu des «flux et reflux» quant au

plein exercice de ses compétences ; il a même été accusé d'avoir instauré «le gouvernement des juges».

Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui découle de la logique même de la séparation des pouvoirs, signifie que le juge doit-être en mesure d'exercer ses fonctions en toute indépendance, par rapport à toutes les forces sociales, économiques et politiques et par rapport à l'administration de la justice.

L'indépendance du pouvoir judiciaire et les spécificités qui le caractérisent par rapport aux pouvoirs politiques, ont permis une universalisation de certaines normes de procédures judiciaires. Les rencontres comme la nôtre aujourd'hui ne sont pas étrangères à ce rapprochement. Le pouvoir judiciaire est devenu le premier protecteur des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La spécialisation de ce pouvoir lui a permis de gagner plus d'importance dans la société moderne, d'autant plus que l'exécutif a tendance aussi à avoir recours à la justice, en ce qui concerne les affaires relatives à la justice sociale et celles se rapportant à l'application des lois politiques, ce qui a donné plus de profondeur sociale au pouvoir judiciaire.

La fonction de juger procure aux juges la possibilité de faire régner les valeurs exprimées à travers les rapprochements des systèmes politiques et exprimées dans le concept de l'Etat de droit démocratique.

Néanmoins, la multiplicité des pouvoirs qui a créé d'autres partenaires du pouvoir politique représentatif, tels que les organisations du monde associatif, le pouvoir des médias de l'opinion publique exprimé à travers les syndicats, ainsi que le pouvoir économique et financier.

Les fonctions étatiques qu'exerce la branche de la justice administrative la rendent responsable devant l'exécutif ce qui provoque l'ambiguïté et pourtant les domaines de compétence sont clairement définis à l'intérieur de l'institution judiciaire.

Le Juge indépendant est celui qui prend ses décisions en son âme et conscience, sans se soumettre aux ordres et conseils de sa hiérarchie.

Il est clair que les contours de ce principe, indispensable à l'édification d'un Etat de droit, sont difficiles à cerner, raison pour laquelle les Constitutions ne contiennent généralement aucune définition de cet idéal démocratique.

Être juge indépendant, c'est faire face à de multiples pressions d'origines diverses dont les plus fréquentes sont celles qui sont exercées par le pouvoir politique.

En Algérie, l'indépendance du juge et celle du pouvoir judiciaire sont garanties par la Constitution. L'article 138 de la Constitution Algérienne dispose en effet que: «Le pouvoir judiciaire est indépendant. Il s'exerce dans le cadre de la loi.»

En effet, l'indépendance de la justice est assurée sur le plan fonctionnel par

l'exclusivité de compétence et de missions clairement spécifiées dans les lois de la République. L'indépendance organique est garantie par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Cette autorité a pour missions, la gestion de la carrière des juges et a pour vocation de les prémunir de toute forme de contrainte qui peut influencer sur leur indépendance et qui risque d'entraver leur impartialité.

Le Statut particulier de la Magistrature<sup>1</sup> affirme l'indépendance des magistrats. Celle-ci s'apprécie au regard de trois facteurs: la nomination, la mutation et le déroulement de la carrière des magistrats.

S'agissant de la nomination des magistrats, elle est dans ses grandes lignes, fixée par la Constitution elle-même. Le Président de la République autorité de nomination des magistrats, est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Les membres de cet organe sont pour partie élus par les magistrats et pour partie nommés par le Président de la République ce qui garantit une forte indépendance.

S'agissant, de la responsabilité disciplinaire des magistrats, elle est également confiée, par la Constitution au Conseil Supérieur de la Magistrature qui, à cette occasion, n'est plus présidé par le Président de la République mais par le Président de la Cour Suprême.

La formation et la spécialisation renforcent l'indépendance du juge lors du traitement des litiges qui lui sont présentés.

La composition, le fonctionnement et les autres attributions du Conseil Supérieur de la Magistrature sont fixés par une loi organique<sup>2</sup>, dont il faut rappeler quelques éléments essentiels.

La protection de l'indépendance de l'autorité judiciaire se fait d'autant plus exigeante qu'elle met en cause la liberté individuelle dont l'autorité judiciaire a pour mission d'assurer la protection. Ici ce n'est pas seulement l'indépendance des magistrats qui est protégée, c'est leur compétence et leur pouvoir d'appréciation.

Enfin le Conseil Supérieur de la Magistrature veille à ce que le juge ne soit pas privé de la faculté d'exercer son pouvoir d'appréciation sur les atteintes portées à la liberté individuelle.

En Algérie, la séparation des pouvoirs en tant que point de départ d'une nouvelle organisation politique de l'Etat et la création d'un Conseil constitutionnel dont le rôle principal est de veiller au respect de la Constitution par le contrôle de constitutionnalité dans le cadre de la hiérarchie des normes, figurent parmi les innovations majeures de la révision constitutionnelle de 1989.

<sup>1</sup> Loi organique n° 04-11 du 6 Sep 2004 portant statut de la magistrature.

<sup>2</sup> Loi organique n° 04-12 du 6 Sep 2004 fixant la composition, le fonctionnement et les attributions du C.S.M. notamment l'art. 35.

Depuis sa création, le Conseil constitutionnel a confirmé les avancées enregistrées en Algérie en matière de consolidation du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cette affirmation sans équivoque apparaît notamment dans les Avis du Conseil constitutionnel concernant la loi organique relative au découpage judiciaire et celle relative à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat.

En effet, dans son avis n° 4 du 19 février 1997, le Conseil a considéré que «le Constituant, en érigeant la séparation des pouvoirs en principe fondamental de l'organisation des pouvoirs publics, entend fixer leurs compétences qui ne sauraient être exercées que dans les cas et suivant les modalités que la Constitution leur a expressément fixés».

Le Conseil constitutionnel a réaffirmé l'indépendance du pouvoir judiciaire dans son Avis n° 6 du 19 mai 1998 en «Considérant que le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire édicté à l'article 138 de la Constitution découle du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et tire sa signification des garanties constitutionnelles énoncées aux articles 147, 148 et 149 de la Constitution.».

Par ailleurs et sachant que l'indépendance du magistrat est fondamentale pour l'indépendance du pouvoir judiciaire, et dans l'objectif de préserver cette indépendance et la dignité du magistrat, le Conseil constitutionnel a affirmé le droit syndical du magistrat, pour le Conseil «...la liberté du magistrat d'exercer son droit syndical» serait réduite en l'obligeant à faire une déclaration au ministre de la justice dès son adhésion au syndicat. L'avis n° 2 du 19 mai 1998 souligne que la liberté de se syndiquer est salubre pour le magistrat et lui permet «en cas de nécessité, de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'indépendance et de la dignité de la magistrature».

Le Conseil Constitutionnel aide le juge à révéler le sens de la loi dans le cadre du recours constitutionnel.

En effet, l'indépendance du Conseil constitutionnel tend dans sa finalité à renforcer la crédibilité, à améliorer sa visibilité sociale et à conforter sa légitimité. Il bénéficie d'un statut spécifique au sein de l'ordre constitutionnel qui se situe en dehors des trois pouvoirs constitués, une position qui le place dans une situation d'indépendance à l'égard de ces derniers.

Ces trois pouvoirs sont représentés au sein du Conseil constitutionnel.

La reconnaissance de l'indépendance du Conseil constitutionnel est aussi marquée par le respect de sa jurisprudence par les différents destinataires.

Des progrès significatifs seront apportés à ce sujet à travers les amendements déjà annoncés de la Constitution algérienne qui confirmeront bientôt et

l'indépendance du Conseil constitutionnel et son autonomie administrative et financière.

Si le conseil constitutionnel veille scrupuleusement et en toute indépendance à ce que chaque pouvoir respecte, son domaine d'intervention tel qu'il résulte de la Constitution, il veille également à circonscrire son appréciation à la constitutionnalité des textes déférés à son examen et non leur opportunité comme il tient d'ailleurs à le préciser expressis verbis dans ses avis et décisions.

Ce qui permet l'indépendance d'un juge, c'est autant la définition positive qu'on accorde par principe à sa fonction que celle de sa culture juridique et de sa force de caractère.

Telles sont en fin du compte, les véritables conditions d'une justice indépendante sans laquelle les lois et les institutions les plus parfaites demeurent lettre morte et le doyen Vedel avait continué de dire que l'indépendance dépend de «l'hygiène mentale des juges».

En effet, la multiplication des pouvoirs et donc de contre-pouvoirs augmente la place du pouvoir judiciaire d'où la nécessité de garantir son indépendance.

Le recours constitutionnel est un autre développement à côté du contrôle de constitutionnalité qui peut à la fois alléger la pression sur le pouvoir judiciaire et conforter son indépendance.

Il n'est pas inutile à ce sujet de mentionner que la politique algérienne de déradicalisation a commencé par supprimer les juridictions d'exception pour renforcer l'Etat de droit dans le cadre du principe démocratique de l'Etat moderne qui implique la préexistence des normes juridiques et la préexistence et l'indépendance des organes chargées de les appliquer.

L'Algérie a eu plusieurs occasions de partager son expérience et, très récemment encore, à la tribune des Nations unies.

Les pays africains sont eux-mêmes porteurs d'une expérience qui s'est révélée de façon significative à l'occasion de la Conférence Africaine d'Alger en novembre 2014.

Malgré tous les maux dont on peut l'accuser, la justice en Afrique, si l'on en juge par les initiatives prises çà et là, semble prendre conscience de son état et cherche à se métamorphoser; elle a engagé des réformes dont certaines sont positives dès lors qu'elles vont dans le sens d'un renforcement de l'indépendance et des pouvoirs du juge<sup>3</sup> dans ses rapports avec les autres organes de l'Etat

La nouvelle génération de juridictions constitutionnelles développe en effet, une jurisprudence démontrant à la fois leur capacité d'imagination et leur

<sup>3</sup> Mayacine Diague « La mutation de la justice constitutionnelle en Afrique. L'exemple du Conseil Constitutionnel Sénégalais » *Annales internationale de justice constitutionnelle* T.XII,1996 p.99

indépendance d'esprit marquant ainsi le passage du formalisme à l'effectivité d'un constitutionnalisme orienté vers la démocratie et l'Etat de droit.

Mesdames et Messieurs les présidents et juges des Cours constitutionnelles et instances équivalentes Mesdames et Messieurs.

Je voudrais tout d'abord joindre ma parole à celles et ceux qui ont tenu à féliciter les organisateurs pour le choix du thème, la qualité des interventions.

Je ne cesserais de les remercier pour la qualité de leur accueil et le professionnalisme dont ils ont fait preuve afin de rendre notre séjour si agréable.

### SUMMARY

Separation of powers is a basic element to democracy and reinforcement of the rule of law. Although separation of powers was set forth as a key principle by the constitutional jurisprudence, its applications were diverse and varied. Legislative and executive powers are, by definition, unlike the judiciary. Since the mission of the latter is to implement laws and judge impartially, it must retain its independence.

In Algeria, the independence of the judge and the judicial power is guaranteed by the Constitution. Article 138 of the Algerian Constitution provides: "The judicial power is independent. It is exercised within the framework of the law." The independence is guaranteed by the High Council of Magistracy. This authority is authorized to promote the judges' career and guard them against any form of interference that may affect their independence and hinder their impartiality.

The Constitutional Council enjoys a special status within the constitutional order that falls beyond the three constituted powers.

The constitutional complaint is another achievement which may alleviate pressure on the judiciary and strengthen its independence.



**STRENGTHENING THE PRINCIPLE  
OF THE INDEPENDENCE  
OF THE JUDICIARY IN THE DOCTRINE  
OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA**

**DANUTĖ JOČIENĖ**

*Justice of the Constitutional Court of Lithuania*

Dear President Mr. G. Harutyunyan and the Justices of the Constitutional Court of the Republic of Armenia,

Distinguished President of the Venice Commission Mr. G. Buquicchio,

Distinguished Presidents of the Constitutional Courts, Justices,

Ladies and Gentlemen,

It's an honour to be here today and to extend sincere congratulations on behalf of the President of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania Prof. Dainius Žalimas and all the Justices to the Constitutional Court of the Republic of Armenia with the 20th Anniversary of Adoption of the Constitution of the Republic of Armenia and the 20th Anniversary of Establishment of the Constitutional Court of the Republic of Armenia.

It is my wish that the Constitutional Court of Armenia will continue its hard work in imparting the ideas of constitutional justice to the public.

My presentation today is based on the interpretation of the principle of the independence of the Judiciary in the doctrine of the Constitutional Court of my country.

The independence of judges and courts is one of the essential principles of a democratic state under the rule of law and a necessary condition of protection of human rights and freedoms. The independence of the Judiciary is also an inseparable element of the constitutional status of the judge (Ruling of the Constitutional Court of 21 December 1999).

As stated by famous Mr. D. Rousseau "Independence of the Court is, first of all, the independence of a judge"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Rousseau D. Droit du contentieux constitutionnel, 4e edition. Paris, Montchrestien, 1995. P. 227.

## **I. The constitutional Independence of the Judiciary (or the independence of judges and courts)**

The Constitutional Court of the Republic of Lithuania (further – the CC or the Court) has formulated a very broad official constitutional doctrine on the independence of judges and courts in which the constitutional imperative of the independence of judges and courts is construed in the context of the constitutional principle of a state under the rule of law (which, as the Constitutional Court has held in its acts more than once, integrates various constitutional values).

The Court has clearly developed the independence of courts and judges as two separate institutes; however, these two institutes have been interpreted together as conditioning one another and being indivisible. The assessment of the system of guarantees of the independence of judges and courts permits to assert that they are closely interrelated. In the doctrine, the Court has pointed out the following (main) guarantees (safeguards) as constituent elements of the Independence of judges and courts<sup>2</sup>:

- the inviolability of the term of powers of the judge;
- the inviolability of the person of the judge;
- the real social (material) guarantees of the judge;
- the self-governance of the judiciary (the Judiciary is full-fledged power);
- financial and technical provision (equipment) of the Judiciary (the organizational independence).

It should be emphasised that the above-mentioned guarantees (elements/safeguards) of the independence of the Judiciary are also closely interrelated. However, the separation of such guarantees into different groups can be regarded as somewhat artificial, i.e., it would be very difficult to assess the real social (material) guarantees of judges without analysing the element of the financial and technical provision of the Judiciary. Furthermore, in cases of the release of a certain judge from office because of the fact that the conduct of the judge had discredited the name of judges, such a situation would reflect the legal status of the judge. However, the aforementioned ground for releasing of the judge can impact the social (material) guarantees of the judge, as, consequently, the judge can lose such guarantees (Ruling of the CC of 27 November 2006).

Therefore, a review of the complex of the safeguards guaranteeing the independence of judges and courts and the responsibility of judges leads to the conclusion that they all are closely interrelated. In general, the independence of judges and courts may not be examined on the basis of one element, no matter how salient it may be. On the other hand, it must be

---

<sup>2</sup> See Rulings of the CC of 21 December 1999, 15 May 2009, 29 June 2010, etc. See also T. Birmontienė. The features of the Constitutional doctrine on the Independence of the Judiciary. Constitutional Jurisprudence. No. 3(31), 2013 (Article published in the Lithuanian language, the Title translated into English by the Author of this Presentation).



admitted that if any of the safeguards guaranteeing the independence of judges and court are violated, it would impede administration of justice and protection of human rights and freedoms (Ruling of 6 December 1995).

In summing up, the position of the CC reflected the general view that the independence of judges and courts is ensured, *inter alia*, by consolidating all aforementioned guarantees (or constituent elements), such as: the self-governance of the judiciary, meaning that the judiciary is fully-fledged, and its financial and technical provision; inviolability of the term of office of the judge (whereby one seeks to ensure that the judge, irrespective of the political forces in power, would remain independent and would not be forced to adjust according to the possible changes of political forces); as well as the inviolability of the person of the judge, and also established the real social (material) guarantees of the judge (Ruling of the CC of 15 May 2009).

In the broadly formulated official constitutional doctrine on the independence of judges and courts, taking into account the aim to **be an open, just, and harmonious civil society and the state** under the rule of law, as enshrined in the Preamble of the Constitution, **Article 5 and the norms of other articles of the Constitution establishing the separation of powers**, one may distinguish two inter-related aspects of the principle of the independence of judges and courts:

- 1) the independence of judges and courts in administering justice;
- 2) the independence of courts as the system of judicial institutions.

In principle, such division is not a new one; it reflects also the aforementioned (constituent) elements of the independence of the Judiciary as marked out by the CC.

The independence of judges and courts, first of all, means the independence of judges and courts when they administer justice. Under Article 109 of the Constitution, while considering cases, judges shall be independent and obey only the law. Paragraph 1 of Article 114 of the Constitution provides that institutions of state authority and governance, members of the Seimas and other officers, political parties, public organisations, and citizens shall be prohibited from interfering with the activities of a judge or the court, and violation of this shall incur liability provided for by law. The procedural independence of judges is a necessary condition of an impartial and fair consideration of a case.

On the other hand, judges and courts are not sufficiently independent if the independence of courts as the system of the institutions of the judiciary is not ensured. The judiciary, being independent, may not be dependent on any other branches of public power. Therefore, it is of much importance to separate the activity of courts from that of the executive.

First of all, the doctrine of the independence of the Judiciary can be derived from Article 5 of the Constitution where the concrete separate

institutes of public power are indicated. Furthermore, some other Articles of the Constitution, such as Articles 109, 111, 112, 115 and other articles establishing the constitutional backgrounds for the functioning of the Judiciary, including the appointment and release of judges, specifying the system of the courts in Lithuania, were invoked when formulating the doctrine of the independence of the Judiciary.

In paragraph 1 of Article 5 of the Constitution it is established that:

“In Lithuania, State power shall be executed by the Seimas, the President of the Republic and the Government, and the Judiciary” <...>.

Paragraph 2 of the mentioned Article 5 indicates that:

**“The scope of power shall be limited by the Constitution”.**

The mentioned paragraph 1 of Article 5 of the Constitution of Lithuania was chosen by the Constitutional Court – the official interpreter of the Constitution – as *a starting legal position* for forming the constitutional doctrine of the principle of the separation of powers<sup>3</sup>, which has been later particularised in other Articles of the Constitution by determining the competence of every branch of state power as well as their interrelations. The constitutional principle of the separation of powers means that the legislature, the executive and the judiciary are separate, sufficiently independent. Every state institution enjoys the competence according to its purpose. Administration of justice is the function of courts and it determines the place of the judiciary in the system of institutions of state authority and the status of judges. Neither any other state institution nor any other state official may exercise this function<sup>4</sup>.

The status of the Court, as one of the State authorities, is determined in Chapter IX of the Constitution. According to the doctrine of the CC, the Court is one of the State authorities with the exclusive right to administer justice<sup>5</sup>. While administering justice, judges and courts shall be independent (Paragraph 2 of Art. 109 of the Constitution, Rulings of 14 February 1994; 6 June 2006, 28 May 2008, 15 May 2009, etc.). It should be noted that in the Constitution there is the separate Chapter VIII devoted to the Constitutional Court.

Moreover, when considering cases, judges obey only the law (Paragraph 3 of Art. 109). Anyone shall be prohibited from interfering with the activities of a judge or the court. Already in 1995 the CC stressed that the independence of the Judiciary is not a privilege but the essential feature of the democratic state. The CC held in one of its first rulings (passed on 6 December 1995) that:

<sup>3</sup> E. Jarašiūnas. The principle of the separation of powers: conception and some problems of interpretation in the constitutional jurisprudence. In: Constitutional Law of Lithuania: Evolution, Institutions, Protection of Rights, Self-Governing. University of Mykolas Romeris, Vilnius, 2007 (Article published in the Lithuanian language, the Title translated into English by the Author of this Presentation), p. 135-163.

<sup>4</sup> See Rulings of the CC of 12 July 2001, 28 May 2008, etc.

<sup>5</sup> Paragraph 1 of Art. 109 of the Constitution provides: “In the Republic of Lithuania, justice shall be administered only by courts”; see also Rulings of 19 October 1994, 1 October 1997, etc.

"[...] One of the fundamental distinguishing characteristics of a democratic state is the principle of independence of the judiciary. All democratic states adhere to this principle [...]; The independence of the judiciary is not a privilege, but one of the principle duties of judges and courts, ensuing from the human right to an impartial arbiter in a dispute guaranteed by the Constitution. Such a concept of the independence is also reflected in a number of international documents [...]"

Therefore, the role of the judiciary in the democratic state is that, while administering justice, the courts must ensure the implementation of law expressed in the Constitution, the laws and other legal acts, and also to guarantee the rule of law and to protect human rights and freedoms.

The courts that under the Constitution implement judicial power in Lithuania should be classed as belonging not to one, but to two or more (if that, while heeding the Constitution, is established in certain laws) systems of the courts; under the Constitution, there are three systems of courts in Lithuania:

(1) the Constitutional Court executes constitutional judicial control (in addition to other provisions of the Constitution (including those which are designed for judicial power and judges in general) a separate chapter (VIII) of the Constitution is designated to the Constitutional Court);

(2) the Supreme Court of Lithuania, the Court of Appeal of Lithuania, regional courts and local courts, specified in Paragraph 1 of Article 111 of the Constitution, constitute the system of courts of general jurisdiction;

(3) under Paragraph 2 of Article 111 of the Constitution, for the consideration of administrative, labour, family and cases of other categories, specialised courts may be established; one system of specialised courts, namely, administrative courts, which is composed of the Supreme Administrative Court of Lithuania and regional administrative courts, is established and is functioning at present (Rulings of the CC of 13 December 2004, 16 January 2006, 28 March 2006, 9 May 2006, 6 June 2006, and 27 November 2006).

According to the constitutional doctrine, formulated when interpreting the new wording of Article 118 of the Constitution, prosecutors are not equated to judges as they are not administering justice. Nevertheless, the CC has also stressed the importance of the Prosecutor's office, indicating that the Constitution entrusts it with specific functions and, in implementing such functions, prosecutors are also independent and must obey only the law. However, the independence of prosecutors may not be identified with that of the courts which exercise the judicial power<sup>6</sup> (Article 118 of the Constitution).

<sup>6</sup> See Article 118 of the Constitution (wording of 20 March 2003) and the Decision of the CC of 16 January 2014. (It should also be noted that in some earlier Rulings the CC regarded the prosecutors as part of the judiciary (old wording or Article 118 of the Constitution) – see, i.e., the Ruling of 21 December 1999 “[...] The prosecutors and investigators are treated as a constituent part of the judiciary. Thus, while conducting the legal proceedings, they are applied the safeguard guaranteeing the independence of the judiciary established by law[...]” .

## II. The inviolability of the person of the judge; the inviolability of the term of powers of the judge; the real social (material) guarantees of the judge.

According to the constitutional doctrine, **independence of courts and judges is an inseparable element of the constitutional status of judges**; such independence is not an end in itself, but one of the essential principles of a democratic state under the rule of law and a necessary condition of protection of human rights and freedoms, as well as of the implementation of the laws and legal acts which are not in conflict with the Constitution. The duties and responsibility of a judge presuppose his high legal professional qualification. Such qualification of the judge was regarded by the CC as one of the guarantees for proper administration of justice: special professional and ethical requirements (including good reputation) are applicable to a person who wants to become a judge.

In the jurisprudence of the Constitutional Court it is also emphasised that the independence of judges or **courts is not a privilege, but one of the most important obligations of judges and courts**, which stems from the right of a person, who thinks that his rights or freedoms guaranteed in the Constitution are violated, to apply to an independent and impartial tribunal<sup>7</sup> in order to solve the emerged legal dispute under the Constitution and laws (especially on this point, the Ruling of the CC of 6 December 1995, also Rulings of 21 December 1999, 12 July 2001, and 9 May 2006, 29 June 2010, Decision of 14 January 2015).

On this point, the reference can be made to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms adopted in 1950 (thereafter – the European Convention on Human Rights, the ECHR or the Convention) which, according to the official constitutional doctrine, is a constituent part of the Lithuanian legal system and has been applied on an equal footing as laws of the country (Conclusion of 24 January 1995). Article 6 of the ECHR establishes the right of everyone to the impartial and independent tribunal within the reasonable time. The CC in its doctrine has always regarded the jurisprudence of the Convention (*inter alia* of Article 6) as a source of construction of law which is also important for the construction and applicability of Lithuanian law (Rulings of the CC of 8 May 2000, 28 May 2008). Therefore, the requirements developed by the European Court of Human Rights in interpretation and application of the notion “an independent and impartial tribunal” were also taken into account by the CC when forming its official doctrine on the independence of the Judiciary (see, as an example Rulings of 6 December 1995, 21 December 1999)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Article 30 of the Constitution stipulates: “The person whose constitutional rights or freedoms are violated shall have the right to apply to court”.

<sup>8</sup> In the Ruling of 21 December 1999 it was stated: “[...] Moreover, the Minister of Justice cannot control the course of cases. [...] [These] state institutions and officials have no right to control either directly or indirectly the actions of a judge when he considers concrete cases. Such an interpretation of the principle of the independence of courts would be in line with the case-law of the European Court of Human Rights when Paragraph 1 of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is applied wherein the right of individuals to a fair and impartial tribunal is enshrined [...]”.

It should also be noted in this context that Lithuania has lost *Daktaras v. Lithuania* case (Appl. No. 42095/98, judgment of 10 October 2000) in the European Court of Human Rights (further – the ECtHR or the European Court), in which the European Court noted that it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public. Article 6 requires a tribunal to be impartial. Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias.

The ECtHR has thus distinguished in its jurisprudence between a subjective approach (ascertaining the personal conviction or interest of a given judge in a particular case), and an objective approach, that is determining whether sufficient guarantees are offered to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Grievies v. the UK* [GC], no. 57067/00, § 69, 16 December 2003; *Kyprianou v. Cyprus* [GC], No. 73797/01, 15 December 2005; §§ 118-21).

In *Daktaras v. Lithuania* case the ECtHR established the violation of Article 6 as regards the not justified proactive role of the President of the Supreme Court in the appeal procedure. The European Court came to the conclusion that the Supreme Court of Lithuania *could not be considered an impartial tribunal from the objective point of view* as it had been instructed by the President of this Court to quash the Court of Appeal's decision and reinstate the first-instance judgment; even more, the President of the Supreme Court had himself appointed the judge rapporteur and the members of the Chamber in the case. Therefore, many doubts as regards the objective impartiality of the court remained in this case which meant that the public could not trust such court<sup>9</sup>. It should be noted that the CC in its doctrine has not divided the independence of the Judiciary into two - objective and subjective - aspects as it was done by the ECtHR; the CC substantiates its own position on a more general approach, however, in its analysis it concentrates on the above-mentioned guarantees (constituent elements) of the independence of the Judiciary<sup>10</sup>.

The independence of the judge and courts is indivisible (the Ruling of 21 December 1999). One of the important aspects of the independence of the judge entrenched in the Constitution is that while administering justice all judges have equal legal status (the Ruling of the CC of 27 November 2006); no different guarantees of the independence of the judge may be established. While administering justice, no judge is, nor may be subordinate to any other judge or to the President of any court (*inter alia*, of the court where he works or of the court of higher level). Judges cannot be classified as state servants according to their duties. It should also be stressed that the independence guarantees do not create pre-conditions for a judge to avoid proper performance of his duties and consider cases in a negligent manner.

<sup>9</sup> *Daktaras v. Lithuania*, Appl. No. 42095/98, ECtHR, judgment of 10 October 2000.

<sup>10</sup> It should also be noted that in the Ruling of 12 February 2001 the CC, in principle, analyses the subjective element of the independence of judges, related to the family (personal) ties between the parties of the case.

While establishing the procedure of appointing, promoting, transferring or dismissing of judges, the principle of independence of judges and courts cannot be violated; such procedure should be based exceptionally on their professional knowledge and personal skills. The balance of powers enshrined in the Constitution should be secured (Ruling of 21 December 1999, 9 May 2006).

*a) The inviolability of the person of the judge*

As mentioned before the judge in Lithuania has an exceptional constitutional status. In the Ruling of 21 December 1999 the CC had also stressed that the guarantees of the independence of judges and courts cover also the legal status of a judge and the court.

According to the Constitution, a judge has immunity from the criminal liability in Lithuania<sup>11</sup>. Paragraph 2 of Article 114 of the Constitution stipulates that a judge may not be held criminally liable, arrested or have his freedom restricted otherwise without the consent of the Seimas, or, in the period between the sessions of the Seimas, without the consent of the President of the Republic of Lithuania.

In the Ruling of 17 December 2007, the CC decided that the provision of Paragraph 4 (wording of 24 January 2002) of Article 47 (wording of 3 April 2003) of the Law on Courts that a judge may not be held administratively liable was regarded as being contradictory with the Constitution. Although by means of such a provision an attempt was made to secure the independence of a judge consolidated in the Constitution, however, it created the preconditions for the judge who commits an administrative violation to evade administrative liability. Thus, an obligation arises for the legislature (from the Constitution) to establish the procedure for bringing a judge to administrative liability, which could provide the maximum protection to the judge from unreasonable attempts to bring him to such liability. Moreover, the CC stated that according to the Constitution, judges have no immunity from administrative liability (with the exception of the cases when administrative liability is related with the restriction of freedom of the judge). A fair balance should be found for the purpose of implementation of the provisions of Paragraphs 1 and 2 of Article 114 of the Constitution and the judge's administrative liability.

Judges, while administrating justice, cannot hold any other elected or appointed office, to work in any business, or other private enterprises, to receive any remuneration other than the remuneration established for the judge and payment for educational or creative activities [...] (Article 113 of the Constitution). The limitations on work and political activities which are established for court judges shall apply also to justices of the Constitutional Court (paragraph 3 of Art. 104 of the Constitution).

<sup>11</sup> Ruling of the CC of 30 May 2003.

Moreover, justices of the Constitutional Court shall have the same rights concerning the inviolability of their person as shall Members of the Seimas (paragraph 4 of Art. 104 of the Constitution). It should also be noted that the Lithuanian Constitution establishes such a procedure of the appointment and release of judges and Presidents of courts of general jurisdiction and specialised courts of various standing, where these judges and Presidents of courts are appointed and released by institutions of other branches of state power—the executive and legislature, correspondingly, the President of the Republic and the Seimas, i.e. the institutions formed on a political basis<sup>12</sup>.

In its Rulings of 21 December 1999, 9 May 2006, and 27 November 2006, the Constitutional Court held that the powers of the President of the Republic entrenched in Item 11 of Article 84 of the Constitution in the formation of the judiciary are a significant element of the constitutional status of the Head of State. The President of the Republic participates when appointing and releasing judges of courts of general jurisdiction of all levels, starting from the lowest level—local courts—and finishing by the highest level—the Supreme Court (as well as including judges of all specialised courts), however, his powers regarding judges of different courts of general jurisdiction are different. Judges and Presidents of local, regional, and specialised courts are appointed and released by the President of the Republic and regarding this he does not apply to the Seimas. Nevertheless, the CC has clearly indicated in its jurisprudence that the judiciary, being independent while administering justice, may not be dependent on the other branches of public power also because of the fact that it is the only branch of power formed on a professional but not political basis. Moreover, the counterbalancing relationship between the President of the State and the special institution of judges as regards the appointment, promotion and release of judges has been deeply discussed in the official doctrine of the CC<sup>13</sup>.

Another aspect of the independence of the judge - is the oath of the judge to the State. The judge is also obligated to be independent by his oath which he must make before taking office under Paragraph 6 of Article 112 of the Constitution. The judge swears allegiance to the Republic of Lithuania, swears to administer justice only pursuant to laws, to defend human rights, freedoms and legitimate interests, always act honourably, humanely and never let his behaviour cause damage to the title of a judge.

<sup>12</sup> Paragraph 2 of Article 112 provides that “Justices of the Supreme Court as well as its President chosen from among them shall be appointed and dismissed by the Seimas upon the submission of the President of the Republic”. Judges of the Court of Appeal as well as its President chosen from among them shall be appointed by the President of the Republic upon the assent of the Seimas (paragraph 3 of Article 112). Judges and presidents of local, regional, and specialised courts shall be appointed, and their places of work shall be changed by the President of the Republic (paragraph 4 of Article 112).

<sup>13</sup> See Rulings of the CC of 21 December 1999, 12 July 2001, 28 March 2006, 9 May 2006, 6 June 2006, its Conclusion of 31 March 2004 and its Decision of 8 August 2006).

*b) the inviolability of the term of powers of the judge*

The CC has constantly stressed that one of the guarantees of the independence of the judge entrenched in the Constitution is the guarantee of the term of his powers (Rulings of the CC of 6 December 1995, 21 December 1999, 12 July 2001, 9 May 2006, etc.). Only an independent court, thus, *only such whose judges are guaranteed the inviolability of the term of their office may be considered as one administering justice as required by the Constitution* (Ruling of the CC of 9 May 2006 which is very important as regards the official development of the doctrine on the independence of the Judiciary on different aspects).

Already in its Ruling of 22 December 1994 the CC accounted with the consequences of the Judicial reform in Lithuania. The adopted [new] Law on Courts (1994) provided the legal grounds for the termination of the activities of the [old] Supreme Court and establishment of the new Supreme Court. The CC stated that the notion "establishment" used in Article 2 of the impugned Law may NOT be understood as establishing a new legal institution. Therefore, the term of powers of judges of the Supreme Court of Lithuania could NOT be terminated if their mandate had not expired yet; Articles 115 and 116 of the Constitution determine the cases [the exhaustive list of grounds] and procedure of dismissal from office of court judges. Consequently, the powers of judges may not be terminated prior to the expiration of their term of office, with the exception of cases provided for by the Constitution. The judge's independence must be actually guaranteed together with the guarantees for the judge's tenure. The CC has also clearly noted that irrespective of the political forces in power, the judge remains independent and could not be forced to adjust according to the possible changes of political forces.

Moreover, as the Constitutional Court held in its Ruling of 21 December 1999, taking account of the procedure of formation of courts established in the Constitution, the special institution of judges (provided in Paragraph 5 of Article 112 of the Constitution), should give the advice to the President of the Republic as regards decisions on appointment, promotion, transfer of judges or those on their release from office. The doctrinal approach as regards "the special institution of judges" was further developed by the CC in the Ruling of 9 May 2006 where it was indicated that this institution should be composed *from judges only*<sup>14</sup>.

In the same Ruling of 9 May 2006 (one of the therein discussed aspects - the prolongation of the term of the office of the judge) the CC stated that the Constitution does not in essence prevent such legal regulation *estab-*

<sup>14</sup> In the mentioned Ruling it has been mentioned, the special institution of judges provided for by law specified in Paragraph 5 of Article 112 of the Constitution is the balance to the President of the Republic—a political institution of state power—in the area of the formation of the corps of judges. This implies that the activity of this special institution of judges must be transparent, so that neither the President of the Republic, nor the society would have reasoned doubts regarding the formed corps of judges [...].



lished by law where the judge, despite the fact that his term of powers has expired or he reached the pensionable age, may still hold his office for a certain period of time (in order to finalise the cases under the consideration). The Position of the CC – *such institute in itself is in conflict with the Constitution*. The judge whose term of powers (prescribed by law) has expired should be released under the procedure indicated in the Constitution. The prolongation of the term of office of the judge which is allowed only in the exceptional cases, it could be allowed only by a corresponding legal act—a decree of the President of the Republic or (if the powers of a justice of the Supreme Court are prolonged) a Seimas resolution must be passed. In every such case, the advice of the special institution of judges (Paragraph 5 of Article 112 of the Constitution) on the prolongation of powers (and if the powers of a judge of the Court of Appeal are prolonged—also the assent of the Seimas) is necessary. Such advice of the said special institution of judges to prolong the powers of the judge also means its advice to release the judge from office as soon as the corresponding legal fact happens—the consideration of corresponding cases is finished (see also the Ruling of 15 May 2009). In such exceptional cases such judge, while administering justice (deciding not finished cases), would have the same powers and guarantees as other judges of the corresponding court, his status as a judge would indivisible.

Under Paragraph 4 of Article 111 of the Constitution, the formation and competence of courts shall be established by the Law on Courts of the Republic of Lithuania. Thus, the Constitution obligates the legislature to regulate the founding and the competence, the formation and execution of powers of all courts of the Republic of Lithuania, *inter alia*, the status of judges of these courts etc., thus, including the Supreme Court, by means of a law. In this context, it needs to be noted that the length of the term of powers (term of office) of the President of the Supreme Court (or of the chairperson of a division of the same court) must also be established by means of a law.

In the aforesaid Ruling of 15 May 2009 the CC considered also the question on dismissal of the judge [in this case – the President of the Supreme Court of Lithuania] upon expiry of his term of powers and further developed the constitutional notion of “the free mandate of a member of the Seimas”, indicating that the Members of the Seimas [parliamentarians] in their duties are guided by the Constitution, state interests, their own consciences and may not be restricted by any mandates. Already in its earlier Rulings of 25 January 2001, 25 May 2004 and 1 July 2004, the Constitutional Court had held that “the free mandate of a member of the Seimas entrenched in the Constitution may not be understood only as a permission to act only at one’s discretion, [...] ignoring the Constitution”. The official constitutional doctrine on the release of judges and presidents of courts from office has been formulated by the Constitutional Court by

taking account of the constitutional status of judges<sup>15</sup>. The CC decided that there had not been any constitutionally justifying circumstances for the non-release of the President of the Supreme Court from office upon the expiry of his term of powers, which was a fact of an objective character not related with his free decision. When the President of the Republic, after receiving the advice from the special institution of judges (specified in Paragraph 5 of Article 112 of the Constitution), applied to the Seimas regarding the release of the President of the Supreme Court (or the chairperson of a division of this court) from office due to the objective fact—expiry of the term of powers for which he was appointed to hold such office - the Seimas had a legal obligation to release such President from office (or the chairperson). The free mandate of a member of the Seimas may not be identified with absolutely free actions of the parliamentarian, made only at his own discretion, incompatible with the duty of a member of the Seimas to respect and execute the Constitution and laws.

Otherwise, one would deviate from the imperatives entrenched in the Constitution, since the non-release of the President of the Supreme Court (or the chairperson of a division of this court) from office upon the expiry of the term of his powers, would be incompatible with the requirements arising from Paragraph 2 of Article 112 and Item 2 of Article 115 of the Constitution, as well as with the constitutional principle of a state under the rule of law. Moreover, conditions would be created to interpret the constitutional principle of *the free mandate of a member* of the Seimas as the right of that member to act in such manner which could even be regarded as being incompatible with the Constitution.

Under Article 115 of the Constitution, judges shall be dismissed from office according to the procedure established by law, in cases when their behaviour discredits their position as a judge, and when judgment imposed on them by court comes into force. Articles 74 and 116 of the Constitution also provide that for gross violation of the Constitution, breach of oath, or upon the disclosure of the commission of felony, the Seimas may remove from office the President and justices of the Supreme Court, as well as the President and judges of the Court of Appeal, in accordance with the procedure for impeachment. The behaviour of a judge connected with his performance of his immediate duties, as well as his activity not linked with his duties, may not cause any doubts as for his independence and impartiality.

It should also be mentioned that a judge, who thinks that he has been released from office groundlessly and unlawfully has the right, under the Constitution, to apply to court regarding the defence of his violated right. The Constitutional Court has held in its acts more than once that the right of a person, who thinks that his rights or freedoms are violated, to apply to court is an absolute one, that this right may not be artificially restricted

<sup>15</sup> See also Ruling of the CC of 21 December 1999, 9 May 2006, etc.

or its implementation may not be unreasonably impeded, that it is not permitted to deny this right, that, under the Constitution, the legislature has the duty to establish such legal regulation whereby all disputes regarding violation of rights or freedoms of individuals may be decided in court<sup>16</sup> (see, among others, Ruling of the CC of 9 May 2006).

Another guarantee of proper administration of justice by judges is their qualification: only persons who have life experience and high legal qualification may be appointed as judges. They must be of irreproachable reputation. This means that special professional and ethical requirements are raised to judges (Ruling of 9 May 2006). The judge must feel greatly responsible for the way he administers justice, i.e. the way he performs the duty established to him by the Constitution.

*c) the real social (material) guarantees of the judge*

The guarantees of social (material) nature of the principle of the independence of judges as established in Paragraph 2 of Article 109 of the Constitution mean an obligation of the state to ensure social (material) maintenance to judges in conformity with the status of judges when they are in office, as well as after expiration of office (the Rulings of the CC of 21 December 1999, 22 October 2007, 16 April 2014, Decision of 20 April 2010). As stated in an early Ruling of 21 December 1999:

“Material independence of a judge and other social guarantees play an important role here. Laws of most countries pursuant to general criteria establish a judge's remuneration separately from other state servants. Any attempt to diminish a judge's remuneration or other social guarantees, or to restrict the financing of courts, is treated as an intrusion upon the independence of judges and courts”.

Under the Constitution, the material and social guarantees established to judges must be such so that they would be in line with the constitutional status of the judge, with the functions exercised by judges and their responsibility, as well as with their dignity (Decision of the CC of 8 August 2006, Rulings of 12 July 2001, 22 October 2007). The constitutional imperative of the protection of judges' salaries and other social guarantees (including pensions) arises from the principle of independence of judges and courts and attempts to protect the judges administering justice from any influence of the legislative power and the executive, as well as from that of other state establishments and officials, political and public organisations, commercial economic structures, and other legal and natural persons.

<sup>16</sup> Attention should be paid to the jurisprudence of the ECtHR as regards the interpretation of the right to a court under Article 6 which is regarded as being not an absolute right. The States have the margin of appreciation in this field and in civil and/or criminal cases this rights is subject to different limitations (see *Cudak v. Lithuania* [GC], No. 15869/02, Judgment of 23 March 2010, §§ 54-59).

The legislator, when establishing legal regulation which would ensure the independence of judges and courts, *inter alia* the social (material) guarantees of the judge, must heed the norms and principles of the Constitution; upon expiry of powers of the judge, the social (material) guarantees of the judge may be varied ones, *inter alia* the payments paid periodically, as well as one-time payments, etc.; the constitutional base of establishment of such guarantees is an exceptional constitutional status of the judge which is determined by the function of administration of justice. The CC has also clearly established the principle that the social (material) guarantees of the judge, upon expiry of his powers, must be real and not only nominal (the Rulings of the CC of 22 October 2007, 29 June 2010, Decision of 14 January 2015).

While administering justice all judges have equal legal status in the aspect that no different guarantees of independence of the judge while administering justice (deciding cases) may be established. On the other hand, the principle of the equal legal status of judges does not mean that the material and social guarantees of judges may not be differentiated under clear, *ex ante* known criteria, which are not related to the implementation of justice while deciding cases (for example, under the term of a person's position as a judge) (the Constitutional Court's ruling of 9 May 2006 and its decision of 8 August 2006).

The principle of the equal legal status of judges which stems from the Constitution may also not be construed as not permitting an additional payment for the judges—the heads of courts (their deputies, heads of divisions, etc.) who discharge additional functions for the carried out organisational work: supplementary work must be paid for additionally.

This imperative of the legal regulation regarding the remuneration of judges of all courts of general jurisdiction as well as of the specialised courts requires that such judges' remuneration should precisely be regulated in the Law on Courts; only such legal regulation would be in compliance with the Constitution. The same rule should be applicable in the relations of remuneration of justices of the Constitutional Court which should be regulated in the Law on the Constitutional Court (see the Decision of the CC of 8 August 2006).

The Constitution also prohibits reduction in remuneration and other social (material) guarantees of judges; any attempts to reduce the remuneration of the judge or his other social (material) guarantees, or limitation upon financing of courts are treated as encroachment upon the independence of judges and courts (Rulings of the CC of 6 December 1995, 28 March 2006, Decision of 8 August 2006, 29 June 2010, etc.).

As every person, a judge has the right to defend his rights and legitimate expectations (Rulings of 12 July 2001; 22 October 2007). The principle of the equal legal status of judges does not mean that the material and social guarantees of judges may not be differentiated under clear, *ex ante* known

criteria, (for example, under the term of a person's work as a judge) (Rulings of 9 May 2006, 22 October 2007, Decision of 8 August 2006, etc.). Supplementary work must be paid for additionally. Even more, the social (material) guarantees of judges upon the expiry of their powers must be real and not only nominal (Rulings of CC of 22 October 2007, 29 June 2010, Decision of 14 January 2015).

In the Constitutional Court's Ruling of 29 June 2010 which was related to state pensions of judges, and which was later on interpreted by the CC (Decision of 14 January 2015) it was noted that under the Constitution, such pensions are not *expressis verbis* specified in Article 52 of the Constitution. However, these pensions are also protected by that Article. The legislature has certain discretion to establish the conditions for granting and paying the said pensions and their sizes, *inter alia*, when the system of pensions is reorganised, however, when doing so, it must pay heed to the Constitution. In this Ruling the CC has once more indicated its doctrinal approach as regards the independence of judges and courts which is consolidated in the Constitution (*inter alia*, Article 109 thereof) noting that the independence of judges and courts is not a privilege, but one of the most important duties of judges and courts to consider conflicts arising in society. The imperative of the constitutional protection of the remuneration and other social (material) guarantees of judges stems from the principle of the independence of judges and courts and means that the state has a duty to ensure the social (material) maintenance for judges which would be in conformity with the constitutional status of judges while they are in office as well as upon the expiry of their term of office (the Constitutional Court's rulings of 21 December 1999 and 22 October 2007).

Another aspect of the Independence of the Judiciary – that judges in Lithuania can receive the salary only from the budget of the State (Rulings of 21 December 1999, 30 May 2003, etc.). A new request from the Parliament is pending before the CC – *whether the judges can hold any other office or work and can receive additional remuneration other than the remuneration for the judge and payment for educational or creative activities (i.e., be an international judge (even ad hoc) or to participate in the preparation of projects financed by the European Union?)*.

Doctrine of the CC on this legal aspect is quite clear - judges in Lithuania cannot hold any other posts/positions and/or to receive any other salary than the salary paid for them from the budget of the State? For the moment we have just to wait for the position of the CC in this pending case.

### **c.1. Social (material) guarantees of judges in economic crisis:**

The CC has also formulated a special doctrine as regards the reduced remuneration of judges in cases of economic crisis. As stated by the CC, in case of an extremely difficult economic and financial situation in the

state, the remuneration of judges may be reduced temporarily (for this period only (see Rulings of 28 March 2006, 22 October 2007, Decisions of 15 January 2009, 20 April 2010). Such reduction of the remuneration for work must be temporary and grounded upon the circumstances of the extremely difficult economic and financial situation in the state (Decision of 15 January 2009). Only after there is an official statement that there is an exceptionally grave economic and financial situation, which is not short-termed, due to which the state is unable to perform the obligations undertaken by it, the legislator may reduce, temporarily, the remunerations of officials and state servants of the institutions that are funded from state and municipal budgets. The reduced remunerations would be paid only temporarily, i.e. as long as the corresponding extreme situation in the state continues to exist, *inter alia* when due to the economic crisis it is impossible to collect the budget revenues necessary for the payment of remunerations.

By such reduction other institutions of State power and their officials cannot violate the independence of courts.

Under the Constitution, *inter alia* under the constitutional principles of a state under the rule of law and responsible governance, the state institutions forming and pursuing state economic and financial policies must also assess the fact that due to special circumstances (economic crisis etc.) there might occur a particularly grave economic and financial situation in the state. The Constitutional Court has also held that any correction of the social policy, the reorganisation of the system of social guarantees should be constitutionally grounded; if applicable social guarantees are reduced (or they disappeared), a mechanism of just compensation of incurred losses should be established after the economic situation in the country improves (Rulings of 22 November 2007, 2 September 2009, 16 April 2014, Decision of 20 April 2010).

As regards the state pensions for judges (as well as other state pensions) the CC has clearly noted that such [other than the old age pensions] pensions which are not *expressis verbis* specified in Article 52 of the Constitution, are also protected by this constitutional provision (Decision of 14 January 2015). It has also been mentioned that when the pension established by a law, which is not in conflict with the Constitution, is granted and paid, this right and legitimate expectation acquired by the person are also to be linked to the protection of the rights of ownership of this person.

*On this aspect the case of Savickas and Others case v. Lithuania* in the EctHR should be remembered. The applicants who were the Lithuanian judges were dissatisfied with the fact that under the Law on Compensation for the Unpaid Part of Judges' Remuneration the State had no obligation to repay the unpaid part of the salaries in full, and had limited to three years the period in respect of which compensation could be paid. The

ECtHR declared the applications inadmissible as the austerity measures were taken against the background of an actual, unexpected budgetary crisis in Lithuania; it was regarded as decisive that the reduction of public sector salaries did not single out the judiciary. The [European] Court also recalled the Lithuanian Constitutional Court's conclusion that, notwithstanding the principle of judges' independence, it would be unfair for judges to be treated as an exception and to be exempted from austerity measures. In the present case the reduction of judges' salaries did not affect the level of salary that had been granted to five of the applicants; moreover, the Lithuanian courts and legislation had recognised the measures as having been temporary and applied only for the duration of the economic and financial crisis, until the Lithuanian State's economic situation improved in 2003 [...]. The ECtHR concluded that the temporary reduction of judges' salaries had not created for the applicants an excessive burden and did not influence their independence or ability to perform their functions as judges with the dignity required by their profession (on this point see the Constitutional Court's statement in paragraph 44 in the judgment). Therefore, the European Court considered that the Lithuanian State did not overstep *its margin of appreciation* in adopting and upholding the temporary reduction of judges' salaries<sup>17</sup>.

The constitutional doctrine and the case-law of the ECtHR could be regarded as taking the same legal position on this issue, however, the CC goes further, requiring not only to apply the austerity measures temporarily, but also to compensate the salaries and pensions of judges [not only, it is applicable to the all civil servants] which were reduced in a disproportionate way (Decision of 20 April 2010<sup>18</sup>, see also the Ruling of 1 July 2013 as regards the importance of the applicable principle of proportionality when reducing salaries for civil servants).

### III. Self-governance of the judiciary (the Judiciary is full-fledged power)

The full-fledgedness and independence of the judiciary presupposes its self-government. As stated in the Ruling of 21 December 1999:

"[...] The organisational independence of courts, the self-regulation and self-government of the judiciary are elements of the principle of the independence of judges and courts entrenched in Paragraph 2 of Article 109 of the Constitution [...]".

The organisational independence of courts and their self-government are the main guarantees of actual independence of the judiciary. A constitu-

<sup>17</sup> Savickas v. Lithuania and 5 Others, Appl. No. 66365/09, Decision on the Admissibility of 15 October 2013.

<sup>18</sup> In this Decision it has been mentioned: "[...]when the especially grave economic and financial situation is over, the former amounts of the remunerations of officials of institutions which are financed from the funds of state and municipal budgets [...], which were established in the state prior to occurrence of the said situation, must be applied as before [...]".

tional duty of the other institutions of authority is to respect the independence of courts established in the Constitution. The principle of independence of courts encompasses also financial independence of courts of any decisions of the executive.

In the aforesaid Ruling of 21 December 1999 (which is of extreme importance as regards the self-government of the Judiciary) assignment of the responsibility to solve questions related to the internal organisation of judicial activities to the Minister of Justice was assessed by the Constitutional Court. Firstly, it ruled that the right of the Minister of Justice to establish the number of judges in civil and criminal divisions of regional courts and the Court of Appeal were not in conformity with the Constitution, as in Article 112 of the Constitution there is no provision about the proposal of the Minister of Justice in appointing judges. Secondly, the Constitutional Court ruled that the powers to participate in the formation of the Court of Honour cannot be assigned to the competence of the Minister of Justice. Therefore, the impugned norm of the Law on Courts, which provides for the Justice Minister's proposal while appointing judges to the Court of Honour, contradicted the Constitution. Furthermore, the CC held that the right of the Minister of Justice to institute disciplinary proceedings against court presidents, their deputies, division chairpersons and other judges, on the proposal of the Director of the Department of Courts or on his own initiative and that the judge against whom a disciplinary action has been instituted may be removed from office on the proposal of the Minister of Justice until the outcome of the case becomes clear, contradicts Paragraph 2 of Article 109 and Paragraph 5 of Article 112 of the Constitution of the Republic of Lithuania.

It should be emphasised that paragraph 5 of Article 112 of the Constitution provides that a special institution of judges shall advise the President of the Republic on the appointment, promotion, transfer of judges, or their release from office.

The Constitutional Court has always interpreted the special institution of judges (provided for in the Constitution) as an important element of self-government of the Judiciary which is an independent state power. While regulating the relations linked to appointment, promotion, transfer of judges or their release from office, one may not deny the indicated special competence of the institution of judges, its constitutional nature and purpose.

Most importantly, this special institution of judges is a balance to the President of the Republic, who is a subject of the executive<sup>19</sup>. The full-fledgedness, autonomy, independence of the judiciary and the constitutional principle of the separation of powers do not allow construing the constitutional purpose and functions of the said special institution of

<sup>19</sup> See the Rulings of the CC of 21 December 1999, 13 December 2004, and 9 May 2006, 15 May 2009, etc.



judges in such a way so that its role of a balance to the President of the Republic in the area of the formation of the corps of judges would be denied or ignored (Rulings of the CC of 21 December 1999, 9 May 2006, 15 May 2009, etc.).

The President of the Republic participates, as mentioned-above (in the ways established in Paragraphs 2, 3 and 4 of Article 112 and Item 11 of Article 84 of the Constitution), when appointing and releasing judges of courts of general jurisdiction of all levels. Paragraph 5 of Article 112 of the Constitution provides that a special institution of judges shall advise the President of the Republic on the appointment, promotion, transfer of judges, or their release from office.

As regards the composition of the special institution of judges (Ruling of 9 May 2006), the CC ruled out that by such legal regulation, when the special institution of judges [...] *would be composed not only of judges but also other persons, not only the constitutional concept of the special institution of judges [...], but also the constitutional principle of a state under the rule of law, would be disregarded.* Therefore, such Council [...] cannot have powers to advise the President of the Republic on the appointment, promotion, transfer of judges or their dismissal from office<sup>20</sup>. Therefore, the special institution of judges can be composed from judges only.

#### **IV. Financial and technical provisions (equipment) of the Judiciary (the organizational independence).**

The Constitutional Court has clearly noted in its jurisprudence that the state has a duty to provide adequate work conditions for courts. The establishment of concrete powers for other state institutions in respect of the judiciary cannot deny the separation of powers enshrined in the Constitution and the essence of the power of the court as a fully-fledged and independently operating branch. The administration of courts has to be organised so as not to violate the actual independence of judges. The material basis for the organisational independence of courts implies their financial independence from decisions of the executive. Ensuring this independence is a pre-condition for ensuring human rights.

The Constitution prohibits the executive from interfering with administration of justice, from exerting any influence on courts or from assessing the work of courts regarding the consideration of cases. Under the Constitution, the activity of courts is not and may not be considered an area of administration of any institution of the executive. Only the powers designated to create conditions for the work of courts may be granted to institutions of the executive. For their activities the courts are not account-

<sup>20</sup> Council of Judges it's an official name of the special institution of judges in Lithuania. On this point, see also the case Oleksandr Volkov v. Ukraine (Applic. No. 21722/11, judgment of 9 January 2013), in which the proceedings before the High Council of Justice ("the HCJ") were examined and recognised by the ECtHR as unfair, therefore not compatible with the principles of independence and impartiality of tribunal required by Article 6 of the Convention.

able to any other institutions of power nor any officials. It is only an independent institutional system of courts that may guarantee the organisational independence of courts and the procedural independence of judges.

While ensuring the independence of judges and courts, it is of much importance to separate the activity of courts from that of the executive. The Constitution prohibits the executive from interfering with administration of justice, from exerting any influence on courts or from assessing the work of courts regarding the consideration of cases, let alone giving instructions as to how justice must be administered (Rulings of 13 May 2004, 9 May 2006, etc.). Supervision of courts and application of disciplinary measures to judges must be organised in such a manner so that the actual independence of judges might not be violated.

The material basis of the organisational independence of courts is their financial independence of any decisions of the executive. It needs to be noted that the financial independence of courts is ensured by such legal regulation when finances for the system of courts and *every court are allocated in the state budget approved by law* (Ruling of 12 January 2000). The guarantee of the organisational independence of courts is one of essential conditions for ensuring human rights.

The constitutional provision "courts are independent and autonomous power" means that a judge does not have to account to any state institution or officials for the cases at law that are under consideration. The activity of courts may not be an area of administration of any institution of the executive.

## V. Constitutional Court

As above-mentioned, at present in Lithuania there are three systems of courts:

- (1) the Constitutional Court executes constitutional judicial control; a separate chapter (VIII) of the Constitution is designated to the Constitutional Court);
- (2) the Supreme Court of Lithuania, the Court of Appeal of Lithuania, regional courts and local courts (Paragraph 1 of Article 111 of the Constitution) constitute the system of courts of general jurisdiction;
- (3) under Paragraph 2 of Article 111 of the Constitution, specialised courts may be established (at present one system of specialised courts, namely, administrative courts, are functioning in Lithuania).

Under paragraph 1 of Article 102 of the Constitution the Constitutional Court shall decide whether the laws and other acts of the Seimas are not in conflict with the Constitution and whether the acts of the President of the Republic and the Government are not in conflict with the Constitution or laws; paragraph 1 of Article 104 thereof provides that while in office, justices of the Constitutional Court shall be independent

of any other state institution, person or organisation, and shall follow only the Constitution of the Republic of Lithuania. As regards the remuneration of judges of all courts specified in Paragraph 1 of Article 111 of the Constitution the relations of remuneration of justices of the Constitutional Court should be regulated in the Law on the Constitutional Court (which, under Paragraph 2 of Article 102 of the Constitution, establishes the status of the Constitutional Court and the procedure for the execution of its powers) (the Constitutional Court's Decision of 8 August 2006). Another aspect of the independence of the judge, as aforementioned, is the oath of the judge to the State. The Constitutional Court judge is also obligated before entering office, to take an oath at the Seimas to be faithful to the Republic of Lithuania and the Constitution (Paragraph 2 of Article 104 of the Constitution).

Judges in Lithuania cannot hold any other elected or appointed office, to work in any business – the same limitations on work and political activities which are established for court judges shall apply also to justices of the Constitutional Court (paragraph 3 of Art. 104 of the Constitution). Moreover, justices of the Constitutional Court shall have the same rights concerning the inviolability of their person as shall Members of the Seimas (paragraph 4 of Art. 104 of the Constitution. In the Ruling of 6 June 2006 the Constitutional Court was asked by the group of Parliamentarians to answer to the question whether the Constitutional Court can be regarded as a "court" or not, whether the CC forms the part of the Lithuanian Judiciary system?

The Constitutional Court stated that:

- the Constitutional Court has been forming a constituent part of the Lithuanian judiciary system and is clearly entrenched in the Constitution;
- under the Constitution, it has the powers to recognize legal acts of other [State power] institutions as being in conflict with legal acts of greater power, first of all, with the Constitution [...]; thus, has the powers to abolish such legal acts,
- only the Constitutional Court has the constitutional powers to construe the Constitution officially; *this obviously testify that the Constitutional Court may not be an institution not implementing state power.*

Moreover, the CC decided that such question strikes also the *raison d'être* of the petition of the petitioner himself; *if the Constitutional Court is not a court and does not implement state power, it is not comprehensible why the petitioner applies namely to this court, requesting to investigate whether a legal act, passed by the Seimas - one of the institutions implementing state power (legislative power) is not in conflict with the Constitution.*

The clear conclusion was formulated by the CC that the Constitutional Court is a "court", it forms part of the Lithuanian Judiciary and implements the judicial power.

## VI. Conclusions:

One of the fundamental distinguishing characteristics of a democratic state is the principle of independence of the judiciary. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania has broadly developed the constitutional doctrine on the independence of the Judiciary (or the independence of judges and courts);

The independence of the judiciary is not a privilege, but one of the principle duties of judges and courts to be an impartial arbiter while solving legal disputes guaranteed by the Constitution;

The Court has clearly developed in its doctrine the independence of courts and judges as two separate institutes; however, these two institutes have been interpreted together as conditioning one another and being indivisible. The assessment of the system of (main) guarantees (safeguards) of the independence of judges and courts permits to assert that they are closely interrelated; even more, in the doctrine there is no exhaustive list of the guarantees (safeguards) of the independence of judiciary. The CC interprets the main guarantees, developing some of their elements. Therefore, the independence of judges and courts in general may not be examined on the basis of one element, no matter how salient it may be. On the other hand, it must be admitted that if any of the safeguards guaranteeing the independence of judges and court are violated, it would impede administration of justice and protection of human rights and freedoms;

The content of the safeguards guaranteeing the independence of judges and courts, first of all derives from their independence from (a) any interference with their activities on the part of the parties to the case; (b) the influence of the institutions of state power, government as well as social institutions, corporate, unlawful private or other interests;

The CC has always regarded the jurisprudence of the ECtHR as a constituent part of the Lithuanian legal system and a source of construction of law which is also important for the construction of the doctrine on the independence of judges and courts, therefore, the interpretation and application by the Strasbourg Court of Article 6 of the ECHR guaranteeing the right to an independent and impartial tribunal has also influenced the position of CC;

The nature of the safeguards of independence is also linked to the legal/constitutional status of judges and courts. The judge is an independent arbiter, responsible for securing human rights and freedoms by way of administration of justice founded on laws and other legal acts (including the Constitution); from the first constitutional cases the CC has always stressed the importance of the inviolability of the term of powers of judges. Only an independent judge who is *guaranteed the inviolability of his term of their office* may be considered as one administering justice. Irrespective of the political forces in power, the judge remains independent and could

not be forced to adjust according to the possible changes of political forces;

The judicial immunity of judges comprises their personal immunity from attempts to exert influence on them from outside. Paragraph 2 of Article 114 of the Constitution establishes the criminal immunity of judges; however, the immunity from the administrative liability is not foreseen for judges in Lithuania;

The Constitutional Court has always interpreted the special institution of judges (provided for in the Constitution) as an important element of self-government of the Judiciary; this institution fulfils special important functions as regards the appointment, promotion, transfer of judges or their release from office. This institution can be composed from judges only;

According to the constitutional doctrine, being arbiters of legal disputes, judges must not only be highly qualified professionals and have authority, but also be independent materially. Remuneration for judges and/or various additional payments supplementing remuneration for judges should respect their constitutional status, be prescribed in the law on the basis of uniform criteria; the social (material) guarantees of judges (salaries, state pensions, etc.) must be real and not only nominal;

The imperative of the constitutional protection of the remuneration and other social (material) guarantees of judges means that the state has a duty to ensure the real social (material) maintenance for judges which would be in conformity with their constitutional status while they are in office as well as upon the expiry of their powers;

The special doctrine has been created by the CC as regards the possibility to reduce remuneration of judges in cases of economic crisis. As stated by the CC, in case of an extremely difficult economic and financial situation in the state, the remuneration of judges may be reduced temporarily (for this difficult period only) and keeping in mind the principle of proportionality; if applicable social guarantees are reduced (or they disappeared) not in a proportionate way, a mechanism of just compensation of incurred losses should be established after the economic situation in the country improves. By such reduction other institutions of State power and their officials cannot violate the independence of courts;

The material basis of the organisational independence of courts is their financial independence of any decisions of the executive. The financial independence of courts is ensured by such legal regulation when finances for the system of courts and every court are allocated in the state budget approved by law.

Принцип независимости судебной системы является одной из основополагающих особенностей демократического государства. В доктрине Конституционного Суда Литовской Республики четко разделены институт независимости судов и институт независимости судей, однако эти два института тесно взаимосвязаны и взаимодополняют друг друга. Независимость судей и судов, в первую очередь, предполагает независимость от любого вмешательства в их деятельность со стороны участников дела, а также независимость от влияния органов государственной власти.

Независимость также связана с правовым/конституционным статусом судей и судов. Судья является независимым арбитром, ответственным за гарантирование прав и свобод человека путем отправления правосудия, основанного на законах и иных нормативных правовых актах. Судебная неприкосновенность судей включает их личный иммунитет, однако они не освобождены от административной ответственности.

Согласно конституционной доктрине, судьи должны быть высококвалифицированными специалистами и материально независимыми. Заработная плата судей и различные дополнительные платежи должны соответствовать их конституционному статусу.



# THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THAILAND IN STRENGTHENING THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIAL POWER: DOCTRINAL APPROACHES AND CONTEMPORARY CHALLENGES\*

**NURAK MARPRANEET**

*President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand*

On behalf of the Constitutional Court of Thailand, I would like to express my sincere gratitude to the Constitutional Court of the Republic of Armenia for kind invitation extended to our delegation to take part in the Annual Yerevan 20th International Conference. We are thus provided with this good opportunity to visit Yerevan, a vibrant capital city, and the Republic of Armenia, a country which is rich of beautiful lands and cultures.

Ladies and Gentlemen,

I would like to begin with a mention on the topic of this conference; that is “The Role of the Constitutional Court of Thailand in Strengthening the Independence of the Judicial Power: Doctrinal Approaches and Contemporary Challenges,” divided into two aspects.

*First* - The independence of the judicial power in Thailand.

*Second* - The Constitutional Court in strengthening the independence of the judicial power

The independence of the judicial power in Thailand can be traced back to the period of the absolute monarchy regime 130 years ago. According to the Royal Initiative at that time, justice is great important. If the better there is enhancing of justice, the more benefits and happiness will flourish. This can be said to be the beginning of democratic development of Thailand. After the country’s revolution towards constitutional democracy, all of the Constitutions of the Kingdom of Thailand have prescribed the independence of the judicial power for accurate, speedy and fair trials in accordance with the Constitutions and relevant laws while the Executive and Legislative may not disturb due to the fact that each Court has the provision of law to protect interference by Executive and Legislative.

---

\*The text is published without editorial correction.

With regards to the Constitutional Court of Thailand, not only does the Constitution provide the independence of the Constitutional Court, but it also stipulates that the rulings of the Constitutional Court shall be deemed final and binding upon the Parliament, the Cabinet, the Courts, and other the state organs. Moreover, every Justice of the Thai Constitutional Court shall give their own part in each case. The rulings shall be so powerful to enforce every public organ as well as binding for persons in general. The Justices of the Constitutional Court shall be independent in terms of their opinions and academic matters because, in their own part of decision, all honorable Justices will represent their points of view relating to dispute, question of law and academic matters as considered in inconsistent with the Constitution and relevant laws. This concept is proceeded in the Supreme Court of Justice's Criminal Division for Persons Holding Political Positions as well.

Ladies and Gentlemen,

As far as the Constitutional Court in strengthening the independence of the judicial power is concerned, I will discuss with three dimensions.

*First of all*, strengthening the independence of the judicial power and the balance between the legislative and executive branches.

Under the parliamentary democratic regime, the judicial power is a key sovereign power in terms of checks and balances among the legislative and executive branches. Recently, the Thai judicial institutions – for instance, the Constitutional Court, the Court of Justice, and the Administrative Court – have played an active role in strengthening the independence of the judicial power without political interfere. In particular, the Constitutional Court has issued its rulings to guarantee public trust concerning the executive branch's expenditure and law enactment in the frame of monetary and financial discipline stipulated in the Constitution, the treaties relating to nation's territorial change, and widely economic and social public effects where people and civil society participate in public opinions approved by the legislative power. Furthermore, the Constitutional Court still exploits its power for constitutionality review lodged by the other courts.

*Secondly*, strengthening the independence of the judicial power in terms of anti-corruption and anti-conflict of interest of persons holding political positions.

In state administration by the head of the executive branch, none of any corruption and conflict of interest – that is to say no conflict between public interest and personal interest – is primarily fundamental. Respect for this, the judicial power, especially the Constitutional Court has made its decisions insisting the said principle in case of persons holding political positions who have been accused of dishonest act of corruption and conflict of interest as one of the strictly social norms since it is public trustworthiness towards politicians who



must perform their duties faithfully, without the serving for personal benefits from state administration. This norm is the enhancement of political ethics and morality as well.

*Thirdly*, strengthening the independence of the judicial power for rights and liberties protection.

Thailand has enacted several laws relating to anti-economic crimes, antitrust, and anti-social inequality. In particular, there are some presumptions of law giving that the criminal offender must be penalized that affect rights and liberties of a person who has no part in offence operation must responsible for guilty. These section of laws was contrast to the presumption of innocent under several universal declarations and the Constitution of the Kingdom of Thailand, Having reviewed and found that the provision of laws violated people's rights and liberties, the Constitutional Court has decision that such provision of six laws was contrary with the Constitution. Besides, there are still almost 50 similar laws concerning alike provisions. Both the executive and legislative branches are proceeding in compliance with the Constitutional Court's decision.

From the adjudication of the judicial power, it can be seen that our institution is challenged by the legislative branch which use majority rule in terms of law enactment, as well as by the executive which carry out the administration through the illegitimacy affairs.

Ladies and Gentlemen,

#### *Doctrinal Approaches and Challenges*

Court institutions of Thailand use the Judicial Power with respect to the Rule of Law in accordance with Democratic and Laws for interpret and apply with context of any case.

The judicial institutions have to employ their strength and independence of the judicial power for their decision. Former judges and justices have laid the strengthening independence of judicial power as the foundation, and adhered honestly and courageously duties in order to confront strict responsibilities and accountabilities, as well as to encounter with any subsequences due to their decisions. This tradition has been employed a balance of power among the judicial, legislative, and executive branches for fairness and happiness benefits.

However, the existence and performance of the judicial power under the doctrinal principles and approaches inevitably face with any different pattern and degree of challenges. Under the political, economic and social contexts at present which have an effect to any levels – individual, family, community, national, regional, and international – all of you may be informed about that our world be faced with global warming and climate change, environmental problems, commercial competition under the network of global economy and finance, violate human dignity by terrorism, public assembly for rights and liberties due to

different races, opinions and inequalities factors of living through advanced information and communication technologies. The further steps of any sectors in our global society encounter various complicated and multi-dimensioned factors that challenge strengthening the independence of Judicial Institution.

Ladies and Gentlemen,

Finally, I would like to refer to Thai political situation. Now, We was pass into the draft a new Constitution process for national reform in order to build up security, prosper, sustainability of nation as well as harmony of people. I am confident that the judicial power plays a significant role in social fairness by the Rule of Law principle and in flourishing for the nation and the people.

### РЕЗЮМЕ

Вопрос укрепления независимости судебной власти в Таиланде можно рассматривать в двух аспектах: во-первых, укрепление независимости судебной власти в Таиланде в целом, во-вторых, роль Конституционного Суда Таиланда в укреплении независимости судебной власти.

В Конституции Таиланда не только установлена независимость Конституционного Суда, но и предусмотрено, что решения Конституционного Суда окончательны и обязательны для парламента, Кабинета министров, судов и других государственных органов.

Судьи Конституционного Суда независимы в своих мнениях; в решениях все судьи выражают свою собственную точку зрения относительно конституционности оспариваемого положения.

В Конституционный Суд могут обратиться другие суды для определения вопроса соответствия Конституции положений закона.



# TRANSPARENT FUNCTIONING AS A GUARANTEE OF PUBLIC CONFIDENCE AND TRUST IN THE WORK OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA

SNJEŽANA BAGIĆ

*Constitutional Court of the Republic of Croatia*

## 1. INTRODUCTION

### 1.1. The rule of law and the legal state (as the highest constitutional value)

The rule of law is mentioned in Article 3 of the Constitution of the Republic of Croatia, which defines the highest values of the constitutional order as the general principle of the legal regulation of relations in a state.

In the political sense, the doctrine of the rule of law comprises a series of principles of the constitutional order according to which all government officials are subject to constraints resulting from a country's legal order and under the political control of representative bodies, on the basis of the mandate granted by the people, which is protected by an independent judiciary in an appropriate procedure prescribed by law, ensuring respect of the rights of citizens. The rule of law originates from the 19th century English constitutional doctrine which is based on Medieval concepts (Henry de Bracton, d. 1268) according to which a ruler needs to obey God and the law.

In the legal sense, the rule of law requires all state bodies and officials, as well as citizens, to abide by the Constitution and the law. However, from the point of view of the rule of law, it is not sufficient to simply respect the law. The Constitution and the law must have a certain content including the separation of powers, guarantees of human rights and freedoms, a system for the protection of these rights before competent authorities, and normative requirements expressing the idea of constitutional rule, which serve as a basis for the development of the institutions necessary for the democratic political order and its advancement. Only if all these conditions are satisfied will the principle of constitutionality achieve its full purpose and acquire its content within a democratic constitutional system.

The doctrine of the legal state (*Rechtsstaat*) was developed in the German law doctrine of the 19th century and was based on the same values. As opposed to the above-mentioned doctrine, this theory focused less on political elements and more on the supremacy of constitutional law above other laws, and on the hierarchy of the sources of law arising from this supremacy. The legal system is understood as a hierarchical structure in which legal norms are derived from higher legal norms, and the entire system complies with the obligation to abide by constitutional principles. The emphasis is on establishing and preserving the unity of the legal system through a hierarchy of regulations, and a control system for maintaining the unity.<sup>1</sup>

As a result of the development of democratic systems in the second half of the 20th century, the doctrine of the legal state was supplemented by additional requirements related to guarantees concerning human rights and freedoms and their protection, which is why the basic difference between the two concepts almost completely disappeared. What these concepts have in common is the prohibition of arbitrariness in the decision-making and actions of all state authorities, which may intervene in relations between people only on the basis of the law, that is, on the basis of the authority granted to them by the law.

From the point of view of the efficiency of a legal system, the main question is how to ensure supervision of compliance with these principles in the everyday actions of state authorities and citizens. This is a simple task if it refers to citizens because the system of judicial and administrative bodies may, through dispute resolution or by applying sanctions in the case of unlawful behaviour, ensure compliance with the legal order and enforce the adopted decisions.

Observance of the constitution, and of the law in general, by government bodies, or, more precisely, by legislative and executive bodies, is one of the most difficult and crucial issues of political and constitutional theory. This is the basis for the concepts of the separation of powers, of checks and balances, and of constitutional law and judicial control of government bodies.

A question that arises is the following: why are government bodies (some of which are those that devised the constitution) obliged to abide by constitutional provisions? The most concise answer is as follows: given that a constitution is an expression of national sovereignty, it is adopted by the people, either directly or through their elected representatives.

It may be concluded that, at the level of constitutional law, all this concerns the development of a system of constitutional law institutions for the review of constitutionality and legality, and the elaboration of the constitutional provisions.

---

<sup>1</sup> In France, the doctrine of the legal state (*L'état de droit*) has been developed with specific characteristics in the field of administrative law.

## **1.2. The relationship/incompatibility between constitutional values and real life**

This all seems logical at the abstract level; however, it is well known that the quality of a law, that is, whether it is regarded as good or bad, is assessed on the basis of its efficiency and effectiveness in practice, or its ability to satisfy an actual need. In other words, it is evaluated on the basis of whether it fulfils the purpose for which it was adopted. Laws do not exist for their own sake, but are a reflection of an actual need in society, of new or altered circumstances that need to be regulated; they are a form of social life. They are about the relationship between reality and a legal norm which is created for the purpose of regulating a certain social need and a relationship, and disappears (it is no longer valid or changes) if it proves to be unsuitable as a result of altered social circumstances. The regulator needs to be in harmony with society.

It is unquestionable that the law is one of the regulators of a society. In fact, the law is the most powerful and most important of social regulators. Regulation implies laying down rules recognised by the human heart, and this is what makes regulation acceptable. Some rules were regarded as acceptable yesterday, and tomorrow some other rules will be acceptable, while the former will become part of the legal tradition. Life is always more complex, always ahead of its regulators, which is why it is necessary for the stability of any society for regulators to recognise these occurrences in good time, and to react to prevent the gap between life and the law from becoming too wide and endangering legal security and social stability.

The constitution is the core of such a society. The constitution is the backbone of every democratic society, reflecting the ideals of the rule of law and respect for fundamental human rights and freedoms.

Modern society is, however, faced with new challenges. We are witnessing a global economic crisis and recession resulting from globalisation, and there are no reliable forecasts indicating the end of the crisis. The consequence of the global financial and economic crisis is the crisis of the modern legal state, especially in the form developed in Western Europe.

The basic constitutional problem for a country in such circumstances is how to solve the conflict between the obligation to guarantee human and civil rights and freedoms, and the need to create conditions for regulating different economic, social and other social relations.

Constitutional norms should not be in discrepancy with reality. The constitution is what must be, and life is what actually exists. It is not always possible to achieve complete harmony between what is necessary and what already exists (the desired ideal), but an optimum relationship must be established between constitutional principles and norms, and reality, at all stages of the development of a country, including periods of global crisis and the important transitional periods

encountered by all post-communist countries, including the Republic of Croatia. The desired optimum relationship is not, however, easy to achieve. Precisely the contrary, in such "extraordinary" situations there is often a lack of confidence in the fundamental values and institutions of society. This lack of confidence in, intolerance of, and resistance to those who hold state authority grow, especially if specific laws or measures are not in line with public expectations. The irrational or realistic foundations of those expectations is then of secondary importance. The community becomes highly politicised, so every decision that is seen as "incorrect", according to the expectations of a specific interest group or public opinion, becomes the subject of heated debate and attack, often also disputing the authority and credibility of the institution that made it.

The constitutional court is not immune to this. In fact, in such situations (which is also confirmed by the example of Croatia), "responsibility" is transferred to the constitutional court and it is required, by means of its authority as an independent and autonomous body, to uphold the constitutionality/lawfulness of the chosen model, or otherwise to declare it unconstitutional and in conflict with the fundamental constitutional values. For a constitutional court, this is always a sensitive situation, because it is difficult to render a decision to reconcile these mutually opposed expectations.

Of course, the task of a constitutional court is not to render decisions which are (exclusively) in line with public expectations, but it cannot be denied that in such cases which are so strongly under the influence of politics and media coverage, the work of the constitutional court is hindered. Indeed, it is no exaggeration to say that the work of the constitutional court is in some way influenced by public opinion.

## 2. EXPOSURE OF THE CONSTITUTIONAL COURT TO PUBLIC OPINION<sup>2</sup> AND POSSIBLE NEGATIVE CRITICISM

Nowadays, states that have accepted the Kelsenian model of constitutional law,

<sup>2</sup> Various actors in society, especially in politics, often use public opinion as support for their point of view, or as guidelines in making important decisions, justification for changes to the existing situation, or as an explanation of certain conduct.

On the other hand, the public frequently endeavours to influence and sometimes even dictate the conduct of these actors, whereby they most often use the media as mediators to transmit their messages. Public opinion always has media attention and it can often be read or heard in the public media that the public is against or supports something, which creates public pressure on the decision makers.

This public pressure to a greater or lesser extent affects the work, and sometimes even the fate, of the institutions and individuals at which it is aimed, regardless of whether it is justified or not, or whether the public is right or not.

Public access certainly affects the habits and behaviour of citizens, and the creation of the public image of the subject. Therefore, subjects exposed to public opinion, even under the mildest public pressure, must make special effort to explain and justify their actions and decisions in order to attain or maintain their "positive image".

At the same time, public opinion also has a direct effect on the decision makers. They naturally want to ensure public support. It gives legitimacy to their decisions, or at least the appearance thereof. In that sense, even bad or wrong decisions appear well-founded and justified if they are in line with public opinion. The power of public opinion may put decision makers, in some situations, on the horns of a serious dilemma: to render an unpopular decision or to give in to public pressure and gain its support, which may be capitalised on somehow subsequently.

with the role of defender and interpreter of the constitution, have gradually accepted and developed various other competences of constitutional courts. Many additional competences have been added to the fundamental competence of supervision of the constitutionality of the laws adopted by legislative power. In this light, Lopez Guerra distinguishes four basic groups of competences of contemporary constitutional courts in states which have as their starting point the Kelsenian model of a consolidated system of constitutional jurisdiction:

- 1) control of the constitutionality of statutory law;
- 2) resolution of conflicts of jurisdiction between territorial bodies within the state;
- 3) protection of the fundamental rights recognised in the constitution;
- 4) the intervention of the court in legal procedures considered particularly important for the political life of the State (supervision of political parties, election procedures, etc.).<sup>3</sup>

By nature, all these cases of constitutional jurisprudence always contain, to a certain extent, some political elements. However, the purpose of constitutional jurisprudence is precisely to avoid politicisation. The constitutional court is granted competence to decide on specific questions precisely in order for it to decide primarily by legal and not political reasoning.

In practice, however, in specific cases it is sometimes difficult to assess what is a political and what is a legal question, because each legal question carries within it certain political consequences for those addressed by a specific regulation. This stems from the very nature of the constitution as a political and legal act, in relation to those who make decisions, representing a form of "coupling between law and politics" (Luhmann).<sup>4</sup> Therefore it is impossible to remove completely from constitutional jurisprudence every trace of political reasoning and reduce it to pure legal reasoning.<sup>5</sup> However, that aspect of political reasoning must be limited within appropriate boundaries, which will prevent the con-

---

Although there is a large amount of literature on public opinion, the definitions of this concept are not standardised. In this context, public opinion is usually deemed to be the opinion held on a certain matter by a relatively large number of people in a specific social community (the wider public). It stems from the situation where many individuals hold the same opinion on a subject, in the conscious awareness that their opinions coincide.

When assessing public opinion, it should certainly not be overlooked that "to have an opinion about something" does not necessarily mean "to know something about it". Its formation may involve to a greater or lesser extent prejudice, stereotypes, wrong information, unsubstantiated hearsay, a lack of information, and many other indirect factors.

<sup>3</sup> Lopez Guerra (1994): 14.

<sup>4</sup> According to Vrban (2011): 419.

<sup>5</sup> This is why in the procedure to elect or appoint constitutional court judges, the candidates, apart from relevant judicial experience, are often required to have a high level of awareness of and sensitivity for the political effects of constitutional court decisions, and they are not elected or appointed only from the ranks of judges in regular courts and attorneys, but also from high-ranking state officials, albeit only those in the legal sphere. Harutyunyan/Mavčić (1999): 235.

stitutional court becoming a special form of political power and abusing its basic judicial function. A special aspect of this problem is seen particularly in transition states (which therefore includes Croatia), as the result of diminishing confidence in political institutions and the transformative role of the constitutional court.

Constitutional courts guarantee compliance with and implementation of the constitution in their state. They are authorised to control the constitutionality of all acts of bodies vested with public authority, and may quash laws adopted by parliament as well as regulations and other government legislation. Some constitutional courts are able to overturn judgments by ordinary courts, dismiss the president before the end of his/her term of office (impeachment), supervise political elections and exercise various other power.

In this way, constitutional courts are both potentially and in reality very much exposed to public opinion in their proceedings. This may be expressed as pressure before and during constitutional court proceedings, as well as in the assessment (positive or negative) of the decision rendered.

This especially relates to proceedings to control the constitutionality of laws and other (subordinate) legislation which regulate relations in which the public is especially interested, because they affect a wide circle of citizens and/or deeply affect their rights and interests.

So the constitutional court may find itself in a situation where it needs to conduct proceedings to review the constitutionality of legislation which public opinion has already "decided" is not in line with the constitution and has given a clear message through a media campaign regarding what is expected. The constitutional court is justified in predicting that if it decides in line with these expectations it will be praised, but if it decides differently, it will receive criticism ranging from the admonition that its decision is wrong, to accusations of incompetence and lack of expertise, and even judicial corruption.

Regardless of the reasons for the forming of public opinion in a specific situation and the extent to which it is founded on objective data, knowledge and expertise, it is not easy to cope with this kind of pressure. It is additionally difficult if public opinion is formed by a truly representative group of citizens, who are all firmly convinced that they are right, and that their will must not be ignored.

How should the constitutional court proceed in such a situation?

In answering this question, I will use a catchphrase from a Hollywood drama: *"It's not hard to do the right thing; it's hard to know what the right thing is. Once you know, it's easy to do it."*<sup>6</sup>

<sup>6</sup> "The Confession" (1999), directed by David Hugh Jones.



In this sense it is not hard to say how the constitutional court should decide when its professional assessment and conviction differ from public opinion. In view of their effect in space and time, constitutional court decisions are too important for expert opinion to be swayed by public opinion, no matter how great and powerful it may be, if those two opinions are not the same, or even if they are opposed to one another.

I believe this question does not need any further consideration.

### **3. THE EXPERIENCE (CASE LAW) OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF CROATIA**

As opposed to some constitutional courts, the Constitutional Court of the Republic of Croatia (hereinafter: the Constitutional Court) is not part of judicial power but is a constitutional body independent of all state authorities. In this sense, on the basis of the traditional separation of legislative, executive and judicial powers, it may be regarded as a kind of "fourth" power.

The Constitutional Court guarantees compliance with and the implementation of the Constitution of the Republic of Croatia<sup>7</sup> and it is authorised to control the constitutionality of acts adopted by all three branches of power. It is authorised to quash laws adopted by Parliament, regulations and other subordinate legislation of the Government and its ministers, and judicial decisions, including those of the Supreme Court. In certain cases, the Constitutional Court may remove from office the President of the Republic of Croatia. Further, it is the supreme controller of all elections (parliamentary, presidential and local) and of state referendums.<sup>8</sup>

The public nature of the work of the Constitutional Court is exercised through:

- the publication of constitutional court decisions;
- the issuing of collections of decisions;
- the presence of representatives of the press and other public media at sessions and at public and advisory hearings in the Constitutional Court;
- television and radio broadcasts;
- official press releases to the public media;
- press conferences;

<sup>7</sup> Official Gazette, no. 85/ 10 – consolidated text. Available in English at <[www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405](http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2405)>.

<sup>8</sup> The competence of the Constitutional Court is prescribed by Article 129 of the Constitution – consolidated text.

- the publication of constitutional court case law, and important information on the official Constitutional Court website ([www.usud.hr](http://www.usud.hr)).<sup>9</sup>

Further, to fully comprehend this subject, it is important to say that proceedings to review the constitutionality of a law before the Constitutional Court may be instituted in two ways:

- by the request of authorised proponents as established by law (a fifth of the members of the Croatian Parliament, a parliamentary working body, the President of the Republic, and under certain circumstances by certain other proponents – courts, ombudspersons, etc.).
- by a proposal (in the form of an initiative) which may be filed by any natural or legal person, without the need to demonstrate any personal interest (*actio popularis*).

In its case law, the Constitutional Court has on many occasions rendered decisions in cases which have been of great public interest. In some of them, even before proceedings were instituted and during the proceedings themselves, public opinion was strongly expressed, and the reception of some decisions rendered by the Constitutional Court has been extremely negative.

The Constitutional Court, however, as a rule has not formally reacted to the negative criticism of public opinion directed towards any of its decisions. Instead, the president and judges of the Constitutional Court have used certain opportunities to explain in more detail the reasons for making their decisions by means of giving interviews and making presentations at professional and academic conferences. Exceptionally, the Constitutional Court has issued press releases in cases of inaccurate reporting or interpretation, which have needed to be corrected.

I present below four characteristic examples of negative public criticism of decisions from the recent case law of the Constitutional Court.

<sup>9</sup> The public nature of the work is prescribed by the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia (Official Gazette, nos. 99/99, 29/02 and 49/02, consolidated text, hereinafter: the Constitutional Act) and the Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Croatia (Official Gazette, no. 83/14, consolidated text, hereinafter: Rules of Procedure).

Article 47.3 of the Constitutional Act prescribes that journalists and media reporters may be present at the Sessions and in the public hearings as well as in other gatherings of the Constitutional Court. According to Article 49 of the Constitutional Act, the Constitutional Court holds a consultative session if it considers that a hearing with participants in the proceedings, governmental bodies, bodies of local and regional self-government, associations, scientists and other experts is needed before deciding on the merits of the case. According to Article 50 of the Constitutional Act, the Constitutional Court may conclude at its session to render a decision on the merits of the case based on a public hearing.

The public nature of its work is prescribed in more detail in its Rules of Procedure: Article 4 - Public Access to Constitutional Court Operations; Articles 55a and 55b - Publication of Constitutional Court acts on the website of the Constitutional Court; Article 59 - Collections of Decisions, Rulings and Reports; Article 60 - Formal Announcements of the Constitutional Court; and Article 61 - Reports by Accredited Journalists of the Sessions of the Constitutional Court.

### 3.1. Review of the Constitutionality of the Pension Insurance Act (PIA)<sup>10</sup>

Proceedings were instituted on the initiative of several natural persons who, amongst other things, disputed the constitutionality of the provisions of the PIA, which prescribed different retirement ages for men and women.

The Constitutional Court established in the proceedings that those provisions were not in conformity with the Constitution because they deviated from the highest values and fundamental guarantees of the constitutional order of the Republic of Croatia ("*... equal rights ... and gender equality... are the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia and the foundation for interpretation of the Constitution.*" (Article 3 of the Constitution). "*All persons in the Republic of Croatia shall enjoy rights and freedoms, regardless of ... gender... All persons shall be equal before the law*" (Article 14 of the Constitution)). Here, with respect to the fact that the alignment of those provisions of the PIA with the Constitution requires reform of the large, extremely complex and very sensitive pension insurance system, which cannot be undertaken in a short period of time, the Constitutional Court ordered that the relevant provisions of the PIA would cease to apply on 31 December 2018.

In the statement of reasons for this decision, the Constitutional Court, amongst other things, presented the legal standpoint and status of national legislation on the issue of the retirement age in member states of the Council of Europe and the European Union, and compared them with the situation in Croatia. In addition, the Constitutional Court also referred to the case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg, and gave a detailed presentation of the facts, circumstances and legal standpoints expressed in the Grand Chamber judgment in the case *Steck v. the United Kingdom*.<sup>11</sup>

Although it was detailed, well-argued and clearly explained, the Constitutional Court's decision caused public outcry. The reaction of NGOs working for women's rights (B.a.B.e, Roda, etc.) was particularly fierce, as they declared the decision to be "scandalous", "hypocritical", "socially insensitive", "feminist", etc.

In addition, prompted by the criticism of these NGOs, the public media exacerbated the negative criticism and public anger with their comments.<sup>12</sup> In this, some of the media published false information that the Constitutional Court had decided that women would not be able to retire until they were 65, like men, instead of at the current 60 years of age.<sup>13</sup> In the decision in question, however, the Constitutional Court did not define the retirement age at all, since that is a matter for the legislator. In its decision, the Constitutional Court only established

<sup>10</sup> Decision: U-I-1152/2000 et al. of 18 April 2007, available at <www.usud.hr> (also in English).

<sup>11</sup> Grand Chamber judgment nos. 65731/01 and 65900/01 of 12 April 2006.

<sup>12</sup> For example: "*Novi udar na status žena*" (*New Blow to the Status of Women*) (Novosti, 7 May 2007).

that prescribing different ages for exercising the same rights, depending on gender, was not in conformity with the Constitution, and that the retirement age must be the same for both genders, without defining what that age should be.

The Constitutional Court did not react officially to the criticism in any direct manner.

### 3.2. Review of the Constitutionality of the Act on the Special Tax on Salaries, Pensions and Other Income (ASTS)<sup>14</sup>

In July 2009 the Croatian Parliament adopted a law by which, as a measure to ease the economic and financial crisis, it introduced a special (additional) tax on salaries, pensions and other income, which would be in force for the period up until 31 December 2010.

The request to review the constitutionality of the ASTS was instituted by the President of the Republic. Besides the President's request, the Constitutional Court received within a short space of time 110,662 proposals (initiatives) for the institution of proceedings to review the constitutionality of the ASTS.<sup>15</sup> This act caused large-scale public discontent, and some unions, civil associations and other organisations ran a campaign by publishing a template for proposals for the institution of proceedings, and the collection and sending of proposals to the Constitutional Court. In addition, the media were constantly making negative comments on the ASTS as they presented their one-sided and exclusive standpoint, and forcefully suggested what the Constitutional Court's assessment should be.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> For example: "*I žene u mirovinu sa 65 godina života*" (*Women also to retire at 65*) (*Glas Slavonije*, 19 April 2007), "*Ustavni sud je odlučio da i muškarci i žene u mirovinu idu sa 65 godina, ocijenivši da su sadašnje odredbe «seksističke»*" (*The Constitutional Court decides that men and women shall retire at 65, assessing that the current provisions are "sexist"*) (*Vjesnik*, 20 April 2007).

<sup>14</sup> Decision and Ruling U-IP-3820/2009 et al. of 17 November 2009, available at < www.usud.hr > (also in English).

<sup>15</sup> The complaints by the applicants and proponents were founded on the assertion that the ASTS did not respect the principle of fairness, equality and proportionality in the defrayment of public expenditure because it placed the greatest burden on and threatened the livelihood of citizens with the lowest incomes. Therefore, it was in breach of Article 51.1 of the Constitution, which prescribes that everyone shall participate in the defrayment of public expenses, in accordance with their economic capacity, as well as with the concept of the Republic of Croatia as a welfare state (Article 1 of the Constitution).

The CCRC was literally swamped for several months by the receipt of all these proposals; since the individual delivery of decisions and rulings to each applicant would have required a large amount of additional administrative work and considerable financial expenditure, this delivery was considered to have been executed by publication in the Official Gazette, and the decision contained a separate section, Annex 1 to the Decision, with a list of the names and addresses of all the proponents.

<sup>16</sup> For example: "*Stručni savjet Ustavnom sudu: harač treba pasti*" (*Expert Advice to the Constitutional Court – the tax must go*) (tportal.hr, 16 October 2009).

Article 1 of the ASTS read:

*"1) By this Act, in the current economic crisis in the Republic of Croatia, a special tax is established on salaries, pensions and other income, for the period from the day this Act comes into force until 31 December 2010, on the basis of the principles of fairness, equality and proportionality, on the basis of which everyone is obliged to participate in the defrayment of public expenses in accordance with their economic capacity. (...)"*.

In this way, strong pressure was exerted on the Constitutional Court and its judges during the proceedings themselves.

Due to the strong public interest and on account of this pressure, the President of the Constitutional Court held a press conference<sup>17</sup> during the proceedings where she pointed out that the Constitutional Court, in its decision making in general, and therefore in this case as well, could not apply the policies of any party, union or NGO, but that the sole standard for its work would be the Constitution, interpreted in line with European legal standards.

In that sense, the Constitutional Court conducted very detailed proceedings in which it:

- obtained observations and working materials from the Croatian Parliament (which had adopted the ASTS);
- obtained observations from the Government of the Republic of Croatia (which had proposed the ASTS);
- obtained a written expert opinion from the expert advisers of the Constitutional Court;
- held public consultations at which representatives of the applicants, invited proponents, members of the Croatian Parliament, representatives of the Government of the Republic of Croatia, and invited experts in the field of constitutional law, financial law, social policy, and political philosophy took part;
- held several working consultation meetings with expert advisers of the Constitutional Court from the Department of Labour and Social Law and the Department of European Public Law of the Faculty of Law of the University of Zagreb, on specific individual questions related to certain aspects of the disputed ASTS;
- obtained observations through the Venice Forum from 21 member states of the Council of Europe and three non-member states, with information on the relevant measures they had taken due to the global economic and financial crisis, which were comparable with the provisions of the ASTS;
- used the relevant case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg and the case law of the German Federal Constitutional Court, which has universal importance in shedding light on questions related to tax policies in welfare states, or in clarifying the obligation of the legislator in the application of the principles of tax equality and fairness.

Led by the reasons for which the constitutionality of the ASTS was being dis-

---

According to Article 5 of the Act on the Special Tax on Salaries, Pensions and Other Income, payment was to be made at the rate of 2% of the total salary (or other income) between HRK 3,000 and HRK 6,000, whilst for sums above HRK 6,000 it was to be paid at the rate of 4%.

On salaries (or other income) below HRK 3,000 no special tax was payable.

<sup>17</sup> 19 August 2009

puted, in the review proceedings the Constitutional Court undertook a test of proportionality, by which it sought answers to the following questions:

- a) What is the aim of the legislator in adopting the ASTS, and is such aim legitimate?
- b) Does the ASTS contribute to achieving that legitimate aim and is it part of a sum total of public policy measures which together act towards achieving that aim?
- c) Are the tax measures prescribed in the ASTS proportionate to the aim which the legislator is seeking to achieve?
- d) Are the tax measures prescribed in the ASTS an excessive burden on its subjects?

Having conducted the proceedings, the Constitutional Court rendered a decision establishing that, in relation to the reasons for disputing the act, the ASTS did not breach the Constitution. In the statement of reasons accompanying the decision, the Constitutional Court, in 45 pages of text, set out in detail the reasons for rendering that assessment. The decision was also briefly explained orally at a (public) session of the Constitutional Court, which was attended by a large number of journalists.<sup>18</sup>

However, the decision still gave rise to a great deal of dissatisfaction and criticism, where very few people referred to the statement of reasons or to reasons in constitutional law.

The public media were particularly negative on this occasion regarding the work of the Constitutional Court.<sup>19</sup> The unions reacted equally strongly.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> In this decision, the Constitutional Court stated in essence as follows:

*"The Constitutional Court deems the fact to be undisputed that before the ASTS was adopted the Government of the Republic of Croatia took certain public policy measures aimed at protecting the stability of the financial system, necessary for conducting state tasks prescribed by the Constitution. ...*

*The Constitutional Court is not competent to evaluate the purposefulness, rationality, and effectiveness of these measures taken in 2009 during the economic crisis in this country, whether individually or in total.*

*It fulfils its tasks by finding, on the foundation of the facts, that the ASTS undoubtedly contributes to the stabilisation of the state financial system in the circumstances of an economic crisis (as early as August 2009, the special tax had already led to a fall of 2.9% in the average monthly net salary paid in the Republic of Croatia) and that it comprises one of a series of measures of public policy with the same aim. It appears that none of the measures taken was aimed at producing effects in contravention of the set aim, so the sum total of the measures taken in that sense may be deemed to be coherent and harmonised".*

<sup>19</sup> For example: *"Dar premijerki od Jasne Omejec i deset ustavnih sudaca (The gift to the Prime Minister's from Jasna Omejec and nine constitutional court judges)*, (Jutarnji list, 18 November 2009); *"Državne financije važnije od pravde" (State finances more important than justice)* (Novi list, 18 November 2009); *"Država važnija od pravde" (The state more important than justice)* (Glas Slavonije, 20 November 2009); *"Strogo kontroliran sud" (Strictly controlled court)* (Novi list, 21 November 2009).

<sup>20</sup> For example: *"Sud potvrdio otimačinu" (The court upholds robbery)"* (according to: Business.hr, 18 November 2009); *"Ustavni suci vratili su dug HDZ-u koji ih je imenovao" (Constitutional Court judges repay their debt to HDZ who appointed them)* (according to Večernji list, 19 November 2009).

Given that the public was informed in an appropriate manner about the course of the proceedings, and was fully and clearly informed about the reasons for the decision, the Constitutional Court did not react directly to the criticism. The president of the Constitutional Court only referred to the criticism much later at a press conference to mark the end of her term of office as president.<sup>21</sup>

### **3.3. Assessment of the existence of the constitutional requirements for calling a state referendum<sup>22</sup>**

In May 2010, the Government of the Republic of Croatia submitted a motion to the Croatian Parliament for the adoption of amendments to the Labour Act, by which, amongst other things, the extended duration of a collective agreement would be limited to six months if the parties had been unable to conclude a new agreement, even after the time for which it was concluded had expired (according to the law in force at that time, there was no time restriction, but a concluded collective agreement was extended even beyond the end of its validity, until a new one was concluded).

The unions opposed those amendments and launched a campaign to collect signatures to call a referendum, at which citizens would vote on whether they supported the retention of the (then) valid legislation. In that campaign, 717,149 valid signatures were collected, which is more than the prescribed statutory minimum (10% of voters) and the Organisational Committee filed a request to the Croatian Parliament to call a referendum.

At that point the Government of the Republic of Croatia withdrew its amendments to the legislation in question and withdrew the proposed act from parliamentary procedure.

However, the Organisational Committee requested the Croatian Parliament to call the referendum, regardless of the fact that the Government had withdrawn the amendments to the act. The public and the media supported that request, creating powerful political pressure, and the unions used fairly militant language.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Press conference given by the president of the Constitutional Court of the Republic of Croatia on 7 July 2010.

<sup>22</sup> Decision U-VIIR-4696/2010 of 20 October 2010, available at <[www.usud.hr](http://www.usud.hr)> (also in English).

<sup>23</sup> For example: "*Ako ne bude referendum, ubojito ćemo odgovoriti*" (*If there is no referendum, we will respond with force*), Danas.hr, 20 October 2010.

The Croatian Parliament asked the Constitutional Court for an assessment of the existence of the constitutional requirements for calling a state referendum in those circumstances.<sup>24</sup>

Aware of the strong public interest, the Constitutional Court conducted extensive proceedings, in which, amongst other things, it obtained a statement by the Government of the Republic of Croatia and the Organisational Committee, written expert opinions from expert advisers of the Constitutional Court, and the standpoint of the Venice Commission established in the Code of Good Practice for Referendums of 2009.

On the basis of the proceedings conducted, the Constitutional Court rendered a decision establishing that in the specific case, with the withdrawal of the proposed act from legislative procedure, the requirements had ceased to exist for calling a referendum.

In the extensive statement of reasons for its decision, the Constitutional Court stated that by withdrawing the proposed act from legislative procedure, the Government had practically satisfied the will of the voters expressed in their 717,149 valid signatures, and that with such action by the Government the aim had been achieved for which the voters had added their signatures for calling a referendum. In this legal situation, in the view of the Constitutional Court, there would be no legal purpose in holding a referendum, or objective or reasonable justification.

Although assessed positively by the legal profession, the decision still caused a stir in the public. The unions were particularly strong in their criticism, and they publicly threatened to draw up a petition for holding an extraordinary election,

---

<sup>24</sup> The competence of the Constitutional Court to establish whether the requirements referred to in Article 86 (87) paragraphs 1 to 3 of the Constitution have been met for calling a referendum, in the case when ten per cent of the total number of voters in the Republic of Croatia asks for one to be called, is prescribed in Article 95 of the Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia which reads:

*"Article 95*

*1) At the request of the Croatian Parliament, the Constitutional Court shall, in the case when ten per cent of the total number of voters in the Republic of Croatia request calling a referendum, establish whether the question of the referendum is in accordance with the Constitution and whether the requirements in Article 86 paragraphs 1-3 of the Constitution of the Republic of Croatia for calling a referendum have been met.*

*(2) The Constitutional Court shall adopt the decision referred to in paragraph 1 of this Article within a term of 30 days of the request being filed".*

So in the specific case, only the formal issue about whether the requirements had been met to call a referendum was called into question.



a general strike and protests throughout Croatia, and even talked about a request for the abolition of the Constitutional Court.<sup>25</sup> The decision also received negative comments in some of the media.<sup>26</sup>

The Constitutional Court did not react officially to this criticism. Only later did the president of the Constitutional Court refer to the public criticism related to this case in one of her interviews.<sup>27</sup>

### 3.4. Review of the Constitutionality of the Act on the Election of Members to the Croatian Parliament (AEMCP)<sup>28</sup>

Proposals for a review of the constitutionality of amendments and supplements to the AEMCP were filed by several proponents, disputing, amongst other things, the constitutionality of the provisions by which voters who are members of national minorities have a double voting right (they vote for the "general list" and the separate "minority list"), except for members of the Serb national minority, who do not have that right (they may vote either for the "general list" or for their own separate "minority list"), although they have three seats guaranteed in the Croatian Parliament.

Since this was a matter of the politically very important and especially sensitive political issue of the rights of national minorities, and at the same time was setting a precedent in the electoral system, the Constitutional Court conducted extensive proceedings, in which, amongst other things, it:

- obtained observations from the Government of the Republic of Croatia (as the proponent of the Act);
- obtained written expert opinions from the Chairs of Constitutional Law in faculties of law;
- held (public) consultations with the participation of the proponents of the review proceedings, representatives of the Croatian Parliament and

<sup>25</sup> One internet blog (<<http://www.tvrtkodolic.blogger.index.hr/post/pad-hrvatske-drzave/4965081.aspx>> dated 16 January 2013) summarises reactions to the Constitutional Court decision related to the referendum on the Labour Act. Under the title "*The fall of the Croatian State*", one text reads: "*The unions commented that 'this was a crazy decision by a crazy body', rendered in manipulative proceedings, and that they would 'respond with force'. The president of the Croatian Trade Unions Association Ozren Matijašević called for the abolition of the Constitutional Court: 'the Constitutional Court as a rule renders decisions against the will of citizens, which is logical if we know how the (constitutional court) judges won their seats'. According to the Constitution, citizens have the right to decide on every issue within the competence of the Parliament, but in this case they were prevented from doing so. The constitutional court judges showed themselves to be true ignoramuses, who are not acquainted with the basics of law. They were supposed to examine whether the unions' request for a referendum was within the boundaries of the Constitution and law, but they went one step further and rendered a political decision that no referendum would be held*".

<sup>26</sup> For example: "*Mudri vođe u Ustavnom sudu*" (*Wise leaders in the Constitutional Court*) (Večernji list, 22 October 2010), "*Sindikati kreću u obranu neposredne demokracije*" (*The unions move to defend direct democracy*) (Vjesnik, 22 October 2010).

<sup>27</sup> The TV channel Z1, during the programme "*Gledaj dalje*", in an interview with Mladenka Šarić, 28 December 2010.

<sup>28</sup> Decision U-I-120/2011 of 19 July 2011, available at <[www.usud.hr](http://www.usud.hr)> (also in English).

Government, the Minister of Administration and the Minister of Justice, and representatives of the academic community;

- held an expert debate with members of the Croatian Association of Constitutional Law.

After conducting the proceedings, the Constitutional Court established that the disputed provisions of the AEMCP were not in line with the Constitution because it is not permitted in constitutional law, as part of the general election system, to guarantee by law in advance and define the number of seats for any minority on any basis (national, ethnic, linguistic...) because this, by its nature, would undermine the equality of voting rights within that system. It also established that the disputed provisions of the AEMCP on the supplementary vote for members of national minorities, in the specific circumstances, had no acceptable justification, because they do not ensure a higher degree of integration of national minorities into political life than that which has already been achieved, but at the same time they undermine the equality of voting rights to a far greater extent than the positive measures that were previously in force. Therefore the Constitutional Court repealed these provisions of the AEMCP.

The decision was met with strong negative criticism from individual representatives of national minorities, who were affected by the loss of status occasioned by the repeal of those provisions. In view of the sensitive nature of the subject matter, there was no problem in “stirring up” some members of national minorities or the international community and making use of the media to create a certain amount of political pressure.<sup>29</sup>

Again in this case, there was no official reaction from the Constitutional Court

#### 4. IN PLACE OF A CONCLUSION

Constitutional Court decisions are such, and have such effects, that in certain circumstances they may be subject to negative public criticism.

In performing the work within its competence, the Constitutional Court must not ignore public opinion, because the public is the mainstay and source of constitutional power, by which the public is able to keep their leaders under control. Public opinion, of course, must not be the deciding factor for the Constitutional Court to render its decisions. However, in order to prepare the public, it might be reasonable to inform them about those court decisions which it is known in advance will be the subject of particular public interest by stating reasons that go beyond the framework of the very text of the statement of reasons. Thus, the public will be better acquainted with the reasons that led the court to render a specific decision.

One thing is certain: in these situations there is no universal recipe. From state

<sup>29</sup> For example: *"Korak nazad u geto"* (*A step back into the ghetto*), *Novosti*, 5 August 2011.

to state, from court to court, from case to case, constitutional courts will constantly be faced with the same dilemmas and the same risks.

This certainly does not mean that the Constitutional Court is permitted to falter in performing its constitutional role. However, it must keep these realities and restrictions in mind and take them into consideration in order to ensure the more effective implementation of and respect for its decisions.

Returning to the beginning of this paper (see section 1.2), it is helpful to recall that constitutional court decisions – due to their binding nature – create mandatory rules of behaviour in a community, thus bringing constitutional values to life. However, on the basis of social reality, Zorkin warns: “The constitution represents how things should be. Life is what exists. It is not possible to achieve absolute harmony between what is needed and the existing situation. But you must strive with all your might to optimise the relationship between these two values and, at the same time, be aware that the 'optimum' does not mean the 'ideal'”.<sup>30</sup>

The task of constitutional courts, especially in European post-socialist and post-communist states, which include Croatia, is to gradually direct, to an optimum extent, the legal order towards ideals embodied in their new transitional constitutions, despite the fact that in some cases the court knows in advance that its decision, especially at first, will be the subject of incomprehension, negative judgment and criticism.

I see two serious “dangers” on this path. First, constitutional courts must be subject unconditionally to the requirement that their work be founded on the principle of self-limitation. Constitutional court decisions, which represent Zorkin's ideal “legal brainchild”, but which do not reflect a balance between the “ideal” and the “real”, would be Utopia, or would transform life in a specific social community into the “hell of real chaos”, however far they perfectly embody the highest ideals written down in the constitution. Here, however, is where we find the second “danger”: that in an attempt to find the optimum solution and in an effort to achieve a fair balance, in the light of constitutional values, between the rights of individuals and the general interests of the social community, the constitutional court would slide into unacceptable political conformism. In that context, real (open or concealed) influence on the work of the constitutional court – by political structures (governing and opposition, parliamentary or non-parliamentary), representatives of civil society, the unions, the media, any other institutional or non-institutional social groups, or others holding various individual or group, but always partial, interests – is the greatest danger. If the first case leads to “a hell of real chaos”, then the second case would lead to a hell of amoral rule by anonymous holders of various forms of hidden interests. In both cases, the consequences would be disastrous – both for citizens and for the social community as a whole.

<sup>30</sup> Zorkin 2009.

## REFERENCES

- Smerdel, B. and Sokol S.** (2006). *Ustavno pravo (Constitutional Law, 2006)*, Udžbenici Pravnog fakulteta u Zagrebu.
- Cutlip, M.S.** et al. (1952). *Odnosi s javnošću (Effective Public Relations (1952))*, Zagreb: Mate.
- Essex, W.** (2008). *Mogu li vas citirati? (Can I Quote You on That? (2006))*, Zagreb: Hrvatska udruga za odnose s javnošću.
- Harutyunyan, G. / Mavčić, A.** (1999). *The Constitutional Review and its Development in the Modern World (A Comparative Constitutional Analysis)*, Yerevan – Ljubljana: Hayagitak.
- Inglis, F.** (1997). *Teorija medija (Media Theory: An Introduction (1990))*, Zagreb: Barbat i AGM.
- Lopez Guerra, L.** (1994). *The Role and Competences of the Constitutional Court, Report*. In: *The Role of the Constitutional Court in the Consolidation of the Rule of Law, Proceedings of the UniDem Seminar in Bucharest 8-10 June 1994, Collection “Science and Technique of Democracy” No. 10, Venice Commission: 12 – 19 available at <www.venice.coe.int/docs/1994/CDL-STD(1994)010-e.asp>*
- Omejec, J.** (2011). *Novi europski tranzicijski ustavi i transformativna uloga ustavnih sudova, Okrugli stol: Dvadeseta obljetnica Ustava Republike Hrvatske (New transitional constitutions and the transformative role of constitutional courts, Round table: XX<sup>th</sup> anniversary of the Constitution of the Republic of Croatia)*, Zagreb: Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, pp. 61 – 85.
- Skoko, B.** (2006). *Razumijevanje odnosa s javnošću (Understanding public relations, 2006)*, Zagreb: Millenium promocija.
- Tafra-Vlahović, M.** (2007). *Kako ciljati ciljanu javnost? (How to aim the aimed public?, 2007) Lider – specijal, 30/11/2007: 36 – 37.*
- Theaker, A.** (2007). *Priručnik za odnose s javnošću (The Public Relations Handbook (2006))*, Zagreb: Hrvatska udruga za odnose s javnošću.
- Vrban, D.** (2011). *Uprava, dobro vladanje i autopoiesis (Public Administration, Good Government and Autopoiesis, 2011)*, Hrvatska i komparativna javna uprava, 11 (2): 411 – 434.
- Zorkin, V.** (2009). “Rule of Law and Legal Awareness.” In: Neate, F. and Nielsen, H. (eds), *The World Rule of Law Movement and Russian Legal Reform*, Moscow: Moscow City Chamber of Advocates, pp. 46 – 61.

## РЕЗЮМЕ

Конституционный Суд Республики Хорватия не является частью судебной власти. На основе традиционного разделения власти на законодательную, исполнительную и судебную КС Хорватии можно рассматривать как своего рода "четвертую власть". Он гарантирует соблюдение и исполнение Конституции Республики Хорватия и решает вопросы конституционности актов, принятых всеми тремя ветвями власти. Он также уполномочен отменять законы, принятые парламентом, акты Правительства и его министров, судебные решения, в том числе Верховного Суда.

Решение Конституционным Судом правового вопроса может привести к определенным политическим последствиям для заявителя. Это вытекает из самой природы Конституции как политического и правового акта. Однако этот политический аспект должен быть ограничен до определенной степени, чтобы не допустить злоупотребление Конституционным Судом своей основной судебной функцией.

Влияние политических структур, представителей гражданского общества, профсоюзов, средств массовой информации или любых других социальных групп на деятельность Конституционного Суда является самой большой опасностью. Конституционный суд учитывает общественное мнение как в ходе судопроизводства, так и при оценке уже вынесенного решения. Каждое решение, которое не соответствует общественному мнению или ожиданиям определенной группы людей, становится предметом горячих дискуссий и нападок, зачастую ставя под угрозу авторитет Суда и доверие к нему.



# LE RÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DANS LE RENFORCEMENT DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

JEAN SPREUTELS

*Président de la Cour constitutionnelle de Belgique*

## INTRODUCTION<sup>(1)</sup>

1. La création de la Cour constitutionnelle, dans les années 1980, est liée aux réformes institutionnelles qui ont conduit la Belgique à devenir un Etat fédéral. Le respect des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'Etat, des Communautés et des Régions fut la première mission de la Cour, d'où son nom d'origine, un peu mystérieux, de «Cour d'arbitrage». Bien vite, son rôle fut élargi aux dispositions de la Constitution garantissant des droits fondamentaux et elle porte, depuis 2007, le nom qui correspond effectivement à sa double mission. Cette mission s'exerce à l'endroit des seules normes législatives, celles-ci étant élaborées par nos neuf législateurs, fédéral, communautaires et régionaux et portant les noms de lois, décrets ou ordonnances. En 2014, la Cour s'est vu confier deux nouvelles missions qui sont atypiques au regard de celles qu'elle a exercées jusque-là et qui tiennent au contrôle préventif des consultations populaires régionales et aux recours contre des sanctions de la Commission de contrôle parlementaire des dépenses électorales des membres de la Chambre des représentants. Indépendamment même de ces nouvelles compétences, que la Cour n'a d'ailleurs pas encore eu l'occasion d'exercer, la jurisprudence montre que si elle a pu, à l'origine, être considérée comme une cour constitutionnelle à compétence limitée, elle est aujourd'hui une cour constitutionnelle à compétence presque complète, presque puisque le contrôle au regard de l'ensemble des dispositions de la Constitution ne lui a pas, à ce jour, été formellement attribué.

---

<sup>1</sup> Voy. SPREUTELS, J., «Trente ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle: évolutions et constantes», Symposium à l'occasion de trente ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique, 1er avril 2015 (à paraître).

## L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

2.1. Les articles 151, 152, 154 et 155 de la Constitution inscrivent dans la Constitution les caractéristiques principales du statut du pouvoir judiciaire. Cette consécration constitutionnelle vise avant tout à garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire, étant donné que cette indépendance est essentielle dans un régime de séparation des pouvoirs. L'article 151 de la Constitution règle à cet effet la nomination et la désignation des magistrats. L'article 152 de la Constitution garantit que les juges sont nommés à vie, qu'ils ne peuvent être démis de leur fonction que par un jugement et qu'ils ne peuvent être déplacés que de leur propre consentement. En vertu de l'article 154 de la Constitution, la loi fixe leur traitement. L'article 155 de la Constitution prévoit qu'aucun juge ne peut en principe accepter d'un gouvernement des fonctions salariées<sup>(2)</sup>.

2.2. De manière générale<sup>(3)</sup>, l'indépendance de la Justice *sensu lato*, c'est-à-dire des juridictions comme telles, ne sont pas souvent expressément prévues par les textes de droit interne, à l'exception notable des juridictions constitutionnelles. Elles découlent la plupart du temps de l'indépendance des juges qui est, elle, plus souvent mentionnées dans les normes écrites. Pour ce qui est de la Belgique, la Constitution ne proclamait pas originellement le principe de l'indépendance des juges et il a fallu attendre la révision constitutionnelle du 20 novembre 1998 pour que ce principe soit inscrit dans l'article 151 de la Constitution pour les juges et le ministère public et sans le prévoir pour les autres juridictions belges que sont le Conseil d'État, les juridictions administratives et la Cour constitutionnelle. Il est vrai que cette pauvreté du prescrit constitutionnel était et est largement compensée par nombre de garanties constitutionnelles relatives aux magistrats eux-mêmes et aux juridictions, par l'accession dans la jurisprudence des hautes cours belges (Cour constitutionnelle, Cour de cassation et Conseil d'État) de ces exigences au rang de principe général de droit<sup>(4)</sup> et, enfin, par la contagion au sein de cette même jurisprudence des développements prétoriens apportés par la Cour européenne des droits de l'homme à cette notion.

En ce qui concerne l'ordre juridique international, cette garantie est consacrée expressément par l'article 6.1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le premier de ces deux textes

<sup>2</sup> Arrêt n° 67/2013, B.7.1

<sup>3</sup> Voy. NIHOUL, P., "L'indépendance et l'impartialité du juge", Ann. dr. Louvain 2011, pp. 202 et 203.

<sup>4</sup> Arrêts n° 67/98, B.2.2; n° 74/2001, B.9.3; n° 44/2004, B.9.7; n° 157/2009, B.5.1; n° 123/2011 (sol. implicite); n° 155/2011, B.6. Cass., 15 juin 1979, Pas., I, p. 1193 et 19 décembre 1991, Pas., 1992, I, p. 316. C.E., n° 167.303 du 30 janvier 2007, Ebens et Hanssens; n° 186.677 du 30 septembre 2008, S.A. Top Bedford et S.A. Hobinvest.

a fortement imprégné les ordres juridiques nationaux en raison du développement et de la portée que lui a réservés la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut y ajouter désormais, depuis le 1er décembre 2009, l'article 47.2. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui garantit également le droit à un procès équitable.

2.3. Quant à l'indépendance du juge<sup>(5)</sup>, elle peut être entendue comme le pouvoir, et même le devoir, du juge de décider librement, cette liberté étant celle d'apprécier sans contrainte les faits qui lui sont soumis et d'interpréter sans entraves la norme qu'il est tenu d'appliquer en l'espèce. Elle entend rendre le juge inaccessible à toute ingérence ou pression interne ou externe. En synthèse, l'indépendance se manifeste par l'absence de lien et par l'absence de subordination (hiérarchie, tutelle et autre mode de contrôle) vis-à-vis d'un autre pouvoir de droit (législatif ou exécutif), vis-à-vis d'un pouvoir de fait (groupes de pression, médias, opinion publique) et vis-à-vis de ses collègues et du corps dont le juge fait partie.

### LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

3. La jurisprudence de la Cour lie le droit à un procès équitable à l'indépendance et à l'impartialité du juge. Elle décide que le droit à un procès équitable garantit au justiciable que sa cause soit entendue par un juge indépendant et impartial, ce qui implique que cette indépendance et cette impartialité ne peuvent raisonnablement être mises en doute lorsque des garanties suffisantes existent qui font disparaître tout soupçon légitime. Pour apprécier l'indépendance et l'impartialité d'une juridiction, sa composition et son organisation seront notamment prises en considération, ainsi que le cumul de la fonction judiciaire avec d'autres fonctions ou activités<sup>(6)</sup>.

4.1. Dans plusieurs arrêts, la Cour a contrôlé la constitutionnalité de dispositions législatives relatives au *statut des magistrats*.

Elle a rapidement admis que les *désignations de certains titulaires de mandats adjoints* (les magistrats qui demandent à être désignés pour exercer un mandat de président et de président de section à la Cour de cassation, de président de chambre à la cour d'appel et à la cour du travail et de vice-président du tribunal de première instance, du tribunal du travail et du tribunal de commerce) par l'assemblée générale de la juridiction ou par le chef de corps puissent ne pas

<sup>5</sup> Voy. NIHOUL, P., op.cit., p. 207.

<sup>6</sup> Arrêt n° 195/2009, B.11; Voy. aussi les arrêts 29/1999, B.5.5 et 151/2006, B.17.1.



disposer, comme certains autres magistrats, d'un recours contre cette désignation devant un organe juridictionnel extérieur au pouvoir judiciaire. En décider autrement mettrait en cause l'indépendance de ce pouvoir dans un domaine qui regarde sa propre organisation et son propre fonctionnement et entraverait l'exercice des fonctions de gestion confiées aux chefs de corps<sup>(7)</sup>.

Elle admet aussi que, dans les limites tracées dans la Constitution, le législateur puisse intervenir dans les *conditions de rémunération et de pension* des membres du pouvoir judiciaire, en estimant que bien que les principes de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la séparation des pouvoirs soient des caractéristiques fondamentales de l'Etat de droit, ils n'impliquent pas que les conditions de rémunération et de pension des magistrats ne puissent être alignées, par le législateur compétent pour le traitement et la pension des magistrats, sur le régime applicable au personnel du secteur public<sup>(8)</sup>.

Elle va jusqu'à admettre que l'interdiction imposée aux magistrats d'exercer un mandat politique électif puisse être étendue *aux membres du personnel des greffes et du secrétariat des parquets* afin de garantir le fonctionnement impartial de la justice aux yeux d'un public qui peut être insuffisamment informé de la répartition des tâches au sein de l'institution judiciaire<sup>(9)</sup>. L'indépendance garantie par la Constitution aux magistrats du siège et du ministère public ne s'étend cependant pas aux greffiers, ceux-ci ne participant pas – contrairement aux magistrats du siège et du ministère public – à la fonction de juger proprement dite ou à la mise en mouvement effective des poursuites<sup>(10)</sup>.

En revanche, la Cour n'admet pas qu'un magistrat de la Cour des comptes désigné par le premier président de celle-ci et un spécialiste en gestion des ressources humaines désigné par le ministre de la Justice sur proposition du ministre de la Fonction publique (qui sont donc étrangers au pouvoir judiciaire) puissent disposer d'une voix délibérative dans des *collèges chargés de l'évaluation* à laquelle sont désormais soumis les chefs de corps des juridictions: selon la Cour, alors que le Constituant a indiqué, lors de l'adoption de l'article 151 de la Constitution, que l'évaluation devait «se faire dans le total respect de l'indépendance de la fonction de juger» (Doc. parl., Chambre, 1997-1998, n° 1675/4, p. 9) et que l'évaluation devait «[être interprétée] comme étant une évaluation effectuée par les pairs, dans le cadre de l'organisation judiciaire» (ibid., pp. 51-52; dans le même sens, Doc. parl., Sénat, 1998-1999, n° 1-1121/3, p. 6), cette violation de la séparation des pouvoirs porte une atteinte discrimina-

<sup>7</sup> Arrêt n° 63/2002.

<sup>8</sup> Arrêt n° 67/2013, B.7.2.

<sup>9</sup> Arrêt n° 107/98, B.4.4.

<sup>10</sup> Arrêt n° 4/2015, B.3.2.

toire à l'indépendance que l'article 151, § 1er, de la Constitution garantit aux personnes qu'il vise<sup>(11)</sup>.

Elle n'a pas davantage admis que les décisions d'un procureur du Roi concernant les missions confiées à un magistrat du ministère public ne puissent faire l'objet d'aucun recours utile, même lorsqu'une telle décision pourrait constituer une *sanction disciplinaire déguisée*<sup>(12)</sup>; elle a considéré que cette absence de tout recours est discriminatoire mais que cette discrimination provient de ce qu'aucune disposition législative ne permet d'exercer un recours<sup>(13)</sup>. A la suite de cette décision, diverses dispositions du Code judiciaire ont été modifiées par la loi du 15 juillet 2013 pour prévoir que le magistrat qui conteste une mesure disciplinaire déguisée en mesure d'ordre prise à son égard par un chef de corps peut introduire un recours contre cette mesure auprès du tribunal disciplinaire (articles 413, § 5, et 418, § 4) et pour prévoir une possibilité d'appel devant le tribunal disciplinaire d'appel (article 420, § 2, alinéa 4)<sup>(14)</sup>.

**5.1. L'indépendance des juges de la Cour constitutionnelle** n'a jamais, en tant que telle, été mise en cause devant elle. La question de leur impartialité a par contre été soulevée plusieurs fois<sup>(15)</sup>, essentiellement à l'occasion des demandes de récusation et la Cour a lié à cette question celle de l'indépendance du magistrat: elle décide qu'en vertu de l'article 101 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 (la loi organique de la Cour), les juges de la Cour peuvent être récusés pour les causes qui donnent lieu à récusation aux termes des articles 828 et 830 du Code judiciaire et que la notion de «suspicion légitime» mentionnée dans l'article 828, 1<sup>o</sup>, du Code judiciaire vise les exigences d'indépendance et d'impartialité subjective et objective du juge, garanties par l'article 6.1 de la Convention

<sup>11</sup> Arrêt n° 122/2008. Cet arrêt admet en revanche que lorsqu'il adopte une telle mesure, déjà prévue par la Constitution elle-même pour d'autres fonctions judiciaires, le législateur souhaite que le collège d'évaluation puisse être éclairé par l'avis de personnes extérieures à la magistrature, compte tenu de ce qu'un chef de corps est aussi appelé à gérer un budget et à diriger des collaborateurs. Est ainsi validée la disposition qui prévoit qu'un avis soit donné par le directeur général de la direction générale de l'organisation judiciaire du service public fédéral Justice et que le collège d'évaluation dispose d'informations relatives à «l'utilisation des moyens financiers mis à la disposition des chefs de corps» ou d'éléments fournis par un spécialiste de la gestion des ressources humaines, notamment en matière d'évaluation.

<sup>12</sup> Arrêt n° 27/2009, B.6.

<sup>13</sup> Arrêt n° 27/2009, B.7.

<sup>14</sup> L'arrêt n° 36/2011 avait censuré la même lacune, dans des termes analogues, à propos des mesures d'ordre imposées aux membres de l'auditorat du Conseil d'Etat (B.5 et B.6). A la suite de cette décision, l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, a été modifié par la loi du 20 janvier 2014 pour prévoir que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est également compétente, si le litige n'a pas été attribué par la loi à une autre juridiction, pour se prononcer sur les recours en annulation formés contre les actes et règlements notamment des organes du pouvoir judiciaire relatifs entre autres au recrutement, à la désignation, à la nomination dans une fonction publique ou aux mesures ayant un caractère disciplinaire. On relèvera par ailleurs que l'arrêt n° 4/2015 décide que ce recours, désormais ouvert contre les sanctions disciplinaires déguisées dont pourraient faire l'objet les magistrats du Conseil d'Etat, l'est aussi aux greffiers (B.11.1 à B.11.4).

<sup>15</sup> Arrêts nos 32, 35/94, 36/94, 49/97, 71/2005, 157/2009 155/2011 et 10/2013.

européenne des droits de l'homme et par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques <sup>(16)</sup>,<sup>(17)</sup>.

5.2. La Cour se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour délimiter, *de manière générale*, l'exigence d'impartialité. Celle-ci doit s'apprécier de deux manières. «L'impartialité subjective, qui se présume jusqu'à preuve du contraire, exige que dans une affaire sur laquelle il doit statuer, le juge n'ait ni de parti pris ni de préjugés et qu'il n'ait pas d'intérêt à l'issue de celle-ci. L'impartialité objective exige qu'il y ait suffisamment de garanties pour exclure également des appréhensions justifiées sur ces points (CEDH, 1er octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, § 30; 16 décembre 2003, *Grievies c. Royaume-Uni*, § 69). (...) En ce qui concerne l'impartialité objective, il y a lieu de vérifier si, indépendamment du comportement des juges, il existe des faits démontrables faisant naître un doute au sujet de cette impartialité. A cet égard, même une apparence de partialité peut revêtir de l'importance (CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, § 42). S'il faut examiner si un juge a suscité, dans un cas concret, de telles appréhensions, le point de vue du justiciable est pris en compte mais ne joue pas un rôle décisif. Ce qui est par contre déterminant, c'est de savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (CEDH, 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, § 44). (...) La Cour européenne des droits de l'homme exige que les demandes de récusation soient traitées de manière telle qu'elles ne puissent entraîner une paralysie de la justice ou un retard excessif dans l'administration de celle-ci (CEDH, 22 septembre 1994, *Debled c. Belgique*, § 37; 10 juin 1996, arrêt *Thomann c. Suisse*, § 36; décision, 12 décembre 2002, *Sofianopoulos c. Grèce*, p.9). En effet, il faut éviter que d'autres droits fondamentaux garantis par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme puissent être compromis, comme le droit d'accès à un juge ou le droit à une décision finale dans un délai raisonnable»<sup>(18)</sup>.

5.3. Pour ce qui concerne, *en particulier*, les juges qui la composent, la Cour tient compte, tout à la fois, des modalités de délibération arrêtées par le législa-

<sup>16</sup> Arrêt n° 155/2011, B.2. Voy. aussi l'arrêt n° 35/94 qui décide: «B.2.1. La Cour d'arbitrage est un organe juridictionnel, astreint comme tel au respect du principe général du droit relatif à l'impartialité subjective et objective du juge»; dans le même sens, l'arrêt n° 49/97, B.3.1.

<sup>17</sup> Ce même arrêt n° 155/2011 décide aussi qu'il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce si l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme est applicable, puisque les exigences qu'il contient en matière d'indépendance et d'impartialité du juge valent comme principes généraux du droit. En conséquence, la Cour tient compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière (B.6).

<sup>18</sup> Arrêt n° 157/2009, B.3 et B.4.

teur<sup>(19)</sup> et de la composition de la juridiction: la loi organique prévoit en effet que les juges sont, pour une moitié, d'anciens membres des assemblées législatives et, pour l'autre moitié, des juristes professionnels, soit anciens membres des hautes juridictions belges, soit professeurs de droit dans une université belge. Elle a rejeté des allégations d'impartialité dirigées contre des juges anciens parlementaires<sup>(20)</sup><sup>(21)</sup>, jurisconsultes, membres ou sympathisants de partis politiques et d'associations ou de centres universitaires de recherche<sup>(22)</sup>.

<sup>19</sup> «(...) la Cour est la seule juridiction compétente pour contrôler des normes législatives au regard des règles répartitrices de compétence et au regard des dispositions du titre II et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution, et la loi spéciale du 6 janvier 1989 ne prévoit pas la possibilité de nommer des juges ad hoc. Par conséquent, l'application des causes de récusation ne peut avoir pour effet que la Cour, en contradiction avec [le droit d'accès à un juge ou avec le droit à une décision finale dans un délai raisonnable], ne puisse plus délibérer» (arrêt n° 157/2009, B.5.3).

<sup>20</sup> L'article 101, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dispose: «Le fait qu'un juge de la Cour a participé à l'élaboration de la loi, du décret ou de la règle visée à l'article 134 de la Constitution qui fait l'objet du recours en annulation ou de la décision de renvoi, ne constitue pas en soi une cause de récusation».

<sup>21</sup> Arrêt n° 35/94, B.2.2 et B.3.3: «La participation à l'élaboration d'une loi par un membre du Parlement ne suffit pas à mettre en doute l'impartialité à laquelle il sera tenu lorsque, en qualité de juge nommé à vie, indépendant et soumis à un strict régime d'incompatibilités, il sera amené à contrôler la constitutionnalité de cette loi au sein d'un organe juridictionnel collégial saisi d'un recours en annulation. En effet, le point de vue auquel s'est placé un représentant de la Nation pour prendre position à l'égard d'une politique et des actes législatifs par lesquels celle-ci se réalise n'est pas comparable avec celui du juge spécialisé dans l'appréciation juridique de la constitutionnalité de tels actes. (...) Le législateur spécial, par l'utilisation de l'expression «en soi» dans l'article 101 de la loi spéciale, a lui-même envisagé l'hypothèse où l'implication dans le processus législatif du membre du Parlement devenu juge aurait été telle que son impartialité objective pourrait être mise en cause» (Voy. aussi les arrêts n° 32 et n° 36/94).

<sup>22</sup> Dans l'arrêt n° 157/2009, la Cour énonce un certain nombre de principes généraux: «En ce qui concerne l'allégation d'appartenance d'un juge constitutionnel à un centre de recherche universitaire, il convient de rappeler que l'article 44 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 permet aux juges de la Cour de cumuler leur fonction juridictionnelle avec une activité universitaire. Or, l'université est un lieu privilégié de la liberté académique, qui traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions. La liberté académique constitue un aspect de la liberté d'expression, garantie tant par l'article 19 de la Constitution que par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme; elle participe également de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution (...) Il ressort de la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme qu'une sympathie politique dans le chef d'un magistrat ne suffit pas en soi pour susciter des appréhensions justifiées de partialité (...) En outre, comme le Conseil d'Etat l'a déjà constaté en ce qui concerne les demandes de récusation dans l'instance au fond, un parti politique cristallise les courants d'idées sur une multitude de problèmes de société. C'est faire preuve de peu de sens des réalités que de prétendre que la préférence pour un parti impliquerait automatiquement que l'intéressé marque son accord sur chaque réponse apportée par ce parti à toutes ces questions, a fortiori sur toute déclaration d'un «chef de file» (Conseil d'Etat, n° 169.314, 22 mars 2007). (...) Eu égard à la liberté d'association consacrée par l'article 27 de la Constitution et par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, il en va de même pour les sympathies à l'égard d'associations qui ne sont pas des partis politiques, voire pour l'affiliation à de telles associations. (...) La Cour européenne des droits de l'homme a jugé à cet égard que la simple circonstance qu'un juge soit franc-maçon ne donne pas lieu à récusation. Elle a considéré que, même si l'on dit que la franc-maçonnerie essaye d'influencer ses membres, la seule appartenance à une loge ne saurait faire naître des doutes justifiés quant à l'impartialité objective d'un magistrat, étant donné que l'on peut partir du principe qu'il fera primer son serment de magistrat sur une quelconque obligation sociale. Il faut que soit apportée la preuve contraire par des éléments concrets concernant des juges individuels et non à l'égard de la franc-maçonnerie considérée dans son ensemble (CEDH, décision, 15 juin 2000, Salaman c. Royaume-Uni). (...) Ni l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni aucune autre disposition de cette Convention ou de ses protocoles additionnels n'interdisent qu'un ancien parlementaire devienne juge (CEDH, 22 juin 2004, Pabla Ky c. Finlande, § 29). Une mission accomplie dans le cadre du mandat précédent de parlementaire ne saurait suffire en soi pour conclure à une apparence de partialité d'un juge nommé à vie, dont l'indépendance est garantie par un grand nombre de dispositions législatives» (B.7.1 à B.7.4).

6.1. Même si la Cour n'a eu que quelques occasions de contrôler les dispositions législatives qui le concernent<sup>(23)</sup>, *le Conseil supérieur de la Justice* et son rôle ne peuvent être ignorés lorsque l'on traite du statut des magistrats et de leur indépendance. L'existence de cette institution est consacrée par l'article 151, §§ 2 et 3, de la Constitution<sup>(24)</sup>.

Elle en conclut qu'un magistrat ne saurait être récusé pour les opinions émises dans des ouvrages qu'il a publiés comme juriconsulte ou pour avoir déjà rendu, dans d'autres affaires, des décisions contraires aux prétentions de l'une des parties. D'une façon plus générale, le fait d'avoir publiquement, en quelque qualité que ce soit, mais sans relation quelconque avec les faits ou la procédure envisagée, pris position antérieurement sur une question de droit qui surgit à nouveau dans cette procédure n'affecte pas l'indépendance ou l'impartialité du juge. Selon la Cour, en décider autrement signifierait qu'un juge ne pourrait pas connaître d'une affaire dans laquelle se pose une question de droit déjà tranchée par lui dans d'autres affaires (B.7.5).

Observant que les récusants ne font pas valoir d'éléments concrets de nature à compromettre l'impartialité subjective des juges dont ils demandent la récusation (B.8), la Cour examine cependant encore si, indépendamment du comportement individuel des intéressés, il y a néanmoins des éléments vérifiables pouvant justifier une apparence de suspicion à leur encontre: «Les éléments invoqués à cet égard par les récusants concernent des publications, de prétendues sympathies politiques et l'appartenance actuelle ou passée à des centres de recherche ou à des associations ainsi qu'à une commission de gestion d'un parc naturel. Ces allégations ne suffisent pas à justifier objectivement les appréhensions des récusants quant à l'aptitude [de ces juges] à contrôler avec impartialité la constitutionnalité de la norme critiquée» (B.9; dans le même sens, arrêt n° 55/2011, B.8 à B.10).

<sup>23</sup> Arrêts nos 3/2001, 136/2009, 161/2011, 146/2012 et 23/2013.

<sup>24</sup> Celui-ci dispose:

«§ 2. Il y a pour toute la Belgique un Conseil supérieur de la justice. Dans l'exercice de ses compétences, le Conseil supérieur de la justice respecte l'indépendance visée au § 1er.

Le Conseil supérieur de la justice se compose d'un Collège francophone et d'un Collège néerlandophone. Chaque Collège comprend un nombre égal de membres et est composé paritairement, d'une part, de juges et d'officiers du ministère public élus directement par leurs pairs dans les conditions et selon le mode déterminés par la loi, et d'autre part, d'autres membres nommés par le Sénat à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, dans les conditions fixées par la loi.

Au sein de chaque Collège, il y a une Commission de nomination et de désignation ainsi qu'une Commission d'avis et d'enquête, qui sont composées paritairement conformément à la disposition visée à l'alinéa précédent.

La loi précise la composition du Conseil supérieur de la justice, de ses collèges et de leurs commissions, ainsi que les conditions dans lesquelles et le mode selon lequel ils exercent leurs compétences.

§ 3. Le Conseil supérieur de la justice exerce ses compétences dans les matières suivantes:

- 1° la présentation des candidats à une nomination de juge, telle que visée au § 4, alinéa premier, ou d'officier du ministère public;
- 2° la présentation des candidats à une désignation aux fonctions visées au § 5, alinéa premier, et aux fonctions de chef de corps auprès du ministère public;
- 3° l'accès à la fonction de juge ou d'officier du ministère public;
- 4° la formation des juges et des officiers du ministère public;
- 5° l'établissement de profils généraux pour les désignations visées au 2°;
- 6° l'émission d'avis et de propositions concernant le fonctionnement général et l'organisation de l'Ordre judiciaire;
- 7° la surveillance générale et la promotion de l'utilisation des moyens de contrôle interne;
- 8° à l'exclusion de toutes compétences disciplinaires et pénales:
  - recevoir et s'assurer du suivi de plaintes relatives au fonctionnement de l'Ordre judiciaire;
  - engager une enquête sur le fonctionnement de l'Ordre judiciaire.

Dans les conditions et selon le mode déterminés par la loi, les compétences visées aux 1° à 4° sont attribuées à la Commission de nomination et de désignation compétente et les compétences visées aux 5° à 8° sont attribuées à la Commission d'avis et d'enquête compétente. La loi détermine les cas dans lesquels et le mode selon lequel les commissions de nomination et de désignation d'une part, et les commissions d'avis et d'enquête d'autre part, exercent leurs Une loi à adopter à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, détermine les autres compétences de ce Conseil.»

6.2. Lors de la mise en œuvre de cette disposition, le législateur a entendu renforcer l'objectivation du mode de nomination et de promotion des magistrats. Ainsi, dès la publication de la vacance, des avis motivés sont recueillis auprès des personnes qui semblent les mieux placées pour évaluer les qualités professionnelles des candidats à la nomination. Sont ainsi requis l'avis du chef de corps de la juridiction où la nomination doit avoir lieu, celui du chef de corps de la juridiction où le candidat exerce des fonctions en tant que magistrat, magistrat suppléant, référendaire ou juriste de parquet ou stagiaire judiciaire ainsi que l'avis d'un représentant du barreau désigné par l'ordre des avocats de l'arrondissement judiciaire où le candidat exerce des fonctions, soit en tant qu'avocat, soit en tant que magistrat. L'ensemble de ces avis est transmis au ministre de la Justice et est joint au dossier du candidat qui est transmis à la commission de nomination compétente, instituée au sein du Conseil supérieur de la justice. Après l'audition des intéressés, la commission présente, à une majorité de deux tiers des suffrages exprimés, un candidat par poste vacant, en tenant compte de sa personnalité, de ses capacités intellectuelles et professionnelles ainsi que de son aptitude à exercer la fonction. Le Roi dispose alors d'un délai de soixante jours pour prendre une décision et la communiquer à la commission ainsi qu'aux candidats<sup>(25)</sup>.

6.3. La Cour a admis que la commission de nomination et de désignation de Conseil supérieur de la Justice soit dispensée de l'obligation de se prononcer au scrutin secret sur les présentations et les nominations de magistrats, contrairement à ce qui est prévu, dans certains cas, pour le conseil communal, le conseil de l'aide sociale, l'assemblée générale des juges au sens de l'article 342 du Code judiciaire et l'assemblée de corps au sens de l'article 348 du Code judiciaire. Elle considère qu'il appartient au législateur compétent, lorsqu'il entend régler les modalités de scrutin d'une assemblée collégiale, d'apprécier les risques de pressions internes ou externes sur le comportement électoral des membres et de prévoir que le vote sur des personnes individuelles doit ou non être secret et de déterminer dans quelle mesure la nature et la composition de l'organe collégial, la nature de la décision à prendre, la situation des membres de cette assemblée, ainsi que la position des personnes qui font l'objet d'un vote, exigent que le vote sur ces personnes soit secret. Selon la Cour, compte tenu de la nature, de la composition et du fonctionnement de la commission de nomination au sein du Conseil supérieur de la Justice, des garanties que le législateur a déjà prévues en ce qui concerne notamment l'indépendance de ses membres, et compte tenu aussi de la décision motivée que cette commission prend quant à la présentation de candidats magistrats, il n'est pas sans justification raisonnable que le législateur n'ait pas jugé utile d'imposer le scrutin secret<sup>(26)</sup>.

<sup>25</sup> Arrêt n° 146/2012, B.6.

<sup>26</sup> Arrêt n° 23/2013, B.3 et B.4.

6.4. La Cour a décidé que la nécessité de sauvegarder l'indépendance du Conseil supérieur de la Justice ne justifie pas que les candidats qui se présentent au concours d'admission au stage judiciaire soient privés d'un recours en annulation contre les décisions prises à cet égard par ce Conseil. Elle constate que l'article 151 de la Constitution distingue d'une part, la compétence du Conseil supérieur de la Justice pour présenter des candidats à une fonction de juge ou d'officier du ministère public et, d'autre part, sa compétence en matière d'accès à la fonction de juge ou d'officier du ministère public; seules peuvent être présentées en vue d'une nomination ou d'une désignation des personnes qui se sont vu reconnaître au préalable l'accès à la fonction de magistrat et les épreuves d'accès à la magistrature relèvent de la compétence exclusive du Conseil supérieur de la Justice alors que celui-ci se voit reconnaître seulement un pouvoir de présentation, dans le cadre de la nomination d'un juge ou d'un officier du ministère public, la nomination proprement dite relevant de la compétence du Roi. La Cour a estimé que l'absence de garantie juridictionnelle que constitue le recours en annulation, garantie pourtant reconnue aux candidats à un concours d'accès à une fonction publique, qui disposent d'un recours devant le Conseil d'Etat contre les décisions prises à leur égard par l'administration chargée du recrutement des agents des services publics, est contraire au principe d'égalité et de non-discrimination: «cette absence est disproportionnée au regard du souci légitime de sauvegarder la liberté d'action du Conseil supérieur de la Justice car l'intérêt protégé par l'institution d'un recours en annulation est aussi réel et aussi légitime chez les candidats auxquels est refusé l'accès à une fonction préparatoire à la magistrature que chez les candidats auxquels est refusé l'accès à une autre fonction publique»<sup>(27)</sup>.

7.1. Hors cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle portant sur l'indépendance du pouvoir judiciaire dans son aspect institutionnel, l'on doit aussi tenir compte des arrêts dans lesquels la Cour s'attache aux *aspects fonctionnels de cette indépendance*. La Cour est ainsi très régulièrement amenée à vérifier si des *dispositions législatives rétroactives*, adoptées en toutes matières, sont de nature à empêcher le juge d'exercer sa mission en toute indépendance ou à porter atteinte aux décisions qu'il prend.

7.2. Si la décision juridictionnelle est définitive, la prohibition est absolue: Selon un principe fondamental de notre ordre juridique, les décisions juridictionnelles ne peuvent être modifiées que par la mise en œuvre de voies de recours. Les dispositions en cause ne peuvent en aucun cas aboutir à mettre en cause des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée. Si elles poursuivaient

<sup>27</sup> Arrêt n° 161/2011, B.9.

un tel objectif, elles violeraient les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elles priveraient une catégorie de personnes du bénéfice de décisions judiciaires devenues définitives, ce qu'aucune circonstance ne pourrait justifier. Il s'agit en effet d'un des principes essentiels de l'Etat de droit<sup>(28)</sup>. Ainsi, en matière fiscale a-t-il été décidé que la différence de traitement entre les contribuables confrontés à la réouverture de la prescription de leur impôt et les contribuables qui ont vu la prescription de leur impôt constatée par une décision judiciaire, ne résulte pas de la disposition attaquée dont l'effet rétroactif est en l'espèce justifié, comme la Cour l'avait jugé au début de l'arrêt - mais du respect qui s'attache aux décisions de justice passées en force de chose jugée<sup>(29)</sup>.

7.3. En revanche, des dispositions législatives pouvant avoir une incidence sur des litiges en cours peuvent, à de strictes conditions, résister au contrôle de constitutionnalité. Pour ce faire, la Cour se réfère à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'il est appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, et qui s'oppose à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influencer l'issue d'une procédure judiciaire pendante, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général (CEDH, grande chambre, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres* c. France, § 57; CEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres* c. Espagne, § 64; CEDH, grande chambre, 29 mars 2006, *Scordino* c. Italie, § 126; CEDH, 21 juin 2007, *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais et autres* c. France, § 28; CEDH, 17 juillet 2008, *Sarnelli* c. Italie, § 34). L'effet, la méthode et le moment de l'ingérence du pouvoir législatif révèlent son but (CEDH, grande chambre, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres* c. France, 28 octobre 1999, § 58; CEDH, 28 juin 2001, *Agoudimos et Cefallonian Sky Shipping Co.* c. Grèce, § 31)<sup>(30)</sup>. Dans de tels cas, la Cour vérifie *in concreto* s'il existe d'impérieux motifs d'intérêt général<sup>(31)</sup>.

Cette jurisprudence est régulièrement appliquée lorsque des mesures administratives sont annulées par le Conseil d'Etat (ou lorsqu'une exception d'illégalité est soulevée avec succès à leur encontre devant le juge judiciaire) et que le législateur intervient pour couler en forme législative (dans une loi dite «de validation») la norme contestée et en assurer l'application. La Cour a ainsi décidé, à propos d'une loi «validant» un arrêté royal qui fixait un droit à payer lors de certains contrôles sanitaires d'aliments et que le Conseil d'Etat avait annulé, qu'en reproduisant le contenu de cet arrêté, la loi attaquée n'a pas pour effet de priver les

<sup>28</sup> Arrêt n° 107/2011, B.7.1; dans le même sens, nos 17/2000, B.3.3; 199/2009, B.7 à B.9 et 6/2009, B.3.10.

<sup>29</sup> Arrêt n° 177/2005.

<sup>30</sup> Arrêt n° 107/2011, B.8.2; dans le même sens, n° 6/2010, B.8.2 et B.9; 55/2010, B.8.2. et B.9.

<sup>31</sup> Arrêt n° 188/2005, B.5.6.



entreprises auxquelles s'appliquait cet arrêté royal du bénéfice de l'annulation que constitue le droit de réclamer, devant les juridictions civiles, le remboursement des droits illégalement perçus. Elle estime que l'annulation d'une mesure administrative par le Conseil d'Etat ne fait pas naître au profit de ces entreprises le droit intangible d'être dispensées à jamais du paiement de tels droits alors même que ceux-ci seraient fondés sur un acte nouveau dont la validité serait établie et que dans cette hypothèse, la circonstance que la disposition attaquée a pour effet d'imposer rétroactivement à ces entreprises le paiement de droits identiques à ceux dont elles avaient obtenu d'être exemptes ne porte atteinte ni au droit d'accès à un tribunal reconnu à tous les Belges par l'article 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, ni au droit de recours effectif devant une instance nationale reconnu par l'article 13 du même instrument, ni à l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil d'Etat, ni au principe de la séparation des pouvoirs, encore moins à celui de l'indépendance de la magistrature<sup>(32)</sup>.

8. L'on peut, dans un autre domaine, relever que bien qu'elle soit compétente pour contrôler une *loi budgétaire*, la Cour constitutionnelle n'a pas eu, à ce jour, à se prononcer sur la constitutionnalité de lois qui réduiraient de manière significative le budget alloué au pouvoir judiciaire, ni d'ailleurs, dans le contexte d'affaires de corruption, de lois qui contiendraient des dispositions portant atteinte au statut des juges ou visant à s'assurer de leur intégrité.

9.1. Quant à la Cour constitutionnelle elle-même, elle n'est jamais appelée à intervenir dans quelque *litige individuel* que ce soit, même lorsque l'indépendance ou l'impartialité du juge saisi sont contestées. Cela tient tout à la fois à la nature du contentieux constitutionnel<sup>(33)</sup> et aux modes de saisine de la Cour qui sont, soit le recours en annulation, soit la question préjudicielle.

Dans le premier cas la Cour est saisie par une autorité ou par une personne justifiant d'un intérêt demandant l'annulation d'une norme législative; en cas d'annulation, cette norme disparaît de l'ordre juridique avec effet rétroactif. Dans le second, elle l'est par une juridiction à l'occasion d'un litige qui est soumis à celle-ci; elle constatera que la disposition qui fait l'objet de cette question respecte ou viole les normes qu'elle est habilitée à faire respecter et sa décision liera le juge qui a posé la question préjudicielle et ceux qui, après lui, auraient à connaître du même litige.

<sup>32</sup> Arrêt n° 87/95; voy. aussi, sur les lois de validation, les arrêts nos 49/98, 78/2001, 73/2004, 177/2005 et 188/2005.

<sup>33</sup> Arrêt n° 155/2011: «B.7. La nature particulière du contentieux constitutionnel distingue une cour constitutionnelle des cours et tribunaux ordinaires et des juridictions administratives. En effet, une cour constitutionnelle ne statue pas sur les prétentions des parties au procès, mais juge uniquement in abstracto si les dispositions législatives applicables sont conformes aux règles au regard desquelles elle peut procéder à un contrôle (CEDH, grande chambre, 22 octobre 1994, Sramek c. Autriche, § 35)»; dans le même sens, arrêt n° 157/2009, B.5.2.

Dans aucune des deux hypothèses, la Cour n'est habilitée à se saisir d'éléments de litiges individuels soumis aux organes juridictionnels compétents, seuls habilités à trancher ces litiges.

Cela dit, au fil du temps, la Cour a assorti ses arrêts de diverses modalités qui lui permettent de moduler de plusieurs manières l'exercice de ses compétences, ce qui peut être de nature à influencer la décision du juge du fond<sup>(34)</sup>.

9.2. Quant à la recevabilité de la question préjudicielle, la Cour estimait, à l'origine, que l'appréciation de l'applicabilité d'une norme au litige dont est saisi le juge a quo relevait exclusivement de celui-ci<sup>(35)</sup>. Depuis l'arrêt n° 111/2000, elle vérifie si la disposition qui fait l'objet de la question peut être raisonnablement tenue pour applicable au litige dont est saisi le juge; elle décide qu'il ne lui appartient pas d'examiner la constitutionnalité d'une disposition législative qui ne concerne manifestement pas ce litige et, le cas échéant, qu'elle excéderait sa compétence si elle substituait une autre disposition à celle qui lui est soumise<sup>(36)</sup>.

9.3. Quant au fond, elle a, en premier lieu, développé une technique de contrôle qui lui permet de décider qu'une norme résiste au contrôle de constitutionnalité si elle est interprétée dans un sens déterminé mais qu'elle n'y résiste pas si elle est interprétée différemment<sup>(37)</sup>. Le dispositif de l'arrêt est alors libellé en deux parties<sup>(38)</sup>.

La technique de l'interprétation est aussi régulièrement utilisée par la Cour lorsqu'elle permet de constater qu'une disposition législative ne peut résister au contrôle de constitutionnalité que si elle est interprétée d'une manière déterminée. Le dispositif de l'arrêt indique alors cette réserve d'interprétation<sup>(39)</sup>.

9.4. La Cour a ensuite développé une jurisprudence suivant laquelle les normes législatives sont censurées non pas pour ce qu'elles disent, mais pour ce qu'elles ne disent pas: l'on vise ici les lacunes législatives. Cette jurisprudence permet de distinguer deux sortes de lacunes: les lacunes extrinsèques et les lacunes intrinsèques.

Pour les lacunes de la première catégorie, la Cour constate qu'il existe une lacune dans le droit en vigueur mais non dans la norme législative sur laquelle elle est interrogée: une telle lacune peut être qualifiée d'«extrinsèque»<sup>(40)</sup>. Le plus souvent,

<sup>34</sup> Voy. SPREUTELS, J., «Trente ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle: évolutions et constantes», Symposium à l'occasion de trente ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Belgique, 1er avril 2015 (à paraître).

<sup>35</sup> Arrêt n° 41/91, B.2.1.

<sup>36</sup> Arrêts n° 111/2000, B.3 à B.5 et, notamment, n° 90/2012, B.4.2. Par ailleurs, la Cour contrôle, en règle, la norme législative dans l'interprétation que lui donne le juge a quo, sauf si cette interprétation est manifestement déraisonnable (arrêt n° 103/2013, B.3.1) ou manifestement erronée (arrêt n° 164/2014, B.4).

<sup>37</sup> Arrêts n° 101/99, B.2.1 et B.2.5, et, notamment, n° 88/2014, B.8 à B.10.

<sup>38</sup> Arrêts n° 32/96 et, notamment, n° 175/2014.

<sup>39</sup> Arrêts n° 4/96 et, notamment, n° 89/2014.

elle ne peut disparaître que si le législateur crée la norme manquante. Elle n'est dès lors pas «autoréparatrice». La Cour a toutefois précisé que, dès lors que la lacune est située dans une disposition qu'elle a identifiée, «il appartient au juge a quo de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par la Cour, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que cette disposition soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution<sup>(41)</sup>». Une telle lacune extrinsèque peut être qualifiée d'«autoréparatrice».

Dans la seconde catégorie, la lacune est située dans la disposition en cause: elle peut être qualifiée d'«intrinsèque»<sup>(42)</sup>. Dans cette seconde catégorie, il existe également deux sous-catégories: dès lors que le constat de la lacune est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge et à l'autorité compétents de mettre fin à la violation de ces normes. Dans ce cas, la lacune peut être comblée sans que le législateur doive intervenir; une telle lacune intrinsèque peut être qualifiée d'«autoréparatrice»<sup>(43)</sup>. Dans les autres cas, surtout lorsque la Constitution exige l'intervention du législateur, comme, en règle, en matière pénale<sup>(44)</sup>, la lacune intrinsèque n'est pas «autoréparatrice» et seul le législateur peut la combler<sup>(45)</sup>.

9.5. Il est certes théoriquement concevable, dans le contentieux préjudiciel, que lorsqu'elle n'est pas elle-même liée en vertu de la loi même par l'arrêt de la Cour constitutionnelle, une juridiction s'écarte de l'arrêt qui serait rendu par celle-ci et qui contiendrait une interprétation de la norme législative en cause ou un constat de lacune dans la législation; il reste que, dans une telle hypothèse, un recours formé contre la décision de cette juridiction aurait de grandes chances d'aboutir.

**10.** L'on peut conclure en indiquant que l'indépendance du pouvoir judiciaire constitue une chose acquise dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Non pas seulement parce qu'elle veille à ce qu'aucune atteinte n'y soit portée, mais aussi parce que nombreux sont les arrêts qui décident qu'une norme législative résiste au contrôle de constitutionnalité dès lors qu'une juridiction judiciaire ou administrative est amenée à en contrôler l'application<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Arrêts n° 31/96, B.6, et, notamment, n° 112/2014, B.6.2. La lacune peut aussi se situer dans une norme législative identifiée, mais qui n'est pas celle sur la constitutionnalité de laquelle la Cour doit se prononcer.

<sup>41</sup> Arrêts n° 38/2011, B.7 et n° 191/2014, B.8.

<sup>42</sup> Arrêts n° 25/2003, B.4 et, notamment, n° 12/2014, B.10.4.

<sup>43</sup> Arrêts n° 37/2009, B.7 et B.8 et, notamment, n° 116/2014, B.15 et B.17.

<sup>44</sup> Arrêt n° 116/99, B.1.7 et, notamment, n° 13/2013, B.4.2 et B.4.3.

<sup>45</sup> Arrêt n° 182/2013, B.4.

The first and main mission of the Constitutional Court of Belgium is the review of legislative acts for compliance with the rules that determine the respective competences of the federal State, the communities and the regions. These rules are set forth in the Constitution and in laws (usually passed by a special majority vote) that are enacted with a view to institutional reform in federal Belgium. Accordingly, the initial name of the Belgian Constitutional Court was Court of Arbitration. Afterwards, in 2007, as a result of the constitutional amendments, the competence and role of the Constitutional Court of Belgium was expanded, with the mission to strengthen the protection of fundamental rights and freedoms. Within the scopes of this mission, the Constitutional Court is competent to review legislative acts, which are meant both substantive and formal rules adopted by the federal parliament (statutes) and by the parliaments of the communities and regions (decrees and ordinances).

In 2014, the Belgian Constitutional Court was granted with new competences, which were atypical in comparison with the previous competences. As a result, the Court is also competent to review decisions of the House of Representatives or its bodies concerning the election expenditure for the election of that legislative assembly.

The jurisdiction of the Constitutional Court is determined, on the one hand, by the type of regulations that can be reviewed and, on the other hand, by the type of regulations that constitute the yardstick for review. Even though the Belgian Constitutional Court has recently obtained new competences, the legal practice shows that it can be considered as a court with the limited jurisdiction.



<sup>46</sup> La Cour décide ainsi régulièrement que le juge doit pouvoir contrôler, par exemple:

- l'usage que l'administration fait de son pouvoir d'imposer des sanctions administratives (Arrêts n° 32/99, B.10, et, notamment, n° 79/2008, B.6 à B.8). La question de l'individualisation des peines en ce qui concerne ce type de sanctions a cependant fait l'objet d'une évolution dans la jurisprudence de la Cour. Elle a en effet, dans un premier temps, écarté l'application de circonstances atténuantes (Arrêt n° 127/2000, B.11.6) ainsi que de mesures de sursis et de suspension du prononcé (Arrêt n° 153/2001, B.6 et B.7), avant d'opérer un revirement de jurisprudence en estimant, notamment, que le caractère inéluctable des amendes administratives ne permet pas de tenir compte des antécédents, des efforts, ou de la possibilité d'amendement de ceux auxquels elles sont infligées (Arrêt n° 105/2004, B.7.2. à B.7.4; voir aussi, notamment, arrêts n° 157/2008, B.3.4 à B.4, n° 44/2011, B.29 à B.31, et n° 13/2013, B.3.3 et B.3.4);
- l'usage que le ministère public fait de son pouvoir de retirer le permis de conduire (Arrêt n° 154/2004, B.5.1 et B.5.2);
- l'usage que le bailleur de logements sociaux fait du pouvoir de résilier le bail en vertu d'une clause résolutoire expresse (Arrêt n° 101/2008, B.25 et B.26).

# THE ROLE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF MOLDOVA IN STRENGTHENING THE INDEPENDENCE OF JUDICIAL POWER

ALEXANDRU TENASE

*President of the Constitutional Court of the Republic of Moldova*

Considering the speed of changes in social, economic and political fields, an overwhelming role lies with the Constitutional Court in ensuring and maintaining a legal framework anchored in constitutional values, observing the requirements of the principle of legal certainty and pursuing the goal of "the quality of regulations".<sup>1</sup>

When it comes to the well-functioning of state power, the role of Constitutional Courts is essential and defining, representing a true pillar of the state and democracy, guaranteeing equality before the law, fundamental freedoms and human rights. At the same time, constitutional courts contribute to the proper functioning of public authorities within the constitutional relations involving the checks and balances principle. **In a democratic state, the principle of judicial independence is a substantial one.**

**Judicial independence is directly related to the "normative construction" of the state, which protects it against any influence from the political and economic environment.** Moreover, it is important to point out that the principle of independence has been evolved, moving on from Montesquieu's concept of "independence of judges" to the "independence of justice", so that, nowadays independence is recognised by the entire system and state power. In this regard, judicial independence is classified in two categories: *institutional* and *individual*.<sup>2</sup>

Under the Constitution of Moldova, judges sitting in the courts of law are independent, impartial and irremovable. Given that judges are the only ones that exercise judicial power, the principle of judicial independence is the cornerstone of the maintenance of this power, enjoying full rights in a state's architecture. The principle of separation and cooperation of powers involves maintaining their balance. Therefore, the principle of judicial independence is not only a constitutional basis, but also a measure of

<sup>1</sup> Serge Lasvignes. Sécurité juridique et qualité de la réglementation: quelques considérations pratiques // Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n.11, 2001, p. 112.

<sup>2</sup> Abimbola Olowofoyeku. *Suing judges: a study of Judicial Immunity*// Clarendon press: Oxford, 2003, p. 194.

keeping under control the observance of rights and competences of the judiciary, in order to maintain a balance between state powers.

Given that the Constitutional Court's role in the institutional edifice of the state is a major one, the Court acting as the guarantor of Constitution's supremacy, manifests itself as a true arbiter in resolving conflicting institutional situations which concern the legislative, executive and judicial powers.

Thus, in a relatively large number of judgments, the Constitutional Court of Moldova declared unconstitutional provisions affecting the judiciary, and the judicial independence implicitly. The Constitutional Court of Moldova underscored that judicial independence is a pre-requisite for the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial.

The principle of independence of judges implies that they must adopt decisions and act freely with no restrictions and without being subjected to influences, pressures, threats or unlawful, direct or indirect interferences, whoever is making them and regardless of their reasons. The judge, as holder of judicial office, must be able to exercise his/her duties with full independence, against all constraints and forces of social, economic and political nature, and even in relation to other judges and the judicial administration.

The Constitutional Court of Moldova, in its vast jurisprudence, exercised constitutional reviews of legal provisions *on the immunity of judges, disciplinary liability of judges and judicial financial system*.

#### - *Immunity of judges*

In view of ensuring the independence of judges, under the legislation of Moldova, criminal prosecution against a judge may be initiated only by the Prosecutor General, with the consent of the Superior Council of Magistracy.

At the same time, following the legislative amendments of 2013, there has been set aside the requirement to obtain the consent of the Superior Council of Magistracy to initiate criminal prosecution by the Prosecutor General, against judges who committed such crimes as *passive corruption, influence peddling, money laundering and illicit enrichment*.

The purpose of these amendments was to fight corruption within the judiciary, ensuring transparency of public institutions' work and to increase the confidence of litigants in the judiciary, which is a fundamental component of the rule of law.

Undertaking a constitutional review of these provisions, the Constitutional Court held that the good reputation of the judge is a condition of public confidence in the judiciary and its efficiency, as without it the quality of justice and the full implementation of constitutional and legal provisions governing its administration cannot be conceived. Corruption does not

undermine the confidence in judges only, but also the act of justice as such.

The Court held that immunity should not obstruct the main functions and duties of the judiciary, nor to hinder the operation of democratic principles of the rule of law. It noted that the independence of judges does not preclude them from assuming responsibility. The Court found that the constituent assembly by holding that "*judges sitting in the courts of law are independent, impartial and irremovable,*" has established the independence of the judge in order to preclude any influence from other authorities. However, this safeguard cannot be construed as to determine the lack of responsibility of the judge.

There shall be stressed that **guarantees granted to the judges against criminal prosecution are not a practice in Europe**. Judges of most East European countries enjoy immunity. In countries where judges enjoy additional guarantees against criminal prosecution, **the level of guarantees granted by law was dependent, to the greatest extent, on the discretion of the legislator**. Subsequently, granting immunity against criminal prosecution, reducing or extending immunity is **an option of the legislator, not an imperative of constitutional law**.

#### ***- Disciplinary liability of the judges***

In its case-law the Constitutional Court of Moldova pointed out the fact that *no judge may be held liable under disciplinary rule for the mere fact of interpreting uninform the legislation*. This infringes the right of the judge to think freely and administer the law in a different manner.

In order for the assumption of responsibility of a judge to be implied, the existence of a judicial error which would prejudice fundamental human rights and freedoms is not suffice. However, it may become imputable to a judge when there is a failure to fulfil in good-faith his/her duties or as a result of gross negligence.

In this context, judges enjoy immunity in fulfilling their duties. Repealing or modifying a judgment is not *a determining ground* for sanctioning a judge.

The Constitutional Court of Moldova noted that holding a judge liable under disciplinary rule on the ground of a European Court for Human Rights decision condemning Moldova, without proving that the law has been infringed by the judge **deliberately or due to gross negligence**, amounts to an inadmissible interference in the principle of independence, impartiality and immovability of the judge.

#### ***- Judicial financial system***

*a) Salary of judges*

Remuneration of judges, which comprises any means of material or social support, represents a basic component of the independence of a judge, serving as a counterbalance to restrictions, prohibitions and responsibilities imposed on them by society. It is exactly the maintenance of this equilibrium which ensures the confidence of litigants in the independence and impartiality of judges.

The Constitutional Court of Moldova showed in its case-law, that establishing a salary payment policy, including that referring to judges, falls into the competence of legislature and the Government. At the same time, when delivering a solution on remuneration, constitutional principles shall be observed. Therefore, in principle, salary cuts shall be undertaken only under the conditions of an economic and financial crisis, which is objectively existent and officially recognised, in case of a fair salary cut of all or majority of employees paid from public budget, in line with the principle of solidarity.

*b) Salary of the staff of law-courts*

Referring to the salary of the staff of law-courts, the Constitutional Court of Moldova held that the independence of judicial power cannot be ensured with no institutional and structural independence. The Court held that the administration of justice was achieved with the involvement of several supporting components, subsequent to judges who directly represent this power.

In this regard, the Court noted that in order to ensure an equivalent judiciary by status with the other two branches of the state power, an equivalent treatment must be maintained for the supporting components of this power, including creating conditions for providing skilled and competitive staff.

The quality and outcome of justice are directly proportionate not only to professional competences of the judge, but also to the competences of the assisting staff. Given this, an investment and a stimulation, proportional to the tasks performed by the staff of the law-courts, based on their job description assigned to them, are needed in line with the law.

The Court noted that the discrepancy between the salaries of the employees who contribute to the administration of justice, compared to that of the staff assisting the legislative and executive powers, amounts to discrimination and, subsequently, a disbalance of state powers.

**Conclusion**

The state mechanism of fundamental human rights and freedoms includes a component of great importance – the well-functioning of judicial authorities. An effective and full judicial protection may be achieved only



under the condition of a genuine independence of judicial authority, particularly that of the judge – representative of judicial power.

The constitutional status of a judge does not amount to his/her personal privilege. On the contrary, it is publicly well designed to ensure the efficient protection of the rights of every member of society. Subsequently, it is namely the independence of justice which shall be the framework of ensuring this protection.

### РЕЗЮМЕ

Конституционный Суд является гарантом верховенства Конституции, существенным и истинным арбитром в разрешении споров между законодательной, исполнительной и судебной властями.

В демократическом государстве принцип независимости правосудия имеет неоценимое значение.

Согласно Конституции Республики Молдова судьи независимы, беспристрастны и несменяемы. Принцип судебной независимости является фундаментом сохранения судебной власти и предполагает, что судьи должны свободно принимать решения и действовать без каких-либо ограничений, постороннего влияния, воздействия, давления, угроз или вмешательства.

Конституционный статус не является личной привилегией судьи, он должен служить во благо всего общества и обеспечивать эффективную защиту прав каждого члена общества, а независимость правосудия - основа ее реализации.

В своих многочисленных постановлениях Конституционный Суд Республики Молдова подверг конституционному контролю законодательные положения относительно неприкосновенности (иммунитета) судьи, привлечения его к дисциплинарной ответственности, а также финансового обеспечения судебной системы.



# КОНСТИТУЦИОННАЯ ПАЛАТА ВЕРХОВНОГО СУДА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ И ЕЕ РОЛЬ В ДЕЛЕ УКРЕПЛЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

**ЖЕДИГЕР СААЛАЕВ**

*Судья Конституционной палаты Верховного суда  
Кыргызской Республики*

Кыргызская Республика является суверенным, демократическим, правовым, светским, унитарным, социальным государством.

Практическая реализация принципов самостоятельности судебной власти и независимости судей является общепризнанным критерием правового государства и демократического, правового режима. Независимость судебной власти основывается на ее непосредственном подчинении Конституции. Самостоятельность судебной власти очень важна для общества, так как судебная власть придерживается принципа сдержек и противовесов, сдерживает злоупотребления и предотвращает бездействие других ветвей власти. Судебная власть действует от имени государства и устанавливает наличие и объем правовой нормы. Судебная власть как одна из ветвей государственной власти призвана охранять право, правовые устои государственной и общественной жизни от любых нарушений, кто бы их не совершал.

С начала 2011 года и по настоящее время в Кыргызской Республике проходит реформирование судебной системы. Были внесены поправки в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Гражданский, Административный кодексы. Разработаны Законы "Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей в Кыргызской Республике" и "О гарантированной государственной помощи".

Создается институт пробации - новый вид условного осуждения, при котором осужденный передается под надзор соответствующих органов. Это позволит должным образом надзирать и контролировать условно осужденных. Достигается возможность заключения соглашений между сторонами следствия о сотрудничестве; о признании вины; о примирении сторон. Упрощается порядок судебного следствия за счет конкретизации следственных и судебных процедур. Закрепляются права лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, расши-

ряются возможности их защиты, адвокаты наделяются большими правами.

Проходит гуманизация законодательства - декриминализация и смена вида наказания за ряд уголовных составов, выделенных в отдельный Кодекс о проступках. Последний вводит наказание за уголовно-правовые деяния, не представляющие значимой общественной угрозы. Снижаются сроки заключения.

Закрепляется независимость, но вместе с тем ответственность судей, выработка работающих механизмов исполнения судебных решений.

На судей возлагается обязанность принимать окончательное решение по вопросам свобод, прав, обязанностей и собственности граждан и юридических лиц. Именно поэтому независимость судей является залогом законности и неотъемлемой гарантией для всех лиц, кто добивается правосудия и защиты прав человека. Закрепление и обеспечение принципа независимости судебной власти в механизме правового государства заложено в международных пактах, в Европейской хартии о статусе судей, в докладах Венецианской комиссии.

Кыргызстан в свою очередь признает вступившие в установленном порядке в силу международные договоры, а также общепризнанные принципы и нормы международного права. Нормы международных договоров по правам человека имеют прямое действие и приоритет над нормами других международных договоров.

Статья 3 Конституции Кыргызской Республики разделяет государственную власть на законодательную, исполнительную и судебную. В соответствии со статьей 94 Конституции судебная власть независима и подчиняется только Конституции и законам.

Согласно Конституционному закону от 13 июня 2013 года "О Конституционной палате Верховного суда Кыргызской Республики" Конституционная палата Верховного суда Кыргызской Республики является высшим судебным органом, самостоятельно осуществляющим конституционный контроль посредством конституционного судопроизводства.

Основопологающей целью Конституционной палаты является защита конституционного строя, прав и свобод человека и гражданина.

Основными принципами деятельности Конституционной палаты являются независимость, коллегиальность, гласность, состязательность и равноправие сторон.

Суть принципа независимости судей состоит в стремлении обеспечить такие условия, в которых судья мог бы иметь реальную возможность свободно принимать решения, подчиняясь только Конституции и законам, и действовать без каких-либо ограничений, постороннего воздействия, прямого или косвенного влияния, давления, угроз, вмешательства с чьей бы то ни было стороны и по каким бы то ни было причинам.

Конституционная палата Верховного суда Кыргызской Республики начала осуществлять свою деятельность с июля 2013 года. Свое первое решение Конституционная палата вынесла 29 октября 2013 года. За период с 2013 по 2014 годы судьями и сотрудниками аппарата было рассмотрено 338 обращений от граждан, юридических лиц и государственных органов.

В полномочия Конституционной палаты входят: 1) признание неконституционными законов и иных нормативных правовых актов в случае их противоречия Конституции; 2) дача заключения о конституционности не вступивших в силу для Кыргызской Республики международных договоров; 3) дача заключения к проекту закона об изменениях в Конституцию.

Конституционная палата независима и подчиняется Конституции, настоящему Конституционному закону и Регламенту Конституционной палаты. Решения Конституционной палаты основываются на Конституции и выражают правовую позицию судей, свободную от каких бы то ни было пристрастий. Судьи Конституционной палаты принимают акты в условиях, исключающих постороннее воздействие на свободу их волеизъявления. Какое бы то ни было вмешательство в деятельность Конституционной палаты не допускается и влечет за собой предусмотренную законом ответственность.

Конституционная палата не вправе принимать решение или заключение по существу дела без непосредственного его рассмотрения в установленном настоящим Конституционным законом порядке. Судьи Конституционной палаты лично участвуют в рассмотрении дела с момента открытия и до закрытия заседания. Никто из судей не вправе уклониться от рассмотрения дела, за исключением случаев, препятствующих участию судьи в заседании.

Стороны пользуются равными правами и возможностями по отстаиванию своей позиции на основе состязательности в заседании Конституционной палаты. Конституционная палата устанавливает и решает исключительно вопросы права. Конституционная палата выносит акты по предмету, затронутому в обращении, лишь в отношении той части нормативного правового акта, конституционность которой подвергается сомнению. Конституционная палата при этом не связана доводами и соображениями, изложенными в обращении.

27 декабря 2013 года Конституционная палата Верховного суда Кыргызской Республики в открытом заседании рассмотрела дело о проверке конституционности части 1 статьи 30 Конституционного закона "О статусе судей Кыргызской Республики" на основании обращений граждан. Согласно внесенным изменениям в указанный Закон "право возбуждения уголовного дела в отношении судьи, помимо Генерального прокурора, было предоставлено и уполномоченным им прокурорам не ниже статуса прокуроров областей, городов Бишкек и Ош".

Конституционная палата отмечает, что возбуждение уголовного дела в отношении судьи в соответствии с действующим законодательством при наличии обоснованных подозрений в совершении преступления не является вторжением в деятельность и независимость судьи. Именно с учетом особого статуса судьи, закрепленного в Конституции, в Конституционном законе "О статусе судей Кыргызской Республики" было установлено, что только Генеральный прокурор может возбуждать уголовное дело в отношении судьи. Предоставление такого полномочия только Генеральному прокурору было обусловлено необходимостью ограничения круга лиц, имеющих право давать юридическую оценку о наличии или отсутствии оснований для возбуждения уголовного дела в отношении судьи. При этом ответственность за обоснованность возбуждения уголовного дела в отношении судьи возлагалась исключительно на Генерального прокурора. Решение Конституционной палаты еще раз подтвердило высокий статус и независимость судей, что только Генеральный прокурор вправе возбуждать уголовное дело в отношении судей.

Для независимости и стабильности судебная власть должна финансироваться на достойном уровне. В рамках реализации Государственной целевой программы "Развитие судебной системы Кыргызской Республики на 2014-2017 годы", а также на основании статьи 98 Конституции Кыргызской Республики государство обеспечивает финансирование и надлежащие условия для функционирования судов и деятельности судей. Финансирование судов производится за счет средств республиканского бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия. Уменьшение размера бюджетных средств, предусмотренных законом на финансирование Верховного суда и местных судов в текущем финансовом году, не допускается.

Хотелось бы отметить, что Конституционная палата является профессиональным независимым судебным органом конституционного контроля, действующим открыто и справедливо в интересах народа, обладающим высоким доверием со стороны общества, правовые позиции которого являются ориентиром для нормотворческих и правоприменительных органов. Миссия Конституционной палаты - защищать права и свободы человека как высшую конституционную ценность.

## SUMMARY

Implementation of the principles of the independence of the judicial power and the independence of judges serves as a criterion for the rule of law and democratic states.

Judges are obliged to make final decisions on the cases concerning the freedoms, rights, obligations and property of citizens and legal entities. That is why the independence of the judicial power is the inalienable guarantee of legitimacy and protection of human rights.

According to the Constitution, the judicial power shall be independent and shall be governed by the Constitution and by law. The Constitutional Law "On the Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic" states that the Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic is the highest judicial authority which independently performs the constitutional oversight by the means of constitutional legal proceedings. The mission of the Constitutional Chamber is the protection of human rights and freedoms as the highest constitutional value.

For independence and stability, the judge shall be provided with social, material and other guarantees relevant to his/her status.

Financing of courts shall be performed from the republican budget and shall ensure the possibility of complete and free administration of justice.



# THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN STRENGTHENING THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIAL POWER: THEORETICAL EFFORTS AND PRACTICAL CHALLENGES

OLIVERA VUČIĆ

*Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia*

Constitutional judiciary plays a role of the supreme protector of the valid constitution in almost every modern constitutional arrangement, or at least in the majority of those. Thus is established an undisputable and unquestionable right of those organs, a right which is at the same time an inevitable obligation, that is, to protect the valid constitution from the unconstitutional acts of all power administrators. These power administrators are generally the representatives of legislative, executive and judicial power. The constitutionally established obligation of active performance, with the aim of protecting valid constitutional arrangements and due to its own undisputable existence, representing an expression of the established will of people modelled by general constitutional norms, represents the obligatory command of the constitution-maker to the constitutional court, meaning the citizens as bearers of the constitutive establishing power, to actively perform with the aim of elimination of any existing constitutional dispute. This is how the necessity of the establishment of constitutional judiciary is affirmed and how the purpose of the existence of those organs is realised and fulfilled. Therefore, the constitutional judiciary's performance should be viewed as the supreme civil duty, which has for its goal the protection of constitutionally guaranteed citizen rights. Constitutional judiciary fulfills the constitutional goal of effective protection of the valid constitution, established by the will of people and the valid constitution, a goal which is in contemporary states usually entrusted to the specialised judiciary – the constitutional court.

Through the performance of its constitutionally based competences, the constitutional judiciary inevitably forms special and none too simple relations with representatives of the legislative, executive and judicial power, relations which always result in multi-faceted consequences. Those consequences are visible not only in the field of invalidation of unconstitutional or unlawful acts, acts which the constitutional court has eliminated through its decisions from the legal order, and with it connected acceptance of such a decision by the organ whose act was thus cassated, but as

well in the reflection on the integrity of organs that adopted the disputed and invalidated acts. Furthermore, the effect of constitutional court's decision which implies the error was made by another state organ is to provoke the public opinion's reaction. The reason for that is simple to discern. Public opinion, citizens, follow such relations among the preeminent power factors and naturally build their views on the manner in which those organs function and results which they achieve in exercising of power. The public builds its threshold of trust, which was created through elections and later appointments, by following the result of the relationship between the constitutional court and other state organs in the sphere of constitutional judicial review, and, if there exists the necessary and expected dose of confidence in the activity of the constitutional court, as the preeminent reviewer of the work of all other state organs, the public changes its opinion in accordance with evaluations of the constitutional judiciary. Simply put, through evaluation of acts of other state organs, the constitutional court has invalidated through its decisions, in the cases when it found the breach of the constitution or a relevant law, „decisions“ of those organs, indicating their omissions, errors and even acts committed in disrespect of the valid constitution or a respective law. In that way it has discovered and made public the unconstitutional (or unlawful) performance of other state organs, which is a serious reason for the erosion of their authority and a formation of critical public attitude towards such performance.

Established as a credible, competent and independent reviewer, which enjoys the confidence exactly because of these attributes, the constitutional court should in its evaluations of (un)constitutional or (un)lawful performance achieve such results which will form the basis of public opinion's confidence in its work and its decisions. Highly professional, envisioned as the organ of legal aristocracy, made of justices of undisputable personal and professional integrity, armed by highest and proven legal knowledge and immune to influences of any nature, and especially of political one (understood in the widest sense), the constitutional court would have to be an objective and uncompromising reviewer of the acts of other power administrators, and it should unconditionally strive towards that. In addition to all said, it would have to comprehend the necessary dose of legal activism applying nuanced legal sensibility, not hesitating from evaluating, not failing to pronounce its opinion, but at the same time not making any step which would result in activism which is impertinent to a judicial organ which has to be known for its reticence and the ability to assess the right dose of measure. In the last fact lies the essence of the relationship between constitutional judiciary, legislator, executive organs and common judiciary. By acting in accordance with a valid constitution, by protecting it since thus it respects the basic premise of constitutional judiciary – loyalty to the valid constitution as long as it represents the highest law of the state, the constitutional court must express the sense that it is the arbitrat-



ing organ and neither must nor should provoke through its legal activism, in relation to any other state organ, the dysharmony of the constitutional system,.

The question which was sensible in the time of the beginnings of the constitutional judiciary - *who will review the reviewer*, was solved a long time ago and thus put *ad acta*, today resurrects only occasionally and, then again, not in the form of the threat to the existence and activities of constitutional judiciary. The generally accepted form of a specialised court, which has been realised through the more or less similar forms of constitutional courts in the majority of contemporary states, is a proof that this question has not only lost its importance, but what is more, it has lost its purpose. In other words, notwithstanding all critiques that can be made to the constitutional judiciary, in some cases – in relation to the concrete decisions, or the chosen path of performance which resulted in the failure to adopt a decision expected by the public or the instigator, today to the constitutional judiciary, as the institution founded to protect the constitution in the manner which was established back in Kelsen's model, the need and the necessity of existence cannot be denied.

The problem of the existence of the constitutional judiciary in systems with separation of powers has also been solved. Separated into legislative, executive and judicial power, the state power, as essentially monolithic – single power, has acquired through the establishment of constitutional judiciary a necessary complementary segment, which bases its existence on the need for the protection of the constitution and constitutionally guaranteed human rights to be competently and objectively organised in defense against any organ of the three branches of power. Thus the state, aware of the importance of such protection, organised itself by building a constitutional judiciary with the goal of the protection of the legal foundation of all so-called „powers“, foundation which was established by the constitution. The state was rightly led by the understanding that the unopposed exercise of legislative, executive or judicial power is equally important as the unopposed supervision of the constitutionality of that exercise by the three branches of power which were established by the very same constitution. In the words of Abbe Sieyes, through the establishment of the constitutional judicial power, the controller of the regard for the establishing power – meaning constitutive, was established, and that logically represents the most important, basic and pure model of the exercise of state power. It is therefore adequate to consider constitutional judiciary as not only the protector of the valid constitution and human rights and freedoms guaranteed by it, but also as the inevitable segment through whose establishment and whose performance on the basis of that same constitution, adopted by the legitimate support of the majority of citizens, the exertion of power in one state becomes wholesome, and through which is the full protection of constitutional order secured, where citizens can enjoy all

guaranteed rights. From the perspective of several decades old, almost one century existant Constitutional Court of Austria, being the first European constitutional court created upon the Hans Kelsen's model, and from the practice realised through work of preeminent constitutional judiciary institutions in Germany, Italy and other European and non-European states, it is easy to conclude that the true purpose of exercising power in the interests of citizens and with full respect to citizen rights and freedoms is possible to achieve only by the establishment of the fourth branch of power which is confided to constitutional judiciary organs.

Through the establishment of the so-called legal guardian of the constitution, the teaching of B. Constant on the need for neutral power, the fourth wheel which preserves the stability of movement, latter concretely focused on the constitutional court by C. Schmitt, is confirmed and actualised. These views departed from the legitimisation of the need for the parliamentary systems, where the separation of powers is undisputed and protected and secured by specific instruments of constitutional nature, to secure the established harmony among the representatives of three powers – legislative, executive and judicial. That necessary element that functions as a „neutral protector“ is the universal controller of the factors of power as such, no matter if it emanates in the form of law-making, their execution, or in the adjudication of legal disputes, and thus is not imposed upon them for the purpose of the establishment of a higher power, but for the purpose of securing the respect for the highest act which established all these powers. This act – the constitution, as the act of supreme power, *lex superior*, equally needs protections as any other „ordinary“ law, since equally as any other legal act it can be breached. To leave the supreme legal act stripped of organised and highly professional protection means to risk whole legal and social system based upon it because of the disrespect for the commandments contained in it. The existence and activity of the constitutional judiciary power should not be understood as the „super power“ or the „power of powers“ because this implies the establishment of a hierarchy which supposes the subordination of some to the others which impose upon them. The imposition of the constitutional judiciary power upon legislative, executive or judicial one should be understood only as a relationship which resembles a logical reflection of the tie between the constitution and law, the constitution and the executive act, or the tie between the constitution and decisions of courts in application of laws in accordance with the constitution. As far as the general principle of accordance, in its forms as the principle of constitutionality and the principle of legality, supposes obligatory and undisputable accordance of law with the constitution, and executive acts with relevant laws and the constitution, as well as the obligation of the court to adopt, while adjudicating, decisions which are based on valid laws and the constitution, all acts adopted by these organs fall under the constitutional judiciary review of their accordance with the constitution.

Nominally most sensitive question of the relationship between the two powers – legislative and constitutional judicial - is tied to the nature of organs to whom their exercise is entrusted to the model of their election or appointment and, as for the remaining two “powers”, legislative and judicial, to the legitimate basis of review, a certain type of supervision over the workings and attitude towards adopted acts, in this case laws. If we start from the fact that the legislative organ is a representative body which represents an emanation of the citizens' will expressed in general, secret, direct and democratic elections, therefore the organ which bears the direct electoral legitimacy, and is an emanation of the people's will, and the maker of the constitution itself and all laws in accordance with it, a question of legitimacy of constitutional judiciary, by whose decisions such acts can be invalidated, rightly appears. If every law adopted in observance of the legislative procedures regulated by the constitution is an expression of the sovereign will of citizens expressed through the “mouth of parliament”, which is the legitimate creator of the legislative policy, whose consequence are also laws that are adopted by necessary majorities of people representatives, what is then the decision of the constitutional court which renders such law powerless, by invalidating its further existence in the legal system. Is that a kind of “law of the laws”, that is, an act by which the constitutional court, actively participating in legislator's work, deals with legislation? This approach has inevitably led us to H. Kelsen and his famous and well known expression for the constitutional court as the „negative legislator“ („negativer Gesetzgeber“). In the models of the composition of constitutional courts, no matter how these models differ from state to state, no equivalent can be found with the model of the composition of assemblies. Constitutional justices are usually chosen by the parliamentary majority, which proposes candidates to the head of state, or by the appointment from the head of state with greater or lesser participation by the judiciary (a good example is the Italian model or the solution of the Constitution of the Republic of Serbia from 2006.) No matter the model, nowhere is present the wide and direct participation of citizens in proposals and elections of justices, and the activity of the executive power, almost with no exceptions, brings with itself necessary elements of political activity. Although the President of the Republic which is elected directly by citizens is planned as an organ of politically neutral power, it is nevertheless a political organ which implies that any background of the elected judicial composition is not only in certain measure political, but also indirect. Exactly because of this indirect quality, it should be answered, how is it possible for in such a manner composed organ, to be superimposed by its decisions to a directly elected organ which represents citizens of one country, the electoral basis on its whole. The essence of widespread acceptance of such relationship between a representative body – parliament and the constitutional court lies in the fact that the constitutional court is a competent and independent organ, in which highly professional and distin-

guished legal experts take for the criteria of their activity the valid constitution to which they show loyalty in their work and which they defend by their knowledge, professional and human integrity, insusceptible to the influences from the outside. A state of affairs difficult to achieve, but no doubt the state of affairs towards which every modern democratic country based on rule of law strives, achieving it with more or less success.

Highly specific is the relationship between the constitutional court and ordinary courts. The essence of this specific is found in the fact that this is a relationship between two expert organs, two „powers“ which are both based on supposedly high competence of its members. That means that here is lacking the clash between the majority, or the policy for which the majority is interested, and the relatively small group that consists of constitutional justices which are, besides, not elected by citizens. Here stand, opposed to one another, the quality of expert knowledge, which is expressed in adopted decisions whose validity is evaluated, and which can be invalidated with the order for others, that would not provoke such a reaction of the evaluator – the constitutional court, to be adopted. The problem is, therefore, equally complicated as with the mutual relationship of the legislative power, that is the people's representative organ, and the constitutional court, only the basis of problematics is materially different. Here, with the relationship between the constitutional and ordinary judiciary, the question is essentially about the disapproval of legal knowledge and legal expertise, which is connected to the impression of the constitutional court as the higher instance to the highest ordinary state court. It is not rare that this relationship is hardly accepted by members of ordinary judiciary, since it is understood as the negation of judicial power's independence, sometimes as the hardest attack on the essence of the principle of separation of powers (because the judiciary is always, no matter the degree of harmonisation of legislative and executive power, independent from these two powers), and even as the attack on the legal finality of decisions which, as the final expression of judicial findings, are adopted by highest instances of ordinary judiciary. In the mutual relationship of constitutional and ordinary judiciary, in the evaluation of decisions of ordinary courts, which is exercised on the mandate of the constitution maker by the constitutional court, one should not find the unacceptable denial of the independent judicial function, nor the establishment of a hierarchical relationship for the benefit of the constitutional judiciary, in the sense of a higher-instanced reviewer. The last notion, the creation of the new, higher and constitutionally non-existent degree, superimposed upon the highest judicial instance, as the organ of instanced review, would be the total negation not only of the position of ordinary judiciary in the constitutional system, but a grave breach of the nature and constitutional position of constitutional judiciary itself.

The constitutional court, in its function as the guardian of the constitution

– the constitutional protector, as it must protect the valid constitution from all breaches made to it by the activities of legislative, executive or judicial power, so it must be the protector of these powers themselves, that is the organs to which these powers are entrusted, since in the case of the opposite, it would itself be in the position to breach the constitution, by endangering their constitutionally established position or their constitutional nature. By acting in breach of the independent position of ordinary courts and endangering the independence of judicial power established by constitution, the constitutional court would flagrantly breach the constitution as the highest ranking law, which would produce far-reaching consequences. As the constitutional court deals with the protection of the constitution and principles of constitutionality and legality, so are the ordinary courts competent for the protection of the principle of legality, and since their criteria is the valid law, they represent the guardians of any state's legal system.

Today, the control of activities of judicial power has become, together with the constitutional judiciary's review of legal norms, the crucial competence of a constitutional court. It is a widely accepted notion that the judicial power, equally as other state powers, can make mistakes, and that the constitutional court is the organ which must secure that all state functions, thus the judicial one as well, are in accordance with the constitution. On its part, by gaining the jurisdiction over the judicial power, the constitutional court, as was pointed out by Häberle, has become *par excellence* a citizen's court. Mutual benefits gained by the establishment of the constitutional review of acts of judicial power can be expressed as the effective protection of constitutionally guaranteed human rights offered by the constitutional court, which represents a powerful element that guarantees the realisation of the principle of rule of law. Constitutional judiciary, acting in relation to the workings of ordinary judiciary, evaluates whether the judicial organ has respected constitutional boundaries inside of which the independent judicial power must stay, leaving untouched to judicial power the right to review and correct its decision. Thus, the constitutional court does not adjudicate *in lieu* of the ordinary court, does not take over its jurisdiction, nor by its activity solves the judicial dispute *in meritum*. In keeping with the constitutional formula which regulates its constitutional position, nature and functions, the constitutional court, in relation to ordinary judiciary, investigates whether the judicial power, in execution of its constitutionally delegated functions, moved within the framework of the constitution, and whether, by acts of the judicial power, constitutionally guaranteed human rights were breached or infringed.

In the Republic of Serbia, the Constitution of 2006. introduced direct protection of human rights and freedoms. The Constitution strengthened the position of the Constitutional Court with a modified model of elections for justices, wider circle of empowered petitioners for the instigation of a con-

stitutional dispute, and in largest measure by providing it with new competences. Nowadays, in the competence of the Constitutional Court are various disputes instigated by the appeal as a legal remedy, among which is the constitutional appeal. Thus, the Constitutional Court of Serbia has become the organ competent for the provision of protection against all acts of public powers. Immediately after the establishment of this competence of the Constitutional Court the question of the relationship between constitutional and ordinary judiciary appeared in professional circles. While the Constitutional Court opined that even the judicial decisions can be the subject matter of constitutional appeal, the majority of ordinary judiciary held a different view, which claimed that constitutional appeal is improper against judicial decisions, that it is only valid against acts of state executive organs. Arguments of this group were that this is exactly the way practice works in other states that have constitutional judiciary, that, in view of the wording of the Constitution, the protection of human and minority rights is exercised in front of ordinary courts and that the provisions of the Constitution deny the possibility of extra-judicial review of judicial decisions, which can be reviewed only by a competent court in the regulated procedure. Another argument in favour of this view was the fact that the Constitution of Serbia does not define courts as state organs. In the tense climate which was created by the introduction of this new competence of the Constitutional Court, the Constitutional Court itself answered these questions by acting upon constitutional appeals, and by achieving results in this field of its activity that not only diminished declared fears and reserves, but also totally displaced them. By acting carefully in regard to filed constitutional appeals, the Constitutional Court did not impose itself as the supervisory instance upon ordinary judiciary. What is more, the Constitutional Court refrained from acting as the higher instance in regard to decisions of ordinary courts, and in every instance which enabled it, declared that constitutional appeal cannot be deemed as a legal remedy which reviews the legality of decisions of ordinary courts. Shortly after the start of activities following the filing of constitutional appeals, the Constitutional Court of the Republic of Serbia received excellent marks by European institutions and constitutional appeal was marked as an effective legal remedy. The Constitutional Court showed a necessary measure of judicial reticence and did not involve itself into investigations of all legal deficiencies of judicial decisions, but restrained itself only to examining breaches of constitutional rights and freedoms which the appellants themselves indicated. While at that, the Constitutional Court did not refrain from active approach, in order to realise, through the exercise of its constitutional competence to act upon constitutional appeals, its role of direct protector of human rights guaranteed by the constitution. By this active approach in the treatment of thousands of constitutional appeals which are filed yearly, the Constitutional Court of the Republic of Serbia has gained the confidence of citizens, the proof for this being the number

of filed and processed constitutional appeals. It is equally important as the aforementioned to stress that the Constitutional Court of Serbia did not, by acting upon the constitutional appeals, diminish the integrity of ordinary judiciary, nor has it endangered the independent position of judicial power. By acting as the protector of highest ranking law contained in the valid Constitution, the Constitutional Court acted in the manner and with intensity which did not cross the boundaries of the constitutionally established normative framework.

### РЕЗЮМЕ

Конституция Республики Сербия 2006 года укрепила позиции Конституционного Суда путем предоставления ему новых полномочий, а также расширив круг субъектов, уполномоченных обращаться в Суд. Конституционный Суд стал органом, компетентным обеспечивать защиту от любых действий государственных органов. Конституционный Суд выразил мнение, что даже судебные решения могут быть предметом конституционного обжалования, однако большинство судей обычных судов придерживались противоположной точки зрения.

Однако Конституционный Суд не действует в качестве надзорной инстанции в отношении судов общей юрисдикции. Конституционный Суд не вмешивается в рассмотрение юридических недостатков судебных решений, а рассматривает лишь вопрос нарушения конституционных прав и свобод, на которые указали сами заявители.

Таким образом, Конституционный Суд Сербии не ставит под угрозу независимость судебной власти.



**CONSTITUTIONAL LITIGATION  
AND THE JUDICIAL SYSTEM IN ROMANIA –  
WITH SPECIAL REFERENCE TO THE  
INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY**

**SIMONA-MAYA TEODOROIU**

*Judge of the Constitutional Court of Romania*

**IONIȚA COCHINȚU**

*Assistant-Magistrate at the Constitutional Court of Romania*

Dear President of the Constitutional Court of Armenia,

Dear Chairman,

Distinguished guests,

Dear colleagues,

It is an honour and a pleasure for me to participate in this reunion and on behalf of the judges of the Constitutional Court of Romania and on my behalf, I would like to congratulate the President and Members of the Constitutional Court of Armenia for the 20th Anniversary and for the excellent organization of this event.

Coming to the main subject of our Conference, please allow me to mention some relevant aspects of the jurisprudence of the Constitutional Court of Romania, as concerns the role of the Court to strengthening the rule of law in the light of the principle of the independence of the judiciary and the separation of powers of the state.

As known, the constitutional democracy means, inter alia, that the State is organized according to the principle of separation and balance of powers – legislative, executive and judicial<sup>1</sup>.

Regarding the judiciary, the Constitution of Romania (Article 126) states that "*justice shall be meted out by the High Court of Cassation and Justice and by the other courts set up under the law*". Also, pursuant to Article 124 of the Basic Law, justice shall be rendered in the name of the law, shall be a unique one, impartial and equal for all, and judges are independent and they subject only to the law.

<sup>1</sup> Article 1 paragraph (4) of the Constitution of Romania. It should be noted that the judicial authority has a special chapter reserved in the Constitution of Romania and the judicial authority includes: the courts, the Public Ministry and the Superior Council of Magistracy.



Both, the doctrine<sup>2</sup> and the case-law<sup>3</sup> underline that the problem of the independence of justice must be analysed at least under two approaches: a functional approach and a personal or subjective one.

Regarding the functional independence, it requires, on the one hand, that the judicial bodies do not belong to the executive or legislative, and, on the other hand, that the courts are independent in the exercise of their functions, are not subject to interferences from the legislative power, the executive power or individuals.

The principle of the independence of justice, as underlined in Article 124 paragraph (3) of the Constitution of Romania, comes from the separation of powers, from the need for a balance between the authorities exercising the State power<sup>4</sup>. This inherent principle<sup>5</sup> of separation of powers provides the judges the freedom to settle, only under the law, the cases with which they are vested, having the significance of the fact that judges cannot be subject to any interference from the other public authorities. Also, it includes both the obligation of judges to solve the cases only under the law, and on the other hand, the obligation of all the public authorities to refrain from any interference in the judicial activity<sup>6</sup>.

In this context it is to be mentioned that the Romanian Constitutional Court decided that judicial review of a sentence (rendered through the appeal to a judicial decision, by a superior court) did not represent a limitation of the independence of justice, as the judicial review is always a posterior one, without being possible to influence the judge who initially gave the judgment subject to judicial review<sup>7</sup>. The guidelines given by a court of appeal are mandatory for the judges of inferior courts, and these guidelines have nothing to do with a situation that is not allowed, for ex., it is not legally allowed for a judge to receive guidelines about how to judge a specific case.<sup>8</sup>

On the other hand, the Romanian Constitutional Court mentioned in some of its decisions that "in all the legislations the interference of the superior courts is admitted within the system of legal remedies, not violating the principle of the independence of justice"<sup>9</sup>, the same concerns also the case-law of the European Court of Human Rights referring to the concept of

<sup>2</sup> As for the constitutional principle referring to the independence of judges, see, at large, M.V. Ciobanu, *Constituția României, Comentariu pe articole*, coordinators I. Muraru, E.Tănăsescu, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2008, p. 1221-1225.

<sup>3</sup> Decision no. 872 of 25 June 2010, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 433 of 28 June 2010.

<sup>4</sup> Decision no. 360 of 12 December 2002, published in the Official Gazette no.148 of 7 March 2003.

<sup>5</sup> Decision no. 332 of 27 November 2001, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 113 of 12 February 2002.

<sup>6</sup> Decision no. 360 of 12 December 2002, previously cited.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Decision no. 332 of 27 November 2001, previously cited.

<sup>9</sup> Decision no. 26 of 18 January 2011, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 113 of 14 February 2011.

"independent court", as laid down in Article 6 paragraph 1 of the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms.<sup>10</sup> Moreover, the judicial review of the court decision through the appeal is based on the provisions of Article 129 of the Romanian Constitution, mentioning that "*Judicial decisions may be appealed against by the parties concerned and by the Public Ministry, according to the law*"<sup>11</sup>.

As for the other approach of the independence of judges – their personal, individual independence, it can be noticed that it is linked to their legal Statute and status. Mainly, the criteria for evaluating and ranking the personal independence are the following: the recruitment of judges, the length of the appointment, the removal from office, the collegiality, the legal provisions establishing their salaries, the freedom of expression of judges and their right to set up professional organisations (in order to defend their professional interests), the incompatibilities, the interdictions, the continuous training and last but not the least the responsibility of judges.<sup>12</sup>

The establishment of these criteria is based on certain constitutional provisions and international documents concerning the independence of justice. Thus, we have in view the provisions of Article 125 of the Constitution of Romania, providing that "*Judges appointed by the President of Romania are irremovable, according to the law. Proposals for appointment, and the promotion, transfer and sanctions applied to judges shall be within the competence of the Superior Council of Magistracy, as provided by its own organic law. The office of a judge is incompatible with any other public or private office, except that of an academic professional activity*".

It should also be mentioned the "*Fundamental principles concerning the independence of magistracy*", adopted by the Seventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice (Milano, 26 August – 6 September 1985) and confirmed by the United Nations Organization General Assembly by resolutions no. 40/32 of 29 November 1985 and no. 40/146 of 13 December 1985, which expressly hold by Article 11 that "*the term of office of judges, their independence, their security, the adequate remuneration, the working conditions, the pensions and the retirement age are adequately secured by law*".

The same is the "*Recommendation No. R (94)12 concerning the independence, effectiveness and the role of judges*", adopted in 1994 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, which underlined the importance of the independence of judges to strengthen the pre-eminence of law in democratic States and in the light of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as of the "[United Nations Organization] *Fundamental principles concerning*

<sup>10</sup> Case Pretto and others v Italy, 1983.

<sup>11</sup> Decision no. 26 of 18 January 2011, previously cited.

<sup>12</sup> Decision no. 872 of 25 June 2010, previously cited.

*the independence of magistracy*" and established, among other important measures that Member States are to adopt, that "to ensure that the statute and remuneration of judges are equal to the dignity of their profession and responsibilities assumed". It is also worth mentioning from the "European Charter on the Statute of Judges", adopted in 1998, which [at Article 6.4] provides that "It specifies in this context that judges who have reached the age of judicial retirement after the requisite time spent as judges must benefit from payment of a retirement pension, the level of which must be as close as possible to the level of their final salary as a judge".

The Constitutional Court of Romania mentioned in some of its decisions that the respective principles and measures regarding the statute and the rights of magistrates are in direct relation with the provisions of Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights and with the provisions of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, referring to the *fundamental right of any person to be judged by a competent, independent and impartial law court, established by law*.

In Romania, the justice reform, during the last years, has been part of the overall reform of the society, respectively the creation of an independent, impartial, credible and efficient judicial system. In this context, the Constitutional Court was asked to issue an a priori decision and has analysed, *inter alia*, aspects referring to the term of office of the sitting judges of the High Court of Cassation and Justice; the termination or, respectively, the shortening of all terms of office in exercise; the legal duty of the Superior Council of Magistracy to submit each year a report to the Parliament on the justice system and its activity. The measures concerning the removal of the global economic crisis' consequences referring to the entire Romanian society, and thereby the judiciary have also been subject to constitutional review.

I would like to briefly describe the jurisprudence of the Romanian Constitutional Court on these important aspects:

**1. Referring to the term of office of the sitting judges of the High Court of Cassation and Justice:**

The Constitutional Court decided that, in order to practice certain professions, including that of magistrates, considering the importance and the complexity of the duties to be accomplished within these professions, reasonable age limits can be established, in relation with the biological, physical and mental human skills and capacities, influenced by age in a certain manner. The Court decided that this age limit should not be mandatory the same as the standard age to retire. In the case of magistrates, the maximum age limit at which they can exercise their profession is 70 years old or 68 years old, as it is laid down in the respective legislations of almost all European States.

The Court indicated that the prohibition to maintain in the office after reaching the retirement age for the judges, prosecutors and the respective staff appears to be discriminatory, contrary to the principle enshrined by Article 16 paragraph (1) of the Constitution<sup>13</sup>, in relation to the other categories of citizens benefiting of the general principles of the public pensions system [on which the regulations of Law no. 19/2000 are based]. According to these principles, based on the provisions of the Constitution, retirement is a fundamental right of each citizen, and not an obligation, and the application for retirement is made at the request of the right's holder, not being required by any legal provisions.

The Constitutional Court found that the respective legal provisions also violate the principles of independence and irremovability of judges, provided by Article 124 paragraph (3) and Article 125 paragraph (1) of the Constitution, in that they are dismissed, with or without retirement, regardless of whether or not they have the capacity to continue their activity, whether or not they are still professionally appropriate.

In its decision, the Court mentioned also that the legal provisions aiming to oblige the magistrates to retire at a so-called "standard age" (as other professions) is contrary to the provisions of Article 155 paragraph (5) of the Constitution, according to which the sitting judges of the High Court of Cassation and Justice "*shall continue their office until expiration of the term of office for which they serve following appointment*".

2. Regarding the term of office of the magistrates having leading positions, as well as the termination or the shortening of all terms of office during their exercise:

The Romanian Constitutional Court decided in 2005<sup>14</sup> that the legislator is free to resize, by a new law, the length of the terms of office of the leading positions in a different way than the law in force, but only for the future, not for the current terms of office, otherwise it would mean to violate the rule of the non-retroactivity of a law, which is a constitutional rule, provided by Article 15 paragraph (2) of the Constitution<sup>15</sup>.

Moreover, the Court mentioned that the removal from office of all judges and prosecutors having leading positions, appears as an individual measure that exceeds the legislative power competence and improperly interferes with the judicial power, article 1 paragraph (4) of the Constitution of Romania on the separation of powers is also being violated<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Pursuant to Article 16 paragraph (1) of the Constitution of Romania, "Citizens are equal before the law and public authorities, without any privilege and or discrimination".

<sup>14</sup> Aspects mentioned in the recitals of Decision no. 375/2005.

<sup>15</sup> Pursuant to Article 15 paragraph (2) of the Constitution of Romania, "The law shall only take effect for the future, except the more favourable law which lays down penal or administrative sanctions".

<sup>16</sup> Decision no. 375/2005, previously cited.

3. Concerning the reduction by 25% of the salaries, in the context of the global economic/financial crisis:

In this regard, the Constitutional Court decided<sup>17</sup> that the remuneration of judges is not the only factor that ensures the independence of the judiciary with the observance of the conditions provided by Article 53 of the Romanian Constitution and its temporary reduction does not create a threat to the independence of the judiciary, considering also that the salaries' temporary cut has been introduced for all categories of budgetary staff. The rights of a certain socio-professional category cannot be seen in an absolute manner, but shall be regarded in the context of the principle of equality, namely the intangibility or increase of benefits granted to a group automatically means the worsening of another group of persons.

However, the Romanian Constitutional Court mentioned in its decisions of 2010, that judicial power is a part of the entire Romanian society and should be integrated in, and its needs must be approved and observed by the society and judicial power itself, as well as the executive and the legislative power have an important role to play in ensuring it. The Court underlined that during the economic crisis, social solidarity means also that each citizen assumes a proportional responsibility for eliminating the crisis' consequences and that judges shall act in solidarity with other citizens of the country.

4. Referring to the pension of magistrates (the so-called service pension or special pension).

The Court found that the constitutional statute of magistrates - statute developed by organic law and containing a series of incompatibilities and interdictions, as well as the responsibilities and risks that involves the exercise of these professions – requires the grant of a service pension as a component of the independence of justice, guarantee of the rule of law, provided by Article 1 paragraph (3) of the Constitution.

Thus, deciding within the a priori constitutional review, the legal texts that eliminated "*the service pensions of judges, prosecutor and respectively Assistant-Magistrates of the Constitutional Court* – were declared unconstitutional<sup>18</sup> in 2010.

The Constitutional Court underlined that the service pension/special pension of magistrates represents a compensation of the absence of certain fundamental rights, such as the exclusively political rights<sup>19</sup> and the socio-

---

<sup>17</sup> See in this respect Decision no. 872 of 25 June 2010, previously cited.

<sup>18</sup> Decision no. 873 of 25 June 2010, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 433 of 28 June 2010.

<sup>19</sup> For instance, to right to be elected in the Chamber of Deputies, Senate, in the position of President of Romania or I the local administration bodies, as well as the right to be elected in the European Parliament.

economic rights<sup>20</sup>, as well as of the incompatibilities established at constitutional level during the entire professional carrier<sup>21</sup>. It is also noted that the interdictions provided by the **Statute of judges and prosecutors**<sup>22</sup> are added to these incompatibilities, and, on the other hand, the fact that a judge should get a salary from a special or service pension taking into account the responsibilities and risks of the profession of judge, that concern, as a whole package, the entire length of his/her career<sup>23</sup>.

5. Referring to the legal duty of the Superior Council of Magistracy<sup>24</sup> to submit every year a report to the Parliament on the actual status of justice and on its own activity:

This legal provision was criticised from the perspective of a possible violation of the Article 1 paragraph (4) of the Romanian Constitution, referring to the separation of powers of the state, as well as possible violations of articles 124 and 126 of the Romanian Constitution, referring to the independence of justice and its administration only through courts of justice.

The Constitutional Court<sup>25</sup> found that such a criticism is unjustified: the legal provision that obliges the SCM to draft a report on the existing status of the judiciary, as well as on its own activity, to submit it to the Chambers of the Parliament and to publish it in the Official Gazette of Romania, gives substance to the principle of separation and balance of powers – as stated in Article 1 paragraph (4) of the Constitution, which requires mutual collaboration and information between powers of the state and public authorities.

Considering the above-mentioned aspects, please allow me to conclude by mentioning that the independence of judges means, first of all, the removal of any possible influence so that, within the judicial activity, the law courts, respectively the judges ground their activity only on the law<sup>26</sup>.

As the Romanian Constitutional Court noted in its jurisprudence, the constitutional principle of the independence of judges necessarily involves their responsibility (no matter if it is a civil liability, a criminal one or a

<sup>20</sup> For instance, the right to collective negotiations on labor, the right to strike, economic freedom.

<sup>21</sup> Pursuant to Article 125 paragraph (3) of the Constitution of Romania, the position of judge is incompatible to any other public or private function, except the teaching positions in higher education. Law no. 303/2004 on the statute of judges and prosecutors, republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 826 of 13 September 2005.

<sup>22</sup> Decision no. 873 of 25 June 2010, previously cited.

<sup>23</sup> Judicial authority has a different chapter reserved in the Constitution of Romania and it includes: law courts, Public Ministry and Superior Council of Magistracy. The Superior Council of Magistracy is provided by the Constitution of Romania at Articles 133-134, being the guarantor of the independence of justice.

<sup>24</sup> Decision no. 375/2005, previously cited.

<sup>25</sup> I. Vida, Conference of Heads of Institutions of the Association of Constitutional Courts using the French language (A.C.C.P.U.F.) on the "Independence of judges and courts", Bucharest, 2005.

<sup>26</sup> Decision no. 2 of 11 January 2012, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 131 of 23 February 2012.

disciplinary one), as the independence of the judge is not and cannot be interpreted as a discretionary exercise of their powers and duties.

However, it is the final role of the legislator to implement the necessary balance between the independence and the responsibility of judges, with the observance of the constitutional provisions in this field, and of the commitments assumed by Romania through the European and International treaties to which it is a party,<sup>27</sup> as the separation of powers does not mean the lack of control mechanisms and tools between State powers and authorities, on the contrary it involves the existence of a mutual control, as well as balance between the exercise of their duties<sup>28</sup>.

### РЕЗЮМЕ

Статья 126 Конституции Румынии гласит: "Правосудие осуществляется Верховным судом правосудия и остальными судебными инстанциями, установленными законом". Кроме того, в соответствии со статьей 124 Основного Закона правосудие осуществляется именем закона. Судьи независимы и подчиняются только закону.

И доктрина, и прецедентное право подчеркивают, что вопрос независимости правосудия должен быть рассмотрен в двух аспектах: в функциональном и личном или субъективном.

Функциональная независимость требует, чтобы судебные органы не относились ни к исполнительной, ни к законодательной власти, были независимы при осуществлении своих полномочий и не подвергались никакому влиянию со стороны законодательной и исполнительной властей или их должностных лиц.

Конституционный принцип независимости судей обязательно предполагает их ответственность.



<sup>27</sup> Decision no. 637 of 3 October 2006, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 914 of 9 November 2006.

## ОБЪЕКТИВНОСТЬ РЕШЕНИЙ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО НОРМОКОНТРОЛЯ

**АЛЕКСЕЙ ЛИВЕРОВСКИЙ**

*Заведующий Кафедрой конституционного права  
Санкт-Петербургского государственного экономического  
университета*

Положение органов конституционного нормоконтроля в системе разделения государственной власти является предметом интенсивного обсуждения как в политическом, так и в конституционно-правовом аспектах. Полемика основывается на анализе решений конституционных судов и стимулируется тем значением, которое эти решения имеют в политико-правовом пространстве государства. Доктринальные позиции ученых по этому вопросу разнятся в широком диапазоне - от попыток выведения органа конституционного нормоконтроля из системы органов государственной власти до полного отождествления его с судами общей юрисдикции, настаивая в этой связи на исключении для органа конституционного нормоконтроля возможности нормативного регулирования общественных отношений. Одни правоведы считают, что "конституционный суд - это суд над властью"<sup>1</sup>, а другие указывают на нарушение принципа разделения государственной власти решениями органа конституционного нормоконтроля, которые они трактуют как непосредственный нормативный регулятор общественных отношений. При этом большинство ученых признают необходимость именно судебной формы для органа конституционного нормоконтроля с ее общеобязательностью решений и строгой, нормативно обусловленной процедурой их принятия, особенно необходимой для государств с "молодой демократией". В то же время в научной среде состоялось общее понимание того, что природа и правовое содержание решений органов конституционной юстиции и традиционных судов различны.

Вашему вниманию предлагаются рассуждения, позволяющие сделать выводы о правовой специфике решений органов конституционной юстиции и вытекающих из неё особенностях конституционного судопроизводства.

Библейские тексты, независимо от признания того или иного начала

<sup>1</sup> Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011.



источником мироздания, являются плодом человеческого разума. Обнаруживаемые в них правовые конструкции можно трактовать как модели способов регулирования общественных отношений, сложившиеся в процессе развития цивилизации и ставшие предтечами различных направлений современного научного моделирования. Поэтому разумно, убедившись в их естественной и общей для человеческого сознания (или подсознания!) природе, использовать их как достоверный источник для понимания современных правовых категорий.

Обратимся к десяти заповедям<sup>2</sup>, написанным, согласно Библии, на каменных скрижалях Богом и переданных Моисею. Для разрешения конфликтов обращающихся к нему людей Моисей - первый судья - не только принимал решения по конкретным делам, но для их разрешения толковал заповеди. Заповеди и по форме, и по содержанию являются правовыми принципами<sup>3</sup>, категоричное значение которых соответствует современному естественно-правовому пониманию. Моисей от имени Бога, исходя из десяти заповедей (толкуя их), создавал новые правовые принципы, тем самым устанавливал правопорядок и пророчествовал. С определенной долей условности можно заключить, что так создавалось развивающееся естественное право - Закон Божий, основными структурными элементами которого являлись правовые принципы<sup>4</sup> - объективно действующие регуляторы общественных отношений. Подобную конструкцию формирования естественного права предлагает и признанный авторитет в еврейском праве Менахем Элон: "В каждой юридической системе можно обнаружить некие фундаментальные принципы, на базе которых образовались все остальные. Эти основные принципы незыблемы и неизменны. В еврейском праве это повеления Божьи в том виде, в каком они выкристаллизовались в Торе"<sup>5</sup>. С точки зрения современных конституционных понятий, десять заповедей - это система правовых фундаментальных принципов, реализующих иерархию гуманистических ценностей во главе с высшей ценностью - "жизнью человека"<sup>6</sup>. То, что заповеди реализуют высшую ценность - "жизнь человека", прочитывается во всех запове-

<sup>2</sup> Библия / Российское Библейское Общество. - М., 2000. "Исход". Гл. 20. ст. 3-17.

<sup>3</sup> Юридический (естественно-правовой), не легистский подход к пониманию права характеризуется тем или иным способом отделения "права" от "закона". Юридическое правопонимание представляет естественное право как нечто объективное, исходящее от Бога (в религиозной трактовке) или от природы разума человека (в светской интерпретации), не зависящее от воли законодателя, и, что еще более важно - от произвола государственной власти. Современные исследователи считают основной категорией естественного права правовой принцип.

<sup>4</sup> Во всех библейских текстах основные категории Закона Божьего лексически обозначаются как "уставы Божьи и законы его".

<sup>5</sup> Менахем Элон. Еврейское право. Под общ. ред. И. Ю. Козлихина. Спб.: - Изд. "Юридический центр Пресс", 2002.

<sup>6</sup> Мне можно возразить, что высшей ценностью системы заповедей является "Бог", с чем я немедленно соглашусь, но представляется, что в рамках построения именно конституционной модели предлагается выбрать "жизнь человека" как высшую ценность, тем более что, безусловно, вера сохраняет и продлевает жизнь человека.

дах, например, в заповеди, реализующей вытекающие из высшей ценности социальные, семейные ценности: *"Почитай отца твоего и мать твою, как повелел тебе Господь, Бог твой, чтобы продлились дни твои, и чтобы хорошо тебе было на той земле, которую Господь, Бог твой, дает тебе"*<sup>7</sup>. В содержании правовых принципов Моисея также можно выявить реализацию высшей для Библии ценности - "жизнью человека": *"...Слушайте законы, которые я научаю вас исполнять, дабы вы были живы и размножились..."*<sup>8</sup>. Правовыми принципами являются и напутствия Моисея назначенным им судьям. Новеллы напутствия можно считать установлением принципов демократического судопроизводства: *"...Выслушивайте братьев ваших и судите справедливо, как брата с братом, так и пришельца его, не различайте лиц на суде, как малого, так и великого выслушайте ..."*<sup>9</sup>. Исходя из текста "Исхода", можно восстановить в современных терминах и введенную Моисеем, в связи большим объемом обращений, судебную систему. Назначенные им судьи *"...судили народ во всякое время; о делах важных доносили Моисею, а все малые дела судили сами"*<sup>10</sup>. В данном случае описывается не инстанционная судебная система рассмотрения одних и тех же дел в иерархии судов, а система разграничения компетенции между назначенными Моисеем судьями, рассматривающими обычные дела, применяя Закон Божий и, возможно, образуя прецеденты, и Моисеем, разрешающим *специальные* дела, которые требуют толкования заповедей и создания новых правовых принципов. Отметим, исходя из библейских текстов<sup>11</sup>, что разрешение судебных дел Моисей поручает не только судьям, но и священникам, которые, в отличие от судей, толковали заповеди, но не социальные принципы, а религиозные, и уточняли порядок религиозных предписаний. Таким образом, для обеспечения верховенства Закона Божьего в судебной деятельности и развития совокупности правовых регуляторов осуществлялось размежевание действий по применению религиозных предписаний и собственно правовых принципов<sup>12</sup> - разрешению конкретных дел и созданию новых правовых принципов - развитию естественного права.

Исследование правовых принципов Закона Божьего позволяет обнаружить формы воплощения в библейских текстах конституционных идей. Их первичную реализацию, в том числе появление в этнических сообществах демократических институтов, Г. Г. Арутюнян определяет как начальное развитие конституционной культуры - исторически сложившейся, обогащенной опытом поколений и всего человечества цен-

<sup>7</sup> Библия / Российское Библейское Общество. - М., 2000. "Второзаконие". Гл. 5, ст. 16.

<sup>8</sup> Там же. "Второзаконие". Гл. 4, ст. 1.

<sup>9</sup> Там же. "Второзаконие". Гл. 1, ст. 16.

<sup>10</sup> Там же. "Исход". Гл. 18, ст. 26.

<sup>11</sup> Там же. "Второзаконие". Гл., ст. 9.

<sup>12</sup> Возможно, эта ситуация является модельным истоком будущего конфликта двувластия в средневековых государствах - религиозной и светской властей.

ностной системы убеждений, представлений, правосознания. В основе образования конституционной культуры лежат *этнические обычаи* и традиции, моральные нормы, *религиозные* каноны, которые исполнялись и сохранялись как обязательные условия поведения для представителей определенной социальной общности<sup>13</sup>. Уровень развития конституционной культуры, отраженный в библейских текстах, позволяет сделать вывод, что для еврейского народа Библия была реализованной протоконституцией, просуществовавшей несколько сотен лет. Петр Баренбойм справедливо считает бесценным для конституционалистов юридическое содержание библейских текстов<sup>14</sup>.

Кроме условной конституционной модели библейские тексты представляют конструкцию специфического судопроизводства, в рамках которого не только разрешались споры о праве, но и обеспечивалось как верховенство этого права, так и его развитие.

С развитием конституционной культуры и с уменьшением религиозного влияния на государственность постепенно на уровень такой ценности, как "жизнь человека" выходит новая высшая конституционная ценность - "достоинство человека". В этом плане примечательна мысль Н. С. Бондаря о том, что категория "достоинство человека", которая "генетически имеет нравственно-этическое происхождение", является "основой базисных ценностей современного конституционализма"<sup>15</sup>. Ценность "достоинство человека" реализуется как высшая в современных конституционных моделях - конкретных системах фундаментальных конституционных принципов, заложенных в соответствующих конституциях. Исчерпывающую характеристику конституционным принципам даёт Г. А. Гаджиев: "Конституционные принципы, являясь, естественно, разновидностью правовых принципов, представляют собой базовые мировоззренческие юридические предписания, прибывающие в "свернутом виде". Они характеризуются наивысшей степенью нормативной обобщенности, неконкретным юридическим содержанием (не норма! - А.А.Л) и в силу этого - высоким потенциалом разностороннего развития посредством формирования развивающихся представлений о них. Не будучи до конца распознанными, они реальны, но вместе с тем представляют собой некое таинство и потому, подобно притчам в священных текстах, обладают мистическим содержанием"<sup>16</sup>.

Роль Моисея в современных конституционных государствах в каком-

<sup>13</sup> *Narutunian G. G.* Constitutional culture: The lessons of history and the challenges of time. - Yerevan, 2009.

<sup>14</sup> *Баренбойм П.Д.* 3000 лет доктрины разделения властей. Суд Сьютера. - М.: "Российская политическая энциклопедия", 2003.

<sup>15</sup> *Бондарь Н.* Достоинство личности в аксиологической системе конституционного правосудия // Альманах "Конституционное правосудие в новом тысячелетии". - Ереван, 2014.

<sup>16</sup> *Гаджиев Г.А.* Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2(63).

то плане (образно говоря) играют органы конституционной юстиции. Моисей разрешал конкретные судебные дела (по крайней мере, до назначения других судей), толкуя заповеди, и был "правотворческим органом" - создавал право. Органы конституционной юстиции обеспечивают верховенство конституции, но правовая природа принимаемых решений такова, что в их деятельности можно выделить не только традиционно судебную, но и правотворческую составляющую.

Для решения вопроса о соответствии конкретного закона конституции органы конституционного нормоконтроля, исходя из системы фундаментальных конституционных принципов (толкуя их в совокупности), создают правовые позиции (или используют уже созданные), логически обусловленная последовательность которых приводит к искомому выводу - резолютивной части решения<sup>17</sup>. Г.А. Гаджиев рассматривает правовые позиции органа конституционной юстиции как правовые принципы, пригодные для разрешения группы сходных юридических коллизий, имеющие общеобязательное значение и представляющие собой "выявленное судом кристаллизованное право"<sup>18</sup>. И, если считать определенную совокупность фундаментальных конституционных принципов (конституционную модель) структурной основой Права Конституции<sup>19</sup>, то "выкристаллизовавшиеся" из нее правовые позиции и являются развитием этого права. Таким образом, основой для принятия судебного решения, сформулированного в его резолютивной части, являются правотворческие действия органа конституционной юстиции по объективизации общественных отношений - созданию права в его "естественно-конституционном" понимании.

Какова значимость этих абстрактных рассуждений, доктринальных конструкций, имеющих библейское происхождение, для оценки сегодняшнего уровня развития конституционных правоотношений? Оказывается, предложенная теоретическая модель позволяет уточнить, мо-

<sup>17</sup> Исходя из теоретического представления о том, что все методы познания действительности имеют общую природу как результат развития человеческого разума, представим на сей раз математическое определение понятия (аксиоматическая модель в рамках теоретико-множественной концепции), очень похожее на то, что понимается под мотивировочной частью решения органа конституционной юстиции. Логический вывод - это "рассуждение с целью установить истинность какого-либо утверждения; это рассуждение опирается на систему аксиом (совокупность фундаментальных конституционных принципов - А.А.Л.) и состоит в последовательном переходе от этих аксиом к новым гипотезам (принципам - правовым позициям - А.А.Л.), логически связанными с предыдущими. В ходе такого рассуждения возникает конечная цепочка последовательно выдвигаемых гипотез, одни из которых принимаются как новые (если решение состоялось - А.А.Л.), а каждое из остальных логически следует из некоторых ранее сформулированных в этом выводе гипотез (или в ином состоявшемся решении - А.А.Л.); последним в выводе должно быть утверждение, истинность которого обосновывается этим рассуждением".

<sup>18</sup> Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах: Сб. докладов. - М., 1999. - С. 116.

<sup>19</sup> Ливеровский А.А. О правопонимании в конституционной юстиции // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 6.

жет быть даже осознать по-новому знаковые правовые понятия, которые прежде воспринимались исключительно в привычной, позитивистской парадигме: право - это закон; суд - правоприменительный орган, осуществляющий правосудие; судья должен быть беспристрастен!

Воспользуемся понятием правоприменительной деятельности, разработанным С.С. Алексеевым для судов общей юрисдикции<sup>20</sup>. Правоприменительная деятельность рассматривается как "организационное выражение применения права, представляющее собой систему разнородных правоприменительных действий". Автор рассматривает следующие её стадии:

- установление в судебном порядке фактических обстоятельств дела путем исследования и оценки доказательств, предлагаемых сторонами в установленных соответственным судопроизводством средствах доказывания: свидетельских показаний, экспертных заключений и т.д.;
- установление юридической основы дела: выбор норм закона и их особое "правоприменительное толкование";
- на основе установленных судом фактических обстоятельств, выбора и уяснения норм закона принятие решения по юридическому делу.

Выполнение судом правоприменительных действий первой стадии носит субъективный, оценочный характер, во многом зависит от усмотрения судьи. Действия второй стадии также находятся под влиянием субъективного усмотрения. *Установленные судом фактические обстоятельства* подводятся под норму закона, то есть проводится распространение общих правил на конкретные жизненные обстоятельства. Судья делает выбор из нескольких альтернатив, каждая из которых законна, но сам выбор субъективен, правда, при этом он "должен действовать не механически, а взвешивать, обдумывать, получать впечатления"<sup>21</sup>. Отметим также, что широкое поле для субъективизма при выработке судебного решения предоставляют и нормы действующего законодательства, содержащие неопределенные оценки: "разумный срок", "разумные пределы" и др. Выполнение данных правоприменительных действий, имеющих оценочный характер, допускает возможность влияния на усмотрение судьи субъективных факторов. Поэтому для обеспечения справедливости правосудия необходимо, чтобы оценка представленных сторонами доказательств, выбор и толкование норм закона происходили в условиях исключения возможного влияния субъективных факторов на принятие судьёй решения. Для этого в "традиционных" судопроизводствах вводится институт отвода судьи, дающий возможность устранять даже сомнения в беспристрастности судьи.

<sup>20</sup> Алексеев С.С. Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. - С. 525.

<sup>21</sup> Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежный компоненты. - М.: Норма, 2008.

Действия, предваряющие принятие решения судьями органа конституционной юстиции, имеют содержательно иной характер. В самом общем плане их описание дается Федеральным конституционным законом "О Конституционном Суде Российской Федерации". В его статье 3 определено, что "Конституционный Суд Российской Федерации решает *исключительно* (выделено мной - А.А.Л) вопросы права и воздерживается от установления и исследования фактических обстоятельств во всех случаях, когда это входит в компетенцию других судов...". От первого прочтения этой нормы возникает ощущение коллизии<sup>22</sup>. Однако следует различать судебное установление действительно содержательных фактических обстоятельств (например, установление наличия кворума на заседании представительного органа государственной власти при принятии рассматриваемого судом закона) и формальную проверку Судом статусных данных участников процесса, производимую во всех судебных органах. Более глубокое процессуальное различие и его более точное законодательное закрепление должно быть определено между судебным *установлением* фактических обстоятельств и *исследованием* фактических обстоятельств (например, статистических данных, привлеченных Конституционным Судом Российской Федерации для создания правовой позиции)<sup>23</sup>. В любом случае, рассмотрение фактических обстоятельств должно носить лишь служебный характер, не связанный с правовым содержанием решений органа конституционной юстиции.

Итак, орган конституционной юстиции не должен устанавливать фактические данные, а должен решать исключительно вопросы права. Из предложенной выше модели мотивировочной части следует, что решение вопросов права, соответствующих полномочию по конституционному нормоконтролю, осуществляется правотворческими действиями, имеющими в своей основе объективный характер. Каждый судья этого коллегиального органа<sup>24</sup> создает проект мотивировочной части решения, содержание которой повторяет структуру модели, но с его

<sup>22</sup> Совокупность двух приведенных законодательных установлений порождает смысловую, а значит, и правовую коллизию. Исходя из буквального смысла закона, Конституционный Суд Российской Федерации, разрешая "исключительно вопросы права", ни в каких случаях не может устанавливать в судебном порядке фактические обстоятельства с использованием традиционных для обычных судов средств доказывания. При этом не ясно в таком случае, о каком установлении, каких фактических обстоятельствах идет речь в статьях 64 и 75 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации".

<sup>23</sup> Более подробные теоретические рассуждения и связанные с ними законодательные предложения см. в работе: *Ливеровский А.А.* Научная состоятельность перспективы конституционной универсализации нормоконтроля в Российской Федерации // Сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции, посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации. 12-13 мая 2013 г. - Тверь: ТГУ, 2013. - С. 221-226.

<sup>24</sup> В идеальном плане предполагается, что каждый из судей составляет собственный проект мотивировочной части решения. На практике обычно обсуждается проект судьи-докладчика, что не исключает, при концептуальном или частичном несогласии любого из судей, появления особого мнения, отражающего его правовые позиции, отличные от общего мнения.

собственными правовыми позициями, выведенными из совокупности фундаментальных конституционных принципов. Если орган конституционной юстиции проголосует за предложенный проект судьи, правовые позиции судьи станут правовыми позициями суда и правотворческие действия судьи обретут объективный характер.

Институты, реализующие традиционные принципы правосудия, в том числе институт отвода судьи, были перенесены из гражданского судопроизводства в конституционное (внесены в Федеральный конституционный закон "О Конституционном Суде Российской Федерации"). В судебной практике российского органа конституционного нормоконтроля отмечены лишь две попытки отвода судьи от участия в рассмотрении дела<sup>25</sup>. В обоих случаях ходатайство об отводе судьи от рассмотрения дела обосновывалось обнаружением опубликованных у судьи правовых позиций, имеющих отношение к предмету рассматриваемого дела, что вызвало сомнение у заявителей в беспристрастности судьи. Ходатайства не были судом удовлетворены. Решения суда об отказе в удовлетворении ходатайств вполне обоснованы - существование априорных правовых воззрений, заявленных судьей публично, свидетельствует не о возможности субъективного усмотрения судьи в конкретном деле, а о его состоявшемся судебском убеждении, а их объем - об уровне квалификации, столь необходимой для разрешения дел по конституционному нормоконтролю. Добавлю, что сложившийся до начала карьеры и в ее рамках публичный "политико-правовой облик" судьи должен стать гарантией его независимости<sup>26</sup>.

Положения закона об отводе судьи, перенесенные в конституционное судопроизводство из гражданского, оказались "спящими", и, все же в доктринальном плане следует поставить вопрос об уместности самого критерия "беспристрастность" применительно к действиям судьи органа конституционной юстиции в рамках разрешения дел по конституционному нормоконтролю. Предлагаемая теоретическая модель создания правовых позиций суда как коллективного творца права исключает влияние субъективных факторов на действия в конституционном судопроизводстве конкретного судьи, поэтому традиционное понимание судебской беспристрастности применительно к конституционной юсти-

<sup>25</sup> Судью Конституционного Суда Российской Федерации Н.В. Витрука пытались отстранить от участия в деле о проверке конституционности Закона Удмуртской Республики от 17 апреля 1996 года "О системе органов государственной власти в Удмуртской Республике". Общеизвестно, что Н.В. Витрук был знатоком удмуртской правовой культуры и его содержательная осведомленность в традициях и обычаях удмуртского народа, с точки зрения заявителя ходатайства, послужила источником сомнений в его беспристрастности и основанием для ходатайства об отстранении от участия в деле. Ходатайство об отводе судьи Г.А. Жилина в деле о проверке конституционности части 2 статьи 333 и части 5 статьи 246.6 ГПК РФ было мотивировано тем, что судья в своем особом мнении по другому, предыдущему делу сформулировал правовые позиции, связанные с предметом рассмотрения данного дела.

<sup>26</sup> Ливеровский А.А. Публичность правовых позиций как гарантия независимости судьи // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 2.

ции теряет свой первоначальный смысл. Подчеркиваю, речь идет о теоретических рассуждениях. Разумеется, судебная практика может предоставить отдельные контрпримеры. Однако одобрение представленных выводов, проясняющих правовую природу конституционного нормоконтроля, поможет избавить действующее законодательство от "белого шума", к сожалению, иногда используемого в конъюнктурных целях.

### SUMMARY

The position of the bodies of constitutional review in the system of separation of powers is a subject of intense debate, both politically and in the constitutional and legal aspects. The polemics is based on the analysis of the decisions of the constitutional courts and is promoted by the value that these solutions exist in the political and legal space of the state. The doctrinal position of the scholars on this matter vary in a wide range of attempts to launch the body of constitutional review of the system of public authorities, to complete its identification with the courts of general jurisdiction and insisting in this regard, to the exclusion of the body of constitutional review of the regulatory capacity of public relations. Some legal scholars believe that "the Constitutional Court is the court over the authorities," while others point to the violation of the principle of separation of state powers by the decisions of the body of constitutional normative control, which they interpret as a direct regulatory control of public relations.

The provisions of the law on disqualification of a judge, which deferred to the constitutional proceedings in civil proceeding, occurred to be "stand by", and yet, in the doctrinal plan the question of the appropriateness of the criterion of "impartiality" with regard to the actions of the judge as the authority of constitutional justice within the framework of resolution of cases on the constitutional review should raise. The proposed theoretical model of creation of the legal positions of the court as the creator of the collective right eliminates the influence of subjective factors on actions in the constitutional proceedings of the judge, so the traditional understanding of judicial impartiality in relation to the constitutional justice loses its original meaning. Of course, the jurisprudence can provide some counter examples. However, the approval of the conclusions presented by clarifying the legal nature of the body of constitutional review will help to relieve the current legislation of the "white noise", which, unfortunately, is sometimes used in tactical purposes.





## CREATING AWARENESS AND PROTECTING FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE SUPREME COURT OF ISRAEL

URI SHOHAM

*Justice of the Supreme Court of the State of Israel*

Dear President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia!

Dear colleagues and friends!

I am happy to be here in Yerevan, Armenia, to celebrate the 20th anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, and to share with you views and ideas in order to maintain and strengthen law and justice in our respective countries.

In the state of Israel, we do not have a written constitution or a Constitutional Court. We adopted the British legal system, therefore we have Magistrates' Courts, District Courts and one Supreme Court.

The Supreme Court deals with criminal, civil and administrative appeals, but mainly, the Supreme Court hears petitions against the government and other public authorities. Those petitions are submitted by ordinary citizens as well as human rights organizations, of which we have many in Israel.

Since the establishment of the State of Israel in 1948, the Supreme Court has stood on guard for fundamental rights and freedoms. In a long line of judgments, Israeli courts, led by the Supreme Court, have recognized basic human and civil rights, determining those rights emanate directly from the character of our state as a democracy.

In 1949, in the early days of the state, the Supreme Court recognized the fundamental right to freedom of occupation as a protected human right that cannot be violated without a proper justification.<sup>1</sup> Later on, in 1953, the Supreme Court addressed the normative boundaries of freedom of expression, in the landmark ruling of *Kol Ha'Am*.<sup>2</sup> The court accepted a petition submitted by a newspaper that was suspended by the Minister of Interior, after publishing an article which stated, inter alia, that the government was warmongering. Justice Agranat, writing for the Court, adopted the "near certainty" test, which allows restriction of freedom of expression in the name of public order, only when there is a probability of real danger to the public peace.

<sup>1</sup> HCJ 1/49 Bejerano v. Minister of Police 2 P.D 80 (1949).

<sup>2</sup> HCJ 73/53 "Kol Ha'am" Co. Ltd v. Minister of Interior 7 P.D. 871 (1953).

Alongside the extensive ruling of the Supreme Court, Israel's parliament, the Knesset, has enacted many laws over the years that aim to strengthen and protect fundamental rights. These include the Women's Equal Rights Law of 1951, the Employment Equal Opportunities Law of 1988, the Equal Rights for Persons with Disabilities Law of 1998, and the Prohibition of Discrimination in Products, Services, and Entry into Public Places Law of 2000, among many others.

Following the Knesset's enactment of two Basic Laws on human rights – Basic Law: Human Dignity and Liberty & Basic Law: Freedom of Occupation – human rights in Israel were upgraded to a constitutional level.

Among these rights, are the rights to life, privacy, property, freedom of occupation, liberty and human dignity. Accordingly, the Supreme Court held that any primary Knesset legislation which contradicts the provisions of the Basic Laws, will be declared unconstitutional.

For example, in 1999, the Supreme Court declared unconstitutional the legislation allowing soldiers to be detained for 96 hours without seeing a judge, due to the law's disproportionate violation of the right to liberty.<sup>3</sup> In another case, the Supreme Court, then headed by Chief Justice Dorit Beinisch, declared legislation that revoked entitlement to income support from owners of vehicles unconstitutional, due to the law's disproportionate violation of the constitutional right to a minimum standard of living. As Chief Justice Beinisch wrote:

"The right to a minimum dignified subsistence is at the heart and core of human dignity. A life of starvation and homelessness and a constant search for help are not a life of dignity. A minimum dignified subsistence is a condition not only for preserving and protecting human dignity, but also for exercising other human rights."<sup>4</sup>

Yet, judicial review on the constitutionality of primary legislation is used moderately, out of respect to the legislature, which expresses the will of the people in a democratic society. Nevertheless, Israel's "constitutional revolution" and the increasing human rights legislation had a major effect on our society, resulting in a significant strengthening of the status of fundamental human rights.

In a judgment given on 16 September 2013,<sup>5</sup> an expanded panel of nine Supreme Court Justices ruled on the constitutionality of the legislation enacted by the Knesset in 2012, in amendment no. 3 of the Prevention of Infiltration Law (Offenses and Adjudication), 5714-1954 (hereinafter: the Infiltration Law), which allowed holding infiltrators in custody for a period of three years.

<sup>3</sup> HCJ 6055/95 Tzemach v. defense minister 53(5) P.D. 241 (1999).

<sup>4</sup> HCJ 10662/04 Salah Hassan v. The National Insurance Institute (not published, 28.2.2012), para. 35.

<sup>5</sup> HCJ 7146/12 Adam v. the Knesset (16.9.2013).

The panel held unanimously that the legislation is unconstitutional, because it disproportionately limited the constitutional right to liberty guaranteed in Basic Law: Human Dignity and Liberty.

Regarding the scope of constitutional relief, the court held, by a majority, that all the arrangements determined in the various provisions of section 30a in the Infiltration Law must be annulled.<sup>6</sup>

It is noteworthy, that after this annulment, the government amended the Infiltration Law twice, in order to overcome the Supreme Court's judgment. In the first amendment, the government limited the custody period to one year, and in the second amendment it was limited to 3 month of custody, with a maximum holding in residence facility for 20 months. The first amendment (one year in custody), and the maximum holding in residence facility in the second amendment (20 months) were found unconstitutional by the Supreme Court and were annulled.

This case is a good example of how the Supreme Court stands on guard for the fundamental human rights, whether the case involves Israeli citizen or infiltrators and foreign workers.

Thank you for your attention.

#### РЕЗЮМЕ

Израиль не имеет писаной конституции и конституционного суда. Он заимствовал британскую правовую систему, и судебная система государства состоит из мировых судов, окружных судов и Верховного Суда.

Верховный Суд рассматривает жалобы по уголовным, гражданским и административным делам, но в основном это обращения против Правительства и других государственных органов. Эти обращения подаются гражданами, а также правозащитными организациями.

На протяжении многих лет парламент Израиля - Кнессет принимал законы, направленные на укрепление и защиту основных прав. Верховный Суд постановил, что любое первичное законодательство Кнессета, которое будет противоречить положениям основных законов, будет признано неконституционным.

Верховный Суд стоит на страже фундаментальных прав человека, несмотря на то, касается данное дело гражданина Израиля или иностранцев.



<sup>6</sup> HCJ 8425/13 Eitan – Israeli Immigration Policy Center v. The Israeli Government (22.9.2014); HCJ 8665/14 Desete v Minister of Interior (11.8.2015), Respectively.

## ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА МОНГОЛИИ ОТНОСИТЕЛЬНО ОБЕСПЕЧЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

СУГАР ДУЛАМ

*Член Конституционного Суда Монголии*

Уважаемый Председатель!

Уважаемые участники Конференции!

Позвольте мне поздравить наших армянских коллег с 20-летием принятия Конституции Армении и создания Конституционного Суда Армении.

Благодарю Вас за тёплый приём и прекрасную организацию этой очень важной Международной конференции.

Конституционный Суд Монголии был создан 1 июля 1992 года. Могу с уверенностью сказать, что Конституционный Суд Монголии сегодня стал важной институцией демократического развития и надёжным защитником и гарантией соблюдения Конституции.

По нашему закону каждый гражданин Монголии может обратиться в Конституционный Суд с жалобой и заявлением, если он считает, что имеется факт нарушения Конституции по любым вопросам. Парламент, Президент, Премьер-министр, Верховный Суд, Генеральный прокурор имеют права обратиться в Конституционный Суд с официальной просьбой по вопросам, связанным с деятельностью государственных органов. Используя эти возможности, Конституционный Суд Монголии имеет возможность играть и играет ныне большую роль в укреплении независимости обычных судов. Вопрос о независимости судей рассматривается не только в рамках его служебного кабинета, но и во всех обстоятельствах его жизни. Доктрина о независимости судей и судов развивается, по-моему, в двух направлениях: во-первых, независимость самих судей, о которой мы много говорили за эти два дня, в связи с чем не хочу повторяться, во-вторых, это самостоятельность судов всех инстанций, т.е суд самой низкой инстанции должен, подчиняясь закону, принимать самостоятельное решение. Понятие независимости судей, самостоятельности судов должно охватывать функциональную, институциональную и финансово-социальную стороны вопроса.

Для обеспечения независимости судебной власти Конституционному Суду необходима широкая база конституционно-правовых норм. В статье 49.1 Конституции Монголии отмечается: "Судьи обладают суверенной независимостью и подчиняются исключительно закону"; в статье 49.2 отмечается: "Президент, Премьер-министр, член правительства и член Верховного Государственного Хурала, должностные лица государственных учреждений, партийной, общественной или любой другой организации и иных органов, отдельные частные лица не могут вмешиваться в деятельность судьи, исполняющего свои обязанности". В соответствии с этим конституционным положением был утвержден отдельный закон. По этому закону при рассмотрении любого дела судьи и состав судей должны заполнять специальную анкету, где отвечают на вопрос - имели ли место попытки воздействия извне на независимость судьи. Заполнение этих анкет будет способствовать выявлению наличия воздействия извне, и на этом основании судья и иные участники могут обратиться в Конституционный Суд.

Хочу привести один факт, который связан с нарушением полномочия судов и срока назначения. По нашему закону Президент страны назначает судей по представлению Генерального совета судов. Но слово "назначить" нельзя понимать так, что "кто назначает, тот управляет". Президент назначает на должность судьи тех кандидатов, которые успешно сдали экзамены.

В 2015 году Президент Монголии в связи с принятием Закона "О юридическом статусе судьи", Закона "О создании суда" издал указ об увольнении с занимаемой должности всех судей и назначении заново судей в соответствии с новым законом, но при этом оставил неназначенными 12 судей, ссылаясь на то, что те якобы имеют какие-то нарушения. Это противоречило статье 51.4 Конституции Монголии, где говорится: "Судья любой инстанции не может быть уволен, кроме как на основании Конституции и закона о суде, по решению компетентного судебного органа или по собственной воле". Жалоба, поступившая в связи с этим, сейчас находится на этапе рассмотрения. Это обстоятельство обеспечивает важную гарантию подтверждения принципа о неувольнении судьи, о его независимости.

По Закону о юридическом статусе юристов, утверждённому Парламентом Монголии 9 марта 2013 года, судьи должны быть членами Ассоциации юристов. При Ассоциации юристов действует Дисциплинарная комиссия. Комиссия имеет право принять соответствующие меры дисциплинарной ответственности судей. В Конституционный Суд поступило заявление, и развернулась очень интересная дискуссия по поводу того факта, что в состав Комиссии, помимо судей, входят также адвокаты, прокуроры и другие юристы. Это нарушает положение закона о том, что "при исполнении обязанностей судьи в ходе судебного разбирательства не допускается участие извне".

Все эти приведенные примеры являются одними из средств обеспечения независимости судей от влияния политических, государственных и других организаций и должностных лиц.

В прошлом году Парламент Монголии вынес решение о создании межрайонных /аймачных/ судов в региональной форме, специализирующихся по уголовным и гражданским делам - уголовный суд аймака или района, гражданский суд аймака или района - в целях сэкономить расходы. В монгольской действительности в тех населённых пунктах, которые находятся далеко друг от друга и где плохо развита инфраструктура, состояние ухудшилось тем, что граждане не могут получить прямой доступ к суду, прямые услуги суда. Конституционный Суд Монголии рассмотрел этот вопрос, и вышеназванное решение было аннулировано на основании нарушения положения Конституции, устанавливающего, что "деятельность суда финансируется из государственного бюджета. Государство экономически гарантирует деятельность суда".

За 23 года своего существования Конституционный Суд Монголии принял к рассмотрению и разрешил 27 заявлений и жалоб, поступивших от граждан по поводу самостоятельности суда, независимости судей, а также защиты законных прав и интересов граждан судом.

Вопрос о действиях или бездействии должностных лиц, связанных с нарушениями конституционных норм, станет вопросом, подведомственным Конституционному Суду, если судья суда любой инстанции или любой гражданин, желающий подать заявление или жалобу о разрешении спорных вопросов, предъявят заявление или жалобу на его рассмотрение и разрешение.

Конституция Монголии гласит, что Совет судов имеет право планировать бюджет деятельности и инвестиции судов всех инстанций и уполномочен внести его на рассмотрение Великого Государственного Хурала, поэтому могу сказать, что суд Монголии имеет экономическую самостоятельность, осуществляя разработку бюджета своей деятельности.

Общеизвестно, что из-за падения цены на сырьё и полезные ископаемые на мировом рынке наступил экономический кризис. Но до сих пор не было разговора о сокращении бюджета судов и финансового обеспечения судей. Но я допускаю возможность сокращения крупных капиталовложений в сферу судебной власти.

Ввиду того, что не было получено никаких жалоб, никаких заявлений или сообщений по вышеупомянутым жизненно важным вопросам, можно сделать вывод, что мы не в полной мере используем или не исчерпываем возможности Конституции, закона о Конституционном Суде или же всё идёт хорошо либо нарушения подобного рода вообще не допускаются. Хотелось бы верить в последнее.

## SUMMARY

The Constitutional Court of Mongolia has become an important institution of a democratic system and a reliable guarantee of the Constitution. The Constitutional Court of Mongolia plays an important role in strengthening the independence of the ordinary courts.

According to the Constitution of Mongolia, the Constitutional Court of Mongolia is the guarantee of the strict observance of the Constitution. However, the Constitutional Court is not empowered to consider cases on its own initiative, without relevant applications from citizens or requests of the competent authorities or entities.

The issue of the independence of the judge is considered not only in the scopes of judicial duty, but also in all the circumstances of his/her life, e.g. professional, personal, administrative, political and economic independence of the judge.

According to the legislation of Mongolia, the President shall be authorized to appoint the judges. However, the term "appoint" does not presume that the President may control them.

The judicial practice of the Constitutional Court of Mongolia is aimed at ensuring the independence of judges, and guaranteeing their protection from political, governmental and other interference.



## О КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ ОСНОВАХ НЕЗАВИСИМОЙ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

СТАНИСЛАВ ДАНИЛЮК

*Судья Конституционного Суда Республики Беларусь*

Уважаемые участники Конференции!

Дамы и господа!

1. В Конституции Республики Беларусь провозглашен принцип самостоятельности и независимости ветвей власти. В соответствии со статьей 6 Основного Закона государственная власть в Республике Беларусь осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную. Государственные органы в пределах своих полномочий самостоятельны: они взаимодействуют между собой, сдерживают и уравновешивают друг друга.

В настоящее время судебную систему в Беларуси составляют:

Конституционный Суд - орган судебного контроля за конституционностью нормативных правовых актов в государстве, осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства;

суды общей юрисдикции, осуществляющие правосудие посредством, гражданского, уголовного, хозяйственного и административного судопроизводства.

Ранее в судебную систему Республики Беларусь входили также хозяйственные суды, однако в 2013 году в рамках проводимой в стране судебно-правовой реформы в результате объединения Верховного Суда и Высшего Хозяйственного Суда был образован единый высший судебный орган по гражданским, уголовным, административным и экономическим делам - Верховный Суд, возглавляющий систему судов общей юрисдикции Республики Беларусь.

Тогда же хозяйственные суды областей (города Минска) были преобразованы в экономические суды областей (города Минска), а военные суды упразднены.

Верховный Суд был наделен полномочиями по организационному, материально-техническому и кадровому обеспечению деятельности судов общей юрисдикции с одновременным исключением соответствующих функций из компетенции Министерства юстиции. На него возложен также ведомственный контроль за соответствием деятельности судов общей юрисдикции требованиям законодательства.



Жизнь показала, что выбранная модель национального судоустройства оправдала ожидания юридического сообщества. Нахождение всех сфер правосудия под общим контролем Верховного Суда позволяет добиваться единообразной судебной практики при применении судами норм различной отраслевой принадлежности.

Немаловажно также, что сегодня полностью исчезли споры о подведомственности или подсудности тех или иных категорий дел. Объединенная судебная система под единым руководством более эффективна и рациональна в управлении, содержит широкие возможности для манёвра в кадровом и финансовом обеспечении.

2. В демократическом государстве судебная власть, как и другие ветви власти, призвана служить обществу. Будучи наделенной полномочиями по контролю за деятельностью всех остальных ветвей власти, судебная власть нуждается в особых гарантиях невмешательства в управление правосудия.

Принцип независимости судебной власти в Республике Беларусь закреплен на конституционном уровне. Согласно статье 110 Конституции судьи при осуществлении правосудия независимы и подчиняются только закону; какое-либо вмешательство в деятельность судей по отправлению правосудия недопустимо и влечет ответственность по закону.

Данные положения нашли развитие в соответствующих нормах Кодекса о судоустройстве и статусе судей, принятого в 2006 году (далее - Кодекс).

Так, в соответствии с частью второй статьи 85 Кодекса независимость судей и народных заседателей обеспечивается установленными законодательными актами порядком их назначения (избрания, утверждения), приостановления и прекращения полномочий, неприкосновенностью, процедурой рассмотрения дел и вопросов, тайной совещания при вынесении судебных постановлений и запрещением требовать ее разглашения, ответственностью за неуважение к суду или вмешательство в его деятельность, иными гарантиями, соответствующими статусу судей и народных заседателей, а также созданием надлежащих организационно-технических условий для деятельности судов.

Воздействие в какой-либо форме на судей и народных заседателей с целью воспрепятствовать всестороннему, полному и объективному рассмотрению конкретного дела или добиться вынесения незаконного судебного постановления влечет за собой ответственность, установленную законодательными актами (часть третья указанной статьи Кодекса).

Частью четвертой статьи 85 Кодекса предусмотрено, что средства массовой информации не вправе предрешать в своих сообщениях резуль-

таты судебного разбирательства по конкретному делу или иным образом воздействовать на судью или народного заседателя.

Кроме того, в Кодексе содержатся нормы о несменяемости судей и гарантиях их неприкосновенности (статьи 86-87).

В Кодексе также детально регламентированы вопросы статуса судей (статья 84), подбора кандидатов на должность судьи (статьи 94 - 98), назначения судей (статья 99), повышения их квалификации (статьи 32, 37, 48 и др.), перевода на другую должность или в другой суд (статья 86), прекращения полномочий судьи (статья 124) и др.

Статьей 128 Кодекса закреплено положение об обеспечении государственной защиты судей и народных заседателей. Более подробно данные вопросы регламентированы Законом от 13 декабря 1999 года "О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих (надзорных) органов, сотрудников органа государственной охраны".

Согласно статье 99 Кодекса судьи судов общей юрисдикции назначаются на должность Президентом Республики Беларусь сроком на пять лет и могут быть назначены на новый срок или бессрочно.

Что касается судей Конституционного Суда, то их независимость обеспечивается особым порядком назначения, сроком их полномочий, высоким социальным статусом, достойным материальным обеспечением, правовым иммунитетом, особым порядком прекращения полномочий и привлечения к ответственности.

В соответствии с законодательством шесть судей Конституционного Суда назначаются Президентом Республики Беларусь, шесть судей избираются Советом Республики. Председатель Конституционного Суда назначается Президентом с согласия Совета Республики.

Судьи Конституционного Суда Республики Беларусь назначаются (избираются) на 11 лет и могут быть назначены (избраны) на новый срок.

Предельный возраст членов Конституционного Суда - 70 лет.

**3.** В целях укрепления судебной системы, обеспечения самостоятельности и независимости судебной власти законодательными актами предусмотрено образование органов судейского сообщества, которыми являются: съезд судей Республики Беларусь, Республиканский совет судей, конференции судей, квалификационные коллегии судей.

Например, квалификационные коллегии судей образуются в целях поддержания высоких стандартов профессиональных и моральных качеств судей, закрепленных в Кодексе чести судьи Республики Беларусь<sup>1</sup>, усиления гарантий их независимости, повышения ответствен-

<sup>1</sup> Кодекс чести судьи, принятый на I съезде судей Республики Беларусь 5 декабря 1997 г., устанавливает правила поведения этического характера, обязательные для каждого судьи Республики Беларусь независимо от занимаемой должности.

ности и дисциплины в работе судов и судей и высокого престижа судейского труда.

Основными задачами квалификационных коллегий судей являются: проведение аттестации судей с учетом их профессионального уровня; осуществление дисциплинарного производства в отношении судей; обеспечение исполнения решений органов судейского сообщества (статья 169 Кодекса).

В зависимости от уровня профессиональных знаний, стажа, опыта работы аттестуемого судьи и занимаемой им должности квалификационная коллегия судей может принять, в частности, следующие заключения:

- о возможности присвоения судье очередного квалификационного класса;
- о возможности присвоения судье более высокого квалификационного класса;
- об оставлении судье ранее присвоенного квалификационного класса;
- о наличии оснований для понижения судьи в квалификационном классе;
- об отсрочке аттестации на срок не более шести месяцев;
- о несоответствии судьи занимаемой должности с ходатайством об освобождении его от должности (статья 105 Кодекса).

Все это свидетельствует о высокой роли органов судейского сообщества в поддержании авторитета судебной власти, обеспечении соблюдения судьями в их профессиональной деятельности и личном поведении требований, предъявляемых к ним Конституцией и иными актами законодательства Республики Беларусь, защите прав и законных интересов судей, содействии реализации гарантий их независимости и неприкосновенности.

Важнейшая составляющая независимости судебной власти - независимость ее бюджета, которая закреплена на законодательном уровне.

Согласно статье 190 Кодекса финансирование судов Республики Беларусь осуществляется за счет средств республиканского бюджета и должно обеспечивать возможность эффективного и независимого осуществления правосудия в соответствии с законодательными актами; расходы на содержание судов предусматриваются в республиканском бюджете на очередной финансовый год отдельными строками. Такой же подход установлен и в Бюджетном кодексе.

**4. Роль Конституционного Суда в укреплении независимости судебной власти в Республике Беларусь вытекает из его компетенции и стоящих перед ним задач.**

В соответствии с частью четвертой статьи 116 Конституции и частью первой статьи 22 Кодекса Конституционный Суд дает заключения о конституционности нормативных правовых актов в государстве по предложениям Президента, Палаты представителей и Совета Республики Национального собрания, Верховного Суда, Совета Министров. Данная функция реализуется Конституционным Судом в порядке последующего конституционного контроля в соответствии с Законом "О конституционном судопроизводстве".

Кроме того, Конституционным Судом с 2008 года осуществляется обязательный предварительный конституционный контроль законов, принятых Парламентом, до подписания их Президентом.

В соответствии с указанными полномочиями Конституционным Судом за указанный период был проверен ряд законов, регулирующих различные аспекты судебной деятельности в Республике Беларусь.

В настоящее время готовится новая редакция Кодекса о судостроительстве и статусе судей, который также будет проверен Конституционным Судом на предмет его конституционности.

В заключение хотелось бы отметить, что в своих решениях и формулируемых в них правовых позициях Конституционный Суд, исходя из принципа верховенства права, путем выявления конституционно-правового смысла норм законов и иных нормативных правовых актов способствует выработке правовых механизмов реализации конституционных положений, в том числе защиты такой важнейшей конституционной ценности, как независимость судебной власти в Республике Беларусь.

Благодарю Вас за внимание.

## SUMMARY

Earlier economic courts were included in the judicial system of the Republic of Belarus, but in 2013 in the framework of the country's judicial and legal reform due to unification of the Supreme Court and the Supreme Economic Court, the Supreme Court as a single supreme judicial body for civil, criminal, administrative and commercial courts was established, which leads the system of courts of general jurisdiction of the Republic of Belarus.

The Supreme Court has the authority on the organizational, logistical and personnel support of courts of general jurisdiction while excluding the respective roles of the competence of the Ministry of Justice. It is also authorized to conduct departmental control over the compliance of the activity of courts of general jurisdiction of the legal requirements.

The practice has shown that the chosen model of the national judicial system has met the expectations of the legal community.

The principle of independence of the judicial power in Belarus is secured at the constitutional level. According to Article 110 of the Constitution, judges are independent in administering justice and subject only to the law; any interference in the work of judges in administering justice is inadmissible and punishable by law.

These provisions were developed in the relevant rules of the Code on Judicial System and Status of Judges, adopted in 2006.

In order to strengthen the judicial power, for ensuring the independence of the judicial power the legislative acts provide formation of the judicial power, which are the Congress of Judges of the Republic of Belarus, the National Judicial Council, Judicial Conference and the qualification board of judges.

Role of the Constitutional Court in strengthening the independence of the judiciary in Belarus derives from its competence and its tasks.

In accordance with Part 4 of Article 116 of the Constitution and Paragraph 1 of Article 22 of the Code, the Constitutional Court determines the constitutionality of normative legal acts in the state on the propositions of the President, the House of Representatives, the Council of Republic of the National Assembly, the Supreme Court and the Council of Ministers. This function is exercised by the Constitutional Court in the exercise of subsequent constitutional review in accordance with the Law "On Constitutional Proceedings."



## РОЛЬ ОРГАНА КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ В РАЗВИТИИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

### МАХКАМ МАХМУДЗОДА

*Председатель Конституционного Суда Республики Таджикистан*

Уважаемый Председатель!

Уважаемые участники Международного форума!

Дамы и господа!

Прежде всего позвольте лично от себя и от имени Конституционного Суда Республики Таджикистан поздравить Вас, уважаемый Арутюнян Гагик Гарушевич, и весь коллектив Конституционного Суда дружественного нам государства Армении со знаменательными праздниками - 20-летием принятия Конституции Республики Армения и 20-летием образования Конституционного Суда Армении и пожелать всем Вам здоровья, благополучия и успехов во благо обеспечения верховенства Конституции Республики Армения.

Также хочу выразить слова благодарности организаторам данного международного форума за его тщательную подготовку и замечательную организацию, а также за радушный прием, который чувствуется с первого дня нашего прибытия в чудесный город Ереван.

Уважаемые участники Конференции!

Одной из фундаментальных ценностей общества является правовое государство, в котором идеи и принципы обеспечивают приоритет закона, гарантии реализации прав и свобод человека и возможности оспаривания законов с целью установления их конституционности, т.е. соответствия праву.

Развитие правового государства предполагает неукоснительное соблюдение положений Конституции, выступающей в качестве правовой основы всей государственности и общественной деятельности в стране.

В правовом государстве система отношений власть-общество-гражданин построена и функционирует на основе принципов, ценностей и норм права. В таком государстве уделяется особое внимание формированию институтов, обеспечивающих верховенство права, общества и государства, права и свободы человека и гражданина, правовую форму взаимоотношений индивида, а также способствующих организации государственной власти на основе принципа разделения властей, подчиненности власти праву.

Одной из важнейших политико-правовых идей, характеризующих понятие правового государства, признается "верховенство закона во всех сферах общественной жизни", и её нерушимость закрепляется в Конституции страны, распространяясь на другие законы и нормативные акты.

Конституция является центром правовой системы. На ее основе создается механизм законности в правовом государстве, о чем свидетельствует статья 10 Конституции Таджикистана, в соответствии с которой "Конституция Таджикистана обладает высшей юридической силой, ее нормы имеют прямое действие. Законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции, не имеют юридической силы".

В правовом государстве обеспечение и охрана действия принципа верховенства Конституции, в частности неукоснительное соблюдение конституционных предписаний, осуществляются органом судебного конституционного контроля и в целом всей системой судов правового государства. Судебная власть, охраняя право, правовые устои государственной и общественной жизни от любых нарушений, обеспечивает правосудие, в котором концентрируются общечеловеческие ценности.

Для того чтобы Конституция стала реально действующим нормативным актом, она должна быть обеспечена правовой защитой, и в условиях современного правового государства только судебный конституционный контроль способен в полной мере обеспечить действенную правовую охрану Конституции.

Осуществлением конституционного контроля в государстве обеспечивается верховенство, стабильность, а также реальность Конституции, выражающиеся:

- в обеспечении конституционной законности в стране, то есть наличии реально действующей системы конституционализма;
- в приоритетном положении Основного Закона страны в системе нормативно-правовых актов;
- в обеспечении устойчивости всей правовой системы и организации государственной власти, определенности отношений между личностью и государством;
- в соответствии конституционных предписаний, складывающихся в действительности, общественным отношениям.

Судебный конституционный контроль относится к числу эффективных средств обеспечения верховенства и непосредственного действия конституционных предписаний, являющихся основой правовой системы демократического государства.

После принятия Конституции и на основе ее норм учреждения Конституционного Суда Республики Таджикистан, конституционное и законодательное определение его полномочий, статуса судей, организа-

ционно-структурного построения, принципов его деятельности положило начало конституционному контролю в Таджикистане, осуществляемому посредством конституционного правосудия.

Можно отметить, что институт конституционного правосудия является одним из исторических достижений конституционализма и в настоящее время признается неотъемлемым атрибутом правового государства.

Конституционное правосудие призвано обеспечивать государственно-правовую и социокультурную идентичность общества, тем более имеющего многовековые традиции государственности и права, а следовательно, сочетание в конституционном регулировании стабильности и динамизма, универсально-всеобщего и национально-специфического<sup>1</sup>.

Президент Республики Таджикистан, постоянно уделяя особое внимание роли органа конституционного контроля Таджикистана в развитии правового государства, в частности в своем выступлении на Международной конференции на тему "Конституционное правосудие - гарантия обеспечения верховенства Конституции", посвященной 20-летию образования Конституционного Суда Таджикистана, отметил:

"Уделение в Конституции особого внимания роли и месту судебной власти в Таджикистане, в частности Конституционному Суду, не является случайным.

Во-первых, орган конституционного контроля занимает важное место в системе государственной и судебной власти всех цивилизованных государств, и без наличия такого органа, неуместно вести речь о здоровых механизмах сдерживания и противовесов между ветвями государственной власти.

Во-вторых, создание Конституционного Суда Республики Таджикистан является признаком демократичности и правовой сущности таджикского государства, и наличие подобного органа является практическим выражением стремления власти и нации к формированию справедливого общества.

В свою очередь, формирование справедливого общества невозможно представить без самостоятельной, компетентной и базирующейся на законе судебной власти, в частности - без органа конституционного контроля"<sup>2</sup>.

Независимо от того, что конституционный контроль является принципиально новым для Таджикистана конституционно-правовым институ-

<sup>1</sup> См.: *Бондарь Н.С.* Судебный конституционализм как политико-правовой режим обеспечения верховенства Конституции / Выступление на Международной конференции на тему "Конституционное правосудие - гарантия обеспечения верховенства Конституции", посвященной 20-летию образования Конституционного Суда Таджикистан. Душанбе, 17 сентября 2015 года.

<sup>2</sup> См.: *Эмомали Рахмон.* Выступление на Международной конференции на тему "Конституционное правосудие - гарантия обеспечения верховенства Конституции", посвященной 20-летию образования Конституционного Суда Таджикистан. Душанбе, 17 сентября 2015 года.



том и важнейшим элементом политической системы страны, сегодня, обращаясь к истории ее двадцатилетней деятельности, можно отметить, что данный орган выступает гарантом Конституции Таджикистана, служит обеспечению политической стабильности, развитию политических процессов в рамках, установленных Конституцией.

Можно с уверенностью говорить о том, что становление нашей страны как демократического и правового государства во многом связано с эффективной деятельностью органа конституционного контроля Таджикистана.

Конституционный Суд Таджикистана осуществляет конституционный контроль для обеспечения ценностей правового государства, в частности верховенства и стабильности Конституции, сохранения конституционного разделения властей и гарантирования защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина. Сущность конституционного контроля как основного способа укрепления конституционной законности заключается в определении конституционности правовых актов органов государственной власти и лишении неконституционного акта юридической силы, т.е. приостановление действия такого акта. Таким образом, Конституционный Суд Таджикистана как орган конституционного контроля выносит решения, оказывающие непосредственное воздействие на систему законодательства страны<sup>3</sup>.

В современной теории конституционализма обеспечение верховенства норм Конституции в обществе и в целом в правовом государстве, а также обеспечение конституционного строя и защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина зависит от эффективной деятельности института судебного конституционного контроля и исполнения его решений, имеющих важное значение. Решения Конституционного Суда оказывают влияние на направленность конституционно-правового регулирования развития государства и общества.

Как справедливо отмечает уважаемый наш коллега, профессор Арутюнян Гагик Гарушевич, "решения Конституционного Суда должны занимать такое место в системе правовых актов, которое даст им возможность более эффективно осуществлять защиту конституционного строя и прав человека. В частности, они не должны иметь юридическую силу ниже юридической силы законов"<sup>4</sup>.

Исходя из значимости актов органа конституционного контроля в развитии правовой системы, а также его роли в обеспечении конституционной законности государства, можно сказать, что они выступают в

<sup>3</sup> См: *Махмудзога М.А.* "Конституционный контроль - основной способ укрепления конституционной законности в Республике Таджикистан". Выступление на Международной конференции на тему "Конституционный контроль; доктрина и практика". Материалы международной конференции, посвященной 20-летию Конституционного Суда Российской Федерации, Санкт-Петербург, 28-29 октября 2011 года. - Москва: Норма, 2012 год. - С. 257-263.

<sup>4</sup> См.: *Арутюнян Г.Г.* Конституционализм: уроки, вызовы, гарантии: сб. избр. публ. и выступлений на междунар. форумах, посвящ. дан. проблематике. - К.: Логос, 2011. - С. 114.

качестве нового источника права, посредством которых Конституционный Суд осуществляет правокорректирующую функцию относительно нормотворчества органов публичной власти, направленную на обеспечение верховенства Конституции.

Решения органа конституционного контроля имеют особое влияние на основы развития правового государства, обладают нормативной силой, существенно влияют на структуру и содержание законодательства. Они обязательны для всех субъектов права, в том числе других высших институтов законодательной, исполнительной и судебной власти, и в силу такого особого статуса в механизме государственной власти из всех высших судебных органов только его компетенция определяется в самой Конституции (ст. 89).

Также другие полномочия закреплены Конституционным законом "О Конституционном Суде Республики Таджикистан", исходя из чего данный орган обладает широкими полномочиями, реализация которых призвана обеспечивать в стране режим конституционной законности, от уровня которого зависит развитие правового государства.

Полномочия Конституционного Суда в целом направлены на обеспечение верховенства и прямого действия Конституции на всей территории страны, на защиту основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина. Независимо от возрастающей роли органа конституционного контроля в правовом государстве в обеспечении конституционной законности, все еще существуют вопросы относительно обеспечения полной независимости органа конституционного контроля.

Независимость конституционного контроля нуждается в постоянном укреплении и устойчивых гарантиях. Здесь принципиальное значение имеет система ценностей и уровень демократизации общества, функциональная сбалансированность отдельных ветвей власти, характер общественной среды и общественная потребность в правовом обеспечении верховенства права, наличие и зрелость гражданского общества.

Уважаемые коллеги!

Независимость судебной власти, являющаяся важнейшим элементом обеспечения справедливости в обществе, гарантируется государством и закрепляется в Конституции или законах страны. В современном понимании практическая реализация принципов самостоятельности судебной власти и независимости судей является общепризнанным критерием правового государства и демократического политико-правового режима.

Устав Организации Объединённых Наций (25 июня 1945 г.), Всеобщая декларация прав человека (10 декабря 1948 г.), а также другие международные правовые акты, признавая и устанавливая соблюдение справедливости, а также независимости и беспристрастности судебной власти, выступают важнейшей гарантией соблюдения прав человека

на справедливое и гласное судебное разбирательство компетентным, независимым и беспристрастным судом.

Учитывая положения Устава Организации Объединённых Наций, Всеобщей декларации прав человека и другие международные правовые акты, резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 года были одобрены "Основные принципы независимости судебных органов", принятые седьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшимся в Милане с 26 августа по 6 сентября 1985 года.

В данных Основных принципах, в частности, предусмотрено, что: независимость судебных органов гарантируется государством и закрепляется в конституции или законах страны. Все государственные и другие учреждения обязаны уважать и соблюдать независимость судебных органов (ст. 1); не должно иметь место неправомерное или несанкционированное вмешательство в процесс правосудия, и судебные решения, вынесенные судами, не подлежат пересмотру. Этот принцип не препятствует осуществляемому в соответствии с законом судебному пересмотру или смягчению приговоров, вынесенных судебными органами (ст. 4); принцип независимости судебных органов дает судебным органам право и требует от них обеспечения справедливого ведения судебного разбирательства и соблюдения прав сторон (ст. 6); каждое государство-член обязано предоставлять соответствующие средства, позволяющие судебным органам надлежащим образом выполнять свои функции (ст. 7); срок полномочий судей, их независимость, безопасность, соответствующее вознаграждение, условия службы, пенсии и возраст выхода на пенсию должны надлежащим образом гарантироваться законом (ст. 11).

Европейская хартия о законе о статусе судей, принятая в Лиссабоне в 1998 году, целью которой является обеспечение компетентности, независимости и беспристрастности, на которые законно рассчитывает каждый человек при обращении в суд, также подчеркивает свою заинтересованность в более эффективном содействии развитию независимости судей

В свою очередь, указанные Основные принципы стали основой укрепления независимости судебной власти в рамках конституций и национальных законодательств многих стран мира.

Республика Таджикистан, как правовое государство, в своей Конституции устанавливая принцип разделения властей, гарантирует равенство всех пред законом и судом и признает судебную власть в качестве независимой, которая осуществляется от имени государства. Судебная власть в Таджикистане защищает прав и свободы человека и гражданина, интересы государства, организаций, учреждений, законность и справедливость (ст. 84).

Эти конституционные положения и подробная их регламентация на

уровне национального законодательства определяют роль и место судебной власти в правовом и демократическом государстве.

В Таджикистане с первых дней обретения государственной независимости осуществляется судебно-правовая реформа. В ее рамках указами Президента Республики Таджикистана утверждены три программы судебно-правовой реформы в стране, последняя из которых находится на стадии реализации.

В рамках реализации принятых программ судебно-правовой реформы, основной целью которых является укрепление и обеспечение независимости судебной власти, совершенствование ее структуры и деятельности, развитие законодательства, упрощение хода судебного процесса, повышение роли суда в защите прав и свобод человека и гражданина, защита интересов государства, организаций, обеспечение законности и справедливости, за короткий период была проделана большая работа по развитию данного института.

В частности, была усовершенствована почти вся система законодательства судебной власти страны, в новой редакции приняты конституционные законы "О Конституционном Суде Республики Таджикистан" и "О судах Республики Таджикистан", а также уголовное, гражданское и административное процессуальное законодательство страны, что, в свою очередь, способствовало построению самостоятельной и независимой судебной власти.

Сегодня Конституционный Суд Таджикистана, осуществляя конституционный контроль путем конституционного судопроизводства, в частности, способствует развитию и укреплению независимости судебной власти, а конституционное судопроизводство оказывает большое влияние на гражданское и уголовное судопроизводство посредством конституционно-правового толкования тех или иных правовых норм, применяемых при рассмотрении конкретных дел.

Выявление конституционного смысла норм материального или процессуального права позволяет устранять противоречия, возникающие в правоприменительной практике, что в конечном итоге способствует правильному и единообразному применению законов, формированию единого правового пространства страны.

Реализация конституционной гарантии, обеспечивающей независимость судебной власти, напрямую зависит от деятельности органа конституционного контроля.

Осуществляя конституционный контроль, Конституционный Суд обеспечивает конституционную законность в стране, то есть реальное верховенство и непосредственное действие норм Конституции, и тем самым всячески исключает возможность возникновения противоречия в рамках законодательства норм, противоречащих нормам Конституции о гарантии независимости судебной власти.

Следует отметить, что Конституционный Суд, обеспечивая непосредственное действие норм Конституции, всего лишь осуществляет контроль над законодательством, чтобы не было противоречия, и создаёт благоприятную правовую среду в стране.

Но как показывает практика, установление на уровне Конституции и законодательства принципа, гарантирующего независимость судебной власти, само по себе не является фактом, исчерпывающим вопрос по этому поводу, поскольку независимость судебной власти во многом зависит от независимости судьи в своей деятельности. Так как деятельность суда является назначением и концептом судебной власти, независимость которого - предпосылка и обязательное условие наличия реализации принципа независимости судебной власти. Поэтому лишь квалифицированный и профессиональный судья, который ведет свои дела без лишнего вмешательства со стороны, основываясь на действующее законодательство, может гарантировать формирование правосудия в системе правовых отношений и обеспечение условий жизнедеятельности самостоятельной и авторитетной судебной власти, и в целом обеспечение независимости и полноты судебной власти.

На судебную власть не вправе также посягать ни одна из ветвей власти, и в частности ни одно лицо, они не вправе вмешиваться в судебную деятельность, а также подменять ее при рассмотрении входящих в их компетенцию дел и давать судам указания. И гарантии реализации данного назначения должны всячески обеспечиваться различными государственными институтами, поскольку несоблюдение их может привести к большим проблемам при осуществлении правосудия.

Пользуясь случаем, позвольте еще раз поздравить коллег из Конституционного Суда Республики Армения со знаменательными датами, в частности двадцатилетней активной плодотворной деятельностью, получившей заслуженное признание органами конституционного контроля многих стран.

The Constitution is the centre of the legal system. On its basis the mechanism for the rule of law in a legal state is created, as it is prescribed in Article 10 of the Constitution of Tajikistan, according to which: "The Constitution of Tajikistan has supreme legal force and its norms have direct effect. Laws and other legal acts that contradict the Constitution are null and void. "

In order the Constitution to become a functioning legal act, it should be provided with legal protection and in a modern constitutional rule of law state only judicial constitutional review is able to ensure precisely the effective legal protection of the Constitution.

Implementation of constitutional review is ensured by the rule of law, stability, as well as the reality of the Constitution, expressed:

- In ensuring of the constitutional legality in the country, that is presence of the current system of constitutionalism;
- In the priority of the position of the Constitution in the system of normative legal acts;
- In ensuring the stability of the legal system and organization of state power, in determination of the relationships between the individual and the state;
- In concordance of the constitutional requirements and public relations

Today, the Constitutional Court of Tajikistan, carries out the constitutional review by the constitutional court proceedings, in particular, helps to promote the independence of the judicial power, and the constitutional proceedings have a great influence on the civil and criminal justice through the constitutional-legal interpretation of certain legal norms applicable in the consideration of specific cases.



# ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS IN STRENGTHENING THE JUDICIAL POWER – WITH A SPECIAL REVIEW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

**GZIME STAROVA**

*Judge at the Constitutional Court of the Republic of Macedonia*

Honourable President of the Republic of Armenia,

Dear President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia Mr Gagik Harutynyan,

Honourable judges and employees in the Constitutional Court of the Republic of Armenia,

Dear colleagues, ladies and gentlemen,

First of all I would like to extend my appreciation to the hosts and organizers of this Conference for the invitation to the Constitutional Court of the Republic of Macedonia to take part in its work.

The pleasure of our presence at this conference, and first of all in your country, is even greater since its holding coincides with the celebration of the twentieth anniversary of the adoption of the Constitution of the Republic of Armenia, and the twentieth anniversary of establishment of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, a notable and very important jubilee in the constitutional case law. On this occasion allow me to convey the congratulations of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia and articulate my personal congratulations wishing you many more jubilees like this one and successful work at the conference itself.

## I

The very topic of the conference "The role of constitutional courts in strengthening the independence of the judicial power" is a very complex issue, which pertains especially to the issue of the independence of constitutional courts in general, and the independence of other courts in the hierarchy of the judiciary. On the other hand, in order to talk about the role and impact of constitutional courts in strengthening the independence of the judiciary first of all two previous preconditions should be met - the

independence of constitutional courts and the independence of the judicial power. The reason being that the symbiosis that represents the independence of constitutional courts and the independence of the judicial power will enable the role and influence of the Constitutional Court on the independence of the judicial branch.

The role of constitutional courts in strengthening the independence of the judicial power in our contemporary environment is an issue that most courts encounter, to a lesser or greater extent, in their work and especially in their decision-making. It is also particularly relevant for the courts of some countries, which in comparison with the countries with a long-standing tradition of constitutional judiciary have modest both tradition and experience of constitutional case law and are with more recent overall independence, including the judicial one.

The role of constitutional courts in strengthening the independence of the judiciary is a very complex issue, which essentially and primarily in itself contains the question of the general independence of the social, political, economic and legal order in a country. This even more since today there are countries in the world that have existed on the geopolitical map, especially the European one, as separate and independent countries for a modest time period, a period that most often coincides with the establishment of an independent judiciary in general, and of the constitutional one as well, which of course is completed with the adoption and enactment of a constitution. The Republic of Macedonia is one of those countries that gained its independence twenty-five years ago, in the period when the need for democratisation of the entire socio-political, economic and legal systems became a necessity, a process that affected all countries of the former socialist-communist regime. However, the Republic of Macedonia, as a country which gained its independence as a result of the disintegration of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia and based on the possibility that was given by the Constitution to that country and the republics, which were in its composition, to have their own constitutions and constitutional courts with defined competence within the republics as independent constituent elements of the Federation, had its Constitution that had been passed as early as fifty years ago, and thus fifty-year experience in constitutional jurisprudence, which we shall agree is a kind of quality in comparison with other countries which also emerged from the collapse of the socialist-communist regime but their constitutional judiciary and constitutional jurisprudence coincides with their independence and the parting from that regime.

Following the gaining of the independence and becoming an independent and sovereign state, in 1991 the Constitution of the Republic of Macedonia was adopted, which to date has undergone several amendments, as the result of the changes in social and political relations in the



country, which have been necessary in the new restructuring of the whole society. However, since there has been a change in the conditions within which the judiciary in general, and the constitutional court in particular, function, in the same way that social relations in general have changed, the question of the independence of constitutional courts and their role on the independence of the judiciary in general, and in the Republic of Macedonia, will unlikely ever be exhausted and absolved. The reason being that when we speak of independence in general as socio-legal category and in particular in this case for the independence in a particular area of law the impression is that everything has been said, but at the same time that nothing has been said. Namely, many questions are raised in the case before us awaiting an answer. Is there really awareness and willingness for the independence not to be only a declarative component of the constitutional judiciary, and thus of the overall judicial system? Is it possible to speak of an independent constitutional judiciary, and therewith of the Constitutional Court, at the same time not affecting the issue of the overall independence of other courts, and in general the judiciary in the legal system of a country? Is it possible to talk about the fact that the independence of the judicial system in general, regardless of the hierarchical setup of the institutions that enable the functioning of that system, which is the leitmotif of all international documents regulating and guaranteeing the independence, has been achieved and that really exists? Are we actually aware and prepared to admit the fact that in reality we are faced with a series of examples of disrespect and threat of the thus declared independence of the overall case-law and, in particular constitutional jurisprudence in any country? Are we really ready to detect and clearly indicate the reasons, factors that contribute to, and allow for such disrespect and threat? Shall we admit that such violation and endangering of the independence of the judiciary from any instance of the judicial hierarchy, even the constitutional one, questions the guarantee and respect for the rights and freedoms of the individual, which are primarily guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights, adopted almost seventy years ago (1948)? A lot of questions are put and almost the same number of answers are offered that would define the true state of this issue of current interest. The obvious fact is in that the answer to all those questions about the independence of the constitutional judiciary and the judiciary in general, particularly in countries in which these issues are still of current interest and the dilemmas about its solution are numerous, there is still a long way to go, which is neither short nor an easy one. It is rather very long and arduous.

Every country has its own journey towards defining and guaranteeing the independence of the judicial power as one of the three pillars of the division of powers, in addition to the legislative and executive ones. Certainly each country has its own mechanisms and factors to ensure and defend the declared and established independence of the judicial branch in general, and especially the constitutional judiciary.

Such a mechanism, or system of solutions guaranteeing and ensuring the independence of the Constitutional Court, in our country is governed by the Constitution of the Republic of Macedonia. In this occasion I would keep to the basic elements of those solutions:

### **1. The manner and conditions for the election of judges of the Constitutional Court**

The issue of election of judges of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia is regulated by the Constitution of the Republic of Macedonia in two provisions. Article 68 of the Constitution stipulates the powers of the Assembly of the Republic of Macedonia, which among other things defines that it elects the judges of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia. In a separate chapter, namely Chapter IV of the Constitution devoted to the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, in particular Article 109 provides for that the Constitutional Court is composed of nine judges, who are elected by the Assembly of the Republic of Macedonia. The Assembly elects six judges of the Constitutional Court by a majority vote of all Representatives, and three judges belonging to the communities that are not the majority in the Republic of Macedonia also by a majority vote of the total number of Representatives, whereby there must be a majority vote from the Representatives belonging to the communities that are not the majority in the country. When talking about the election of judges of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, it should be pointed out that even though they are elected by the Assembly the process of their nomination is special. Namely, the Speaker of the Assembly and the Judicial Council each propose two candidates. The remaining five judges are proposed by the Commission on Elections and Appointments of the Assembly of the Republic of Macedonia. The term of office of the judges is nine years, without the right to reelection. The judges elect the President of the Constitutional Court from their ranks, and his/her term of office is three years, also without right to re-election. The Constitution, in Article 111 paragraph 4, provides that the office of a judge of the Constitutional Court ceases when the incumbent resigns. According to the constitutional provisions, the judge of the Constitutional Court shall be dismissed from his/her office if convicted for a criminal offence to an unconditional

imprisonment for at least six months, or when he/she permanently loses the ability to perform his/her office, which is established by the Constitutional Court. The Constitution in its Article 111 paragraph 2 also lays down that the Constitutional Court decides on the immunity of judges of the Constitutional Court.

Interpreting the constitutional provisions on the election of judges of the Constitutional Court, it follows that the relationship between the Constitutional Court and the Assembly as a legislative body is emphasised through the election of judges and the assessing of the constitutionality of the legislation adopted by the Assembly. The manner of nominating candidates for judges of the Constitutional Court, which are then elected by the Assembly, provides sufficient guarantees for the independence of the Constitutional Court, if they are from among the ranks of distinguished lawyers, who are also not burdened with the baggage of a party option, which is incompatible with the office of a constitutional judge.

The segment of assessing the constitutionality of legislation is perhaps one of the key elements that indicate the role of the Constitutional Court in strengthening the independence of the judicial branch. In assessing the constitutionality of laws the Constitutional Court also removes any potential irregularities and violations in the laws, which are applicable in the country and on the basis of which other courts take their decision.

## **2. Regulation of the work and procedure before the Constitutional Court**

Regarding the manner of regulation of the work and procedure before the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, we can rightfully say that it is currently one of the strongest guarantees for its independence, which is determined by the Constitution itself. Namely, unlike most countries in Europe and in the world, and above all the countries in the region, including the countries that gained their independence and sovereignty with the disintegration of the former Yugoslavia until when they were part of it, in which the work and the proceedings before the Constitutional Court is regulated by a special Law on Constitutional Courts, in the Republic of Macedonia under Article 113 of the Constitution the way of work and procedure before the Constitutional Court are regulated by an act of the Court, that is, the Rules of the Constitutional Court. All relevant issues related to the way of work and procedure before the Constitutional Court, starting from the submission of applications, their form, decision-making within the powers, decision-making and publication of decisions, internal organisation and the organisation of professional services, the position of councilors and their appointment by the Court are governed by the Rules of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, which was adopted as early as in 1992, which has not undergone changes and has been applied as it was originally adopted, which does not mean that the possibility for its amendment and compliance with the overall changes in

society is excluded. Our conclusion that the independence in the regulation of the work and proceedings before the Constitutional Court through an act of the Court, in this case the Rules, is a strong guarantee of the independence in its work, is certainly not shared by all in the country, from the scholarly and social spheres. There are more prevalent insinuations that these issues should be regulated by law. However, the fact that the application of the Rules of the Constitutional Court, which regulate the work and proceedings before the Court, has not shown so far any serious inconsistency in its work, we may freely say that this constitutional solution in practice has proved to be good and a guarantee of the independence in the work and proceedings before the Constitutional Court. Even in the contacts and exchange of experiences and opinions with colleagues from other constitutional courts, this solution of the Constitution of the Republic of Macedonia is assessed as a very good way to guarantee the independence of the Court and to protect it from often expressed desires and attempts to restrict this independence, or at least to jeopardise it, if the regulation of the work and procedure before the Constitutional Court is left to the legislative branch. Not only is this way of regulating the work and procedure before the Constitutional Court a guarantee for the independence of the Court, but it is also one of the factors for the Court to be truly independent in view of the judicial branch, which would affect the independence and work of that branch as well. In any case, if what prevails is the opinions that in the Republic of Macedonia also these issues need to be regulated by a Law on the Constitutional Court, it is required that the constitutional judges themselves take part in the drafting of the text of that law.

### **3. Financing of the Constitutional Court**

The question of financing of the Constitutional Court, which is necessary for its unobstructed operation as a whole, is one of the main problems with the independence of the constitutional judiciary in the Republic of Macedonia, a problem which not only calls into question its independence but also to a great extent reinforces the constitutional position of the executive branch, in this case the Government, as the sole proposer of the budget. This financial independence of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia has resulted in it having the role of a negotiator in the allocation of funds from the budget, as any other user, for the funds required for its work, a role that is not always winning. Accordingly, neither can the Constitutional Court of the Republic of Macedonia propose its projected budget in the Assembly nor the Government has an obligation to project that budget in the draft state budget. Thus, it all comes down to it that in the state budget the Government dedicate a percentage of that budget for the financial needs of the Court, which unfortunately has a noticeable tendency to decrease from year to year. Since the Government

has no obligation to take the projected budget of the Constitutional Court and project it as an item in the state budget the Court almost always when adopting this budget is put in a situation to react and even require to intervene with an amendment in the text of the state budget, in order to secure funds for the Court necessary for its normal functioning. This, among other things, is due to the constitutional position of the Government as the sole proposer of the Budget to the Parliament and the fact that the Constitutional Court has no instrument to fight against such position.

Of course this financial situation is one of the most apparent obstacles for the Constitutional Court to assert its role and impact the overall independence of the judicial branch. Therefore, even when there is an application to decide on the Budget of the Republic of Macedonia, the Constitutional Court focuses only to assessing the constitutionality of the procedure for adopting the budget, and nothing beyond that.

### III

The attempts to determine the parameters of the role and influence of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia on the independence of the judicial power will certainly be largely associated with the underlying factors of the independence of the Constitutional Court, on the one hand, and the competences of the Court, which as we have seen are stipulated by the Constitution of the Republic. From the complex of competences of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia defined by the Constitution in Article 110, the following are the most impressive ones through which the role of the Constitutional Court in the independence of the judicial branch could be seen: the resolution on conflicts of competency among holders of legislative, executive and judicial powers, the resolution of conflicts of jurisdiction between the bodies of the Republic and the local self-government units, and the protection of human rights and freedoms. Here we can not but mention the constitutional appeal, which will be separately addressed in our presentation.

#### **1. Resolving conflicts of competences among the holders of legislative, executive and judicial powers, as well as conflicts of competences between the bodies of the Republic and local self-government units**

The Constitution of the Republic of Macedonia in its Article 110 paragraph 1 sets down the overall competences of the Constitutional Court, whereby inter alia lines 4 and 5 provide for the competence of the Court in resolving conflicts of competences among holders of legislative, executive and judicial powers, and conflicts of competences among the bodies of local self-government units of the Republic. Given that in the

Republic of Macedonia, in accordance with Article 12 of the Rules of the Court, anyone can lodge an application for initiation of proceedings for assessing the constitutionality of a law and the constitutionality and legality of a regulation or other general act, a public body may challenge the constitutionality of an act adopted by another public body, and in that case the proceedings before the Court is the same as in the cases of abstract control when the application is lodged by a citizen or any legal entity. That means that there is no separate specific proceedings when an act of a public body is impugned by another public body. Under Article 62 of the Rules of the Court, an application for solving a conflict of competence among the holders of legislative, executive and judicial powers and among the bodies of the Republic and the local self-government units may be lodged by any of the bodies among which the conflict occurred. An application may be lodged by anyone who because of accepting or rejecting the competence of certain authorities cannot exercise their right.

The Constitutional Court of the Republic of Macedonia has decided on several occasions on this conflict of competences. On this occasion we would single out as an example the following cases:

a. The first case (Decision U.br.159/2007, 14 November 2007) concerned a negative conflict of competence between the Central Registry of the Republic of Macedonia and the Basic Court in Shtip, in which both authorities declared themselves incompetent to act on an application for registration of a manager in the trade register. With its decision the Constitutional Court found that the competent authority for registration is the Central Registry of the Republic of Macedonia.

The application for resolution to the conflict of jurisdiction was not lodged by the authorities between which the conflict had occurred, but by the person who due to the conflict could not be registered as the manager of the trade company.

b. The Decision U.br.143/2008 of 15 October 2008 decided on a positive conflict of jurisdiction between the Basic Court from Skopje and the Commission for Securities, in which two bodies believed to be responsible for an interim measure prohibiting the disposal of securities of a trade company, which was the one that lodged the application for resolving the conflict of jurisdiction. The Constitutional Court decided in favor of the Basic Court, that is it found that the court, not the Commission for Securities, was responsible for the imposition of that measure.

In the hearing before the Court in this case, the contested question put was about the status of independent regulatory bodies, that is, whether they were state bodies and part of the executive branch, that is whether there

was a conflict of jurisdiction for the resolution of which the Constitutional Court was competent. The majority of the judges considered that these authorities were also state bodies and that in this case there was a conflict of jurisdiction between a court and a body of state administration, for whose resolution the Constitutional Court was competent.

c. In the case U.br.125/2009 of 16 December 2009, the Court again decided on conflict of jurisdiction between a basic court and the Central Registry of the Republic of Macedonia for the appointment of an acting manager of a trade company. The Court found that the Basic Court was responsible to act upon a request for the appointment of an acting manager of the company, and that the Central Registry was competent only to register the manager in the registry.

In this case also, as in the two previously mentioned, the application for resolution of the conflict of jurisdiction was not submitted by the bodies between which the conflict had occurred, but by the person concerned (natural or legal), which due to the conflict could not exercise their right.

Under Article 63 paragraph 1 of the Rules of the Constitutional Court, the bodies referred to in Article 62 may lodge the application for resolution of a conflict of competences after one of the bodies accepts or rejects the competence for decision-making with a final or effective act. According to Article 63 paragraph 2 of the Rules, the entities referred to in Article 62 of the Rules, which due to the acceptance or rejection of competence cannot exercise their rights, may lodge an application for resolving the conflict of jurisdiction after both bodies accept or reject the competence with a final or effective act.

## **2. Protection of the rights and freedoms of the individual and citizens**

Within the competence to protect the freedoms of the individual and citizens, the Constitutional Court of the Republic of Macedonia can appreciate the individual acts or actions which violated certain right or freedom of citizens, protected by the Constitutional Court and it can annul them if it finds that they violated a right referred to in Article 110 line 3 of the Constitution, namely freedom of belief, conscience, thought and public expression of thought, political association and activities and the prohibition of discrimination against citizens on grounds of sex, race, religion, national, social and political affiliation. Within this competence the Constitutional Court can also appreciate the acts of courts, that is court judgments, as well as individual acts of administrative bodies and other organisations exercising public mandates.

### 3. The constitutional complaint as an instrument to realise the independence of the judicial branch

In the Republic of Macedonia, although for a long time it has been insisted on the necessity of introducing a constitutional complaint, it is still not the case, making the Republic of Macedonia one of the few countries in the region that does not have a constitutional complaint in the case law of the constitutional judiciary. The situation in terms of introducing the constitutional complaint has changed from a standstill and has overcome the stage of only warning of the necessity for its stipulation. Steps have been taken towards its introduction with the drafting of the text of the draft amendments to the Constitution of the Republic of Macedonia, prepared by the Government in 2014. However, they have not been adopted yet even though they have entered the parliamentary procedure.

The introduction of constitutional complaint is certainly one of the main stakeholders in completing the role and influence of the Constitutional Court on the independence of the judicial branch. However, at the same time it can be a factor threatening the independence of the judicial power if the Constitutional Court is not careful and consistent in deciding on the constitutional complaint, and does not leave the sphere of constitutional justice and engages itself in the jurisdiction of the ordinary courts in the interpretation of the legislation when it is necessary. Therefore, the fundamental questions that arise in connection with the introduction of the constitutional complaint in the Republic of Macedonia are very important. The realisation of the objective of the complaint itself will largely depend on the answer to them. Here we should first ask the question of clarification of the position of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, intervening in its existing competencies established by the Constitution, specifically their redefinition, as well as the regulation of the work and adjudication of the Court, meaning whether it should continue to be with an internal act of the Court or by law. The introduction of the constitutional complaint and its practice is not at all an easy process, and the acquired experiences of countries which in their constitutional judiciary already are familiar with constitutional complaint will certainly be helpful in its successful implementation. Although the constitutional complaint is not defined by the Constitution, perhaps an advantage for the Republic of Macedonia is the fact that the Constitutional Court in its so far case law has acted on cases with elements of constitutional complaint, in proceedings for the protection of freedoms and rights of the individual and citizens.

\* \* \*

With its position as the guardian of the constitutional order and its responsibilities as a guarantor of the integrity of the entire legal system, especially human freedoms and rights, the Constitutional Court has its legal inde-



pendence and in a sense legal superiority over other powers – legislative, executive and judicial branches – in the overall socio-political and legal system in any country, even in the Republic of Macedonia, which allows it to remove all forms and actions of violation of the Constitution.

Not only is the Constitutional Court by its position and function different from the regular courts, but it also has its own independent mechanism in the exercise of its powers, other than that of the regular courts. It is this position of the Constitutional Court in view of the regular courts that is one of the main links of the independence of the Constitutional Court and its role in strengthening the independence of the judicial power, whose achievement today is an ideal for many countries in the world. However, in order that this ideal become a reality it is necessary to constantly improve the position of the Court and remove all obstacles to its independence, which would increase its role and influence on the independence of the judicial power.

### РЕЗЮМЕ

Роль конституционных судов в укреплении независимости судебной власти является важной проблемой, с которой сталкивается большинство судов. Каждая страна имеет свои собственные механизмы для обеспечения и защиты независимости судебной власти в целом, в особенности конституционного правосудия.

В Республике Македония все вопросы, связанные с порядком работы и процедурой в Конституционном Суде, начиная с подачи заявок и заканчивая опубликованием решений, внутренней организацией Суда и т.д., регулируются Уставом Конституционного Суда Республики Македония, принятым еще в 1992 году и не претерпевшим изменений.

Финансирование Конституционного Суда является одной из основных проблем, связанных с независимостью конституционного правосудия в Республике Македония. В государственном бюджете Правительство выделяет определенную сумму на финансовые затраты Суда, и из года в год наблюдается заметная тенденция к ее уменьшению.

Введение института конституционной жалобы, безусловно, - один из главных факторов в деле окончательного совершенствования роли и влияния Конституционного Суда в вопросе независимости судебной власти. Были приняты меры к ее внедрению при разработке текста Проекта поправок к Конституции Республики Македония, однако он еще не был принят, хотя уже вступил в парламентскую процедуру.



# INDEPENDENCE OF THE JUDICIAL POWER AS THE BASIS OF THE RIGHT TO FAIR TRIAL IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF POLAND

PAWEŁ WILIŃSKI

*Deputy Director of Department of Preliminary Review  
of Applications and Constitutional Complaints  
of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland*

## 1. The Constitutional Position of the Court

The courts have a particular role to play to ensure the realisation of subjective rights of individuals. They constitute a guaranty link protecting individuals against the infringements of rights and freedoms, and against the imposition of incommensurate duties.

The scope of the courts' powers and the constitutional requirements that their decisions must meet is limited by the nature of decisions for the passing whereof they have been called into existence in regard to a specific case. The constitutional requirements that the court adjudicating upon a specific case must meet have been laid down in Article 45 (1) of the Constitution. Under the provision contained therein, " Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court."

However, while considering the scope of the application of Article 45 (1) of the Constitution, one needs to keep in mind the entirety of constitutional regulations defining the courts' powers.<sup>1</sup> By the same token, in order to assess whether a court adjudicating upon a case meets the guaranties of independence and impartiality, it is necessary to analyse both the litigation regulations and the constitutional regulations that define the position of a court and judges adjudicating upon a case. Albeit under Article 175 of the Constitution, the fundamental task of courts is the administration of justice, it should also be noted that there is a number of constitutional regulations that define the courts' specific powers.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Judgment of the CT of 24 October 2007, SK 7/06. OTK ZU 9A /2007, item 108.

<sup>2</sup> I. a. Art. 42 (1 and 2), Art. 46, Art. 48 (2), Art. 55 (3), Art. 58 (2 and 3), Art. 62 (2), Art. 101 (1), Art. 125 (4), Art. 129 (1), Art. 165 (2), Art. 166 (3) of the Constitution, see: Judgment of the CT of 24 October 2007, SK 7/06. OTK ZU 9A /2007, item 108.

Thus, the Constitution lays down the right for everyone to a hearing of his case before a court which possesses the following attributes: (a) jurisdiction, (b) independence, (c) impartiality. There are several institutions embedded in the organizational structure of the judiciary and several litigation tools that serve this goal, such as the judges' immunity, the institution of exclusion of a judge or judicial supervision as the only form of supervision over the jurisprudence.<sup>3</sup> It needs to be noted here that Article 45 (1) refers the attribute of independence to a court. Other provisions of the Constitution speak of the independence of courts and the independence of judges. However, there is a close link between the independence and impartiality of a court and a judge.<sup>4</sup>

## **2. Hearing of a case before a competent court**

As the Constitutional Tribunal underlined in the judgement SK 17/07, the right to a hearing of a case before a competent court means that the competences of the courts should be laid down so as to ensure that there will always be a competent court to hear a case concerning the freedoms and rights of an individual.<sup>5</sup> From the point of view of the right to a competent court, as laid down in Article 45 (1) of the Constitution, it is necessary to define in the binding regulations which court is competent to hear a case (the jurisdiction of a court – KD). "In connection with the above, the regulations defining the jurisdiction of a court are not in as much of an order-making nature as they are of a guaranty-providing nature. The nature of these regulations arises from the constitutional right to be judged by a competent court. The right to a trial before a competent court shall provide a guaranty of a fair hearing of a case and a fair decision. Therefore, the judicial power over a specific category of cases should be entrusted to a court which is best prepared to hear it – either on account of its specialization or on account of its position in the structure of the judiciary."<sup>6</sup>

## **3. Hearing of a case before an independent court**

The second element is the right to a review of a case by an independent court. The Constitutional Tribunal, while explaining the meaning of the concept of an independent court, reminded that "the independence of the courts implies first of all the organizational and functional separation of the judiciary from the organs of other authorities so as to ensure full independence of the courts in regard to the hearing of a case and adjudication." Independence in this case means independence in planning, undertaking, as well as in performing the actions, the lack of any functional or organizational subordination that could directly or at least indirectly influence the court's performance or undermine the confidence in it.

<sup>5</sup> Judgment of the CT of 10 June 2008, SK 17/07, OTK ZU 5/A/2008, item 78.

<sup>6</sup> Judgment of the CT of 10 June 2008, SK 17/07, OTK ZU 5/A/2008, item 78.

As it was stated by the Constitutional Court (Judgment of 27 March 2013, K 27/12) "the independence and impartiality of a judge are not only legal categories, but also – or maybe first of all – ethical categories since the administration of justice is inevitably linked with the need for a judge to make choices of an axiological nature. Fair adjudication by a judge who is not independent and impartial is thus not possible. This unique status of a judge is protected by three guaranties laid down in Article 180 of the Constitution, i. e. a ban to deprive a judge of his office and a ban to transfer a judge to another court or to another post (...) It is worth noting that the irremovability and non-transferability of judges are not only the guaranties of their independence. The content of Article 180 of the Constitution needs to be construed in a broader context. The provision on the one hand embodies the principle of independence and separatedness of the judiciary, and on the other hand is an indispensable condition for the realisation of an individual's right to a court trial. Only an independent and impartial court guarantees fair hearing of a case which has been explicitly underlined in Article 45 (1) of the Constitution. The protection of the judges' independence by ensuring them irremovability from their office and non-transferability to another court or their forced retirement is thus not an aim in itself but a measure enabling the realisation of the constitutionally guaranteed right to a court trial. (...)

#### 4. The hearing of a case by an independent court

The Polish doctrine takes the view that independence means: (a) impartiality in relation to the participants of the proceedings, (b) independence in relation to bodies other than a court, (c) independence of a judge in relation to the authorities and other court bodies, (d) independence of the social factor, (e) internal independence of a judge.<sup>7</sup>

The Constitutional Tribunal indicated the meaning of the third element, i. e. the independence of a court as an attribute constituting a guaranty of the realisation of the right to a court trial in the judgments K 3/98 and K 8/99. It stressed in them that independence consists in the fact that a judge acts solely on the basis of law, and in accordance with his own conscience and internal conviction. As a matter of fact, independence thus covers an array of elements: (a) impartiality in relation to the participants of the proceedings, (b) independence in relation to bodies (institutions) other than a court, (c) independence of a judge in relation to the authorities and other court bodies, (d) independence of the impact of the political factor, particularly the political parties, (e) internal independence of a judge.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ogólna charakterystyka*, [The Right to a Court Trial in the Light of the Constitution of the Republic of Poland. General Characteristics], *Państwo i Prawo* 1997, Nos. 11-12, p. 99.

<sup>8</sup> The judgments of the CT of 24 June 1998, K 3/98, OTK ZU 4/1998, item 52, of 14 April 1999, K. 8/99, OTK ZU No.3/1999, item 41; also of 27 January 1999, K. 1/98, OTK ZU No. 1/1999, item 3.

The most important guaranties of the judges' independence on the ground of the Polish law are, among others, the manner of appointment (by the President on the motion of the National Council of the Judiciary) and the lack of the principle of rotation in office, as well as the appointment for an indefinite period.

It has been stressed that the independent court is created by persons to whom the law assigns the attribute of independence, "and, moreover, not only by verbally declaring the existence of this attribute, but also by forming the system of determinants of the judges' performance to actually efficiently guarantee its existence."<sup>9</sup> By the same token, the Tribunal maintains that there cannot be an independent court composed of persons who are not independent.<sup>10</sup>

It has been stressed that the guaranties of the judges' independence in Poland are: "the adequate ethical standard represented by the judges, their life experience and professional qualifications, the stability of the profession of a judge, irremovability, the adequate promotion, remuneration and bonus system, and the institution of retirement, non-transferability, material independence, the lack of the possibility to combine the function of a judge with any other professional functions, judges' immunity from litigation, the disciplinary judiciary, the principle of openness and collegiality, the secrecy of the deliberations, the principle of free assessment of proofs, the institution of the exclusion of a judge"<sup>11</sup>.

Constitutional Court stressed that (sentence of 8 May 2012, K 7/10) "an array of relatively detailed guaranties, securing, on the basis of the Constitution, various aspects of the professional status of a judge, is justified by the need to ensure the principle of the judges' independence. To develop this thought, it is worth underlining that the manner the issue is phrased on the constitutional ground is simply a reaction to some historical experiences which led to the introduction of mechanisms for the judges' protection against the law-maker's ad hoc actions. Among them one needs to list: the principle of stabilisation of the office of a judge embodied in the appointment of a judge for an indefinite period (Article 179); irremovability of a judge apart from the constitutionally indicated extraordinary situations [Article 180 (1 – 4)]; non-transferability of a judge [Art. 180 (2 and 5)]; immunity and inviolability of a judge (Art. 181); the order to provide a judge with appropriate conditions for work and granted remuneration [Article 178 (2)]; the institution of retirement [Article 180 (3 – 4)]; the order to stay apolitical [Article 178 (3)]; the participation of the

<sup>9</sup> The Tribunal referred to the statement made several dozen years earlier by Professor Stanisław Wróblewski which has not lost its validity: Independence of adjudication, given personal dependence of a judge, is practically inconceivable, S. Wróblewski, *Sądownictwo (The Judiciary)* [in:] *Nasza Konstytucja (Our Constitution)*, Kraków 1924, p. 84.

<sup>10</sup> This standpoint seems to be excessively restrictive, particularly in the context of the participation of the people's lay-judges in the administration of justice.

<sup>11</sup> J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*.

National Council of the Judiciary in making the most important personal decisions concerning a judge (Article 179 and Article 186) (...) **The more the shape of the principles specifying and guaranteeing judges' independence influences the administration of justice by a judge, the narrower are the boundaries of the law-maker's freedom in shaping the status of a judge. From this perspective, the regulation under review is not directly relevant to the matter of guaranteeing the judges' independence,** and, consequently, to the matter of guaranteeing the right to a court trial. On the plane of functional interpretation this statement provides an additional argument indicating that horizontal promotion does not fall within the subject scope of Article 180 (2) of the Constitution."

In the verdict SK 4/11 (The Sentence of 27 September 2012, SK 4/11) Court found also that "A certain extent of discretionary authority on the part of the adjudicating organs (and, in fact, persons exercising this function) and the constitutional guaranty of independence (i . e. freedom from external influences and the right to act in accordance with one's own conscience) are indispensable to enable the imperfect system of law to function as a complete one and to provide a "fair" and effective tool to extinguish social conflicts. From the point of view of an individual these values are indispensable to realise the constitutional right to obtain a judicial decision passed in his case by an independent court (Article 45 (1) of the Constitution, ...) According to the Tribunal, the discretionary authority of a judge – within the boundaries delineated by the Constitution and the Acts of Parliament – is a legitimate and, in real terms, indispensable dispute resolution tool and, as such, it is liable to protection (Article 178 of the Constitution). Important is also to notice the opinion presented by the Court in its Sentence of 12 December 2012, K 1/12: "The Constitutional Tribunal takes the view that the threat of a drastic deterioration of the state of the public finance (assessed through the prism of crossing the 2nd caution threshold specified in public finance laws), enabled the law-maker to sporadically "freeze" the judges' remuneration. The minimum standard specified in Article 178 (2) of the Constitution has not been infringed upon, because the judges' remuneration still remains significantly higher than the average remuneration in the public sector, and, moreover, it needs to be stressed that over the recent years it has grown systematically, whereas the remuneration of the employees of the public sector in general and the remuneration of deputies and senators have been "frozen" for a long time (and it will stay that way)."

##### **5. Hearing of a case by an impartial court**

The fourth condition of the administration of justice by a court is the impartiality of a court. As the Tribunal underlines, the infringement of the duty to preserve impartiality by a judge (which might consist, among others, in adjusting the content of the passed decisions to external sugges-

tions or orders given to a judge or even in anticipating such suggestions with a view to the possible profits arising from them) constitutes a particularly drastic form of betraying the duties linked with the principle of independence. This leads to the emergence of a phenomenon of a «flexible judge», which excludes the possibility of administration of justice<sup>12</sup>».

The concept of an impartial court is linked with the concept of the judges' impartiality. As the Constitutional Tribunal indicated in its judgment K 1/98, the judges' impartiality is an inalienable feature of the judiciary power, and, at the same time, an attribute along with the loss whereof the judge loses qualifications to perform his functions. "It consists, first of all, in the fact that a judge is guided by objectivism and does not create a more favourable situation for either of the parties or for any participants of the proceedings, both during the ongoing trial and during the adjudication. Thus, he treats the participants of the proceedings on equal terms."<sup>13</sup> Within this meaning, impartiality is thus construed as the lack of prejudices or the lack of preferences for the standpoint (the arguments) of either party, following from reasons other than the strength of the proofs submitted in the course of the proceedings (legal action) and in compliance with its rules. Henceforth, in this sense the judges' impartiality highlights another fundamental feature of the court proceedings, namely the equality of the parties to a litigation. As the Supreme Court pointed out in its Resolution of 26 April 2007, impartiality serves the implementation of goals that are essential from the point of view of the administration of justice and the rules of fair trial, i. e. firstly, the elimination of factors causing partiality of a judge, secondly, the building of confidence of the parties, other participants of the proceedings and the public opinion to the administration of justice, and, thirdly, the goal of not exposing a judge to a threat of "internal struggle" between human weaknesses and the idea of preserving impartiality.<sup>14</sup>

The weight of a case reviewed by the court is irrelevant to the level of requirements set for the court and judges. What is more, if at subsequent stages of the criminal proceedings the decisions are passed by courts of various instances, the criteria of independence and impartiality must be met separately by the court of each instance. "The Constitution does not give any grounds to maintain that by virtue of the fact that specific courts hear cases of <<lesser importance>> than courts of a higher instance, it is admissible to lower in them the standards provided for in Article 45 (1) of the Constitution. These standards apply to the same extent to the courts of all levels and instances."<sup>15</sup>

All the above guaranties serve one purpose — they create guaranties of a fair review of a case (a fair trial).

<sup>12</sup> Judgment of the CT of 24 June 1998, K. 3/98, OTK ZU No. 4/1998, p. 334.

<sup>13</sup> Judgment of the CT of 27 January 1999, K. 1/98, OTK ZU No. 1/1999, item 3, p. 39.

<sup>14</sup> Resolution of the Supreme Court of 26 April 2007, I KZP 9/07, OSNKW 2007, No. 5, item 39.

<sup>15</sup> Judgment of the CT of 24 October 2007, SK 7/06, OTK ZU 9A /2007, item 108.

Суды играют особую роль в обеспечении субъективных прав личности и защиты прав и свобод. Конституционный Трибунал Польши подчеркнул в своих решениях, что суды должны быть компетентны решать дела, касающиеся прав и свобод человека.

В связи с независимостью судов Конституционный Трибунал отметил, что важным фактором является организационно-функциональное отделение судебных органов от других ветвей власти.

В польской доктрине принято считать, что независимость судов означает беспристрастность по отношению к участникам судебного разбирательства, независимость судьи от органов власти и других судебных инстанций, внутренняя независимость судьи, а также независимость от социального фактора. Конституционный Трибунал Польши подчеркнул, что беспристрастность суда также связана с понятием беспристрастности судей.

Вышеперечисленные гарантии служат одной цели - созданию гарантии справедливого рассмотрения дела, то есть справедливого судебного разбирательства.





## СОДЕРЖАНИЕ

### ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО НА XX ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

<b>Гагик Арутюнян</b> Председатель Конституционного Суда Республики Армения .....	5
--	---

### ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА НА XX ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

<b>Джанни Букиккио</b> Председатель Венецианской комиссии Совета Европы .....	11
--	----

<b>Арпине Оганнесян</b> Министр юстиции РА .....	17
---	----

### ДОКЛАДЫ НА XX ЕРЕВАНСКОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

<b>Алдис Лавиньш</b> Роль конституционных судов в укреплении независимости судебной власти: латвийский опыт .....	23
---	----

<b>Сергей Маврин</b> Конституционное правосудие и независимость судебной власти .....	29
---	----

<b>Аревик Петросян</b> Роль Конституционного Суда Республики Армения в укреплении независимости судебной власти: конституционно-правовые решения, современные вызовы и тенденции развития .....	36
---	----

<b>Радован Суханек</b> Независимость судебной власти в конституционной системе Чешской Республики и её интерпретация Конституционным Судом .....	46
---	----

<b>Иветта Мацейкова</b> Защита независимости судебной власти в рамках принятия Конституционным Судом Словацкой Республики решений о соответствии правовым нормам .....	60
<b>Анар Жаилганова</b> Стандарты независимости правосудия .....	66
<b>Мурад Меделси</b> Алжирский опыт в укреплении независимости судебной власти .....	73
<b>Дануте Иочиене</b> Укрепление принципа независимости судебной власти в доктрине Конституционного Суда Республики Литва .....	79
<b>Нурак Марпранит</b> Роль Конституционного Суда Таиланда в укреплении независимости судебной власти: доктринальные подходы и современные вызовы .....	103
<b>Снежана Багич</b> Прозрачное функционирование как гарантия общественного доверия и веры в работе Конституционного Суда Республики Хорватия .....	107
<b>Жан Спрутелси</b> Роль Конституционного Суда в укреплении независимости судебной власти .....	126
<b>Александр Тэнасе</b> Роль Конституционного Суда Республики Молдова в укреплении независимости судебной власти .....	141
<b>Жедигер Саалаев</b> Конституционная палата Верховного Суда Кыргызской Республики и ее роль в деле укрепления независимости судебной власти .....	146
<b>Оливера Вучич</b> Роль конституционных судов в укреплении независимости судебной власти: теоретические усилия и практические проблемы .....	151

<b>Симона-Майя Теодороиу, Ионита Кочинту</b> Конституционный судебный процесс и судебная система в Румынии - с особой ссылкой на независимость судебной власти .....	160
<b>Алексей Ливеровский</b> Объективность решений органов конституционного нормоконтроля .....	168
<b>Ури Шохам</b> Обеспечение осведомленности и защита основных прав человека в Верховном Суде Израиля .....	177
<b>Сугар Дулам</b> Из судебной практики Конституционного Суда Монголии относительно обеспечения независимости судебной власти .....	180
<b>Станислав Данилюк</b> О конституционно-правовых основах независимой судебной власти в Республике Беларусь .....	184
<b>Махкам Махмудзода</b> Роль органа конституционного контроля в развитии правового государства .....	190
<b>Гзиме Старова</b> Роль конституционных судов в укреплении судебной власти — на примере Конституционного Суда Республики Македония .....	199
<b>Павел Вилински</b> Независимость судебной власти как основа права на справедливое судебное разбирательство в юриспруденции Конституционного Трибунала Польши .....	210

## CONTENTS

**OPENING SPEECH AT XX YEREVAN  
INTERNATIONAL CONFERENCE**

- Gagik Harutyunyan**  
President of the Constitutional Court of the Republic of Armenia ..... 5

**GREETING SPEECHES AT XX YEREVAN  
INTERNATIONAL CONFERENCE**

- Gianni Buquicchio**  
President of the Venice Commission of the Council of Europe ..... 11
- Arpine Hovhannisyan**  
Minister of Justice of the Republic of Armenia ..... 17

**PRESENTATIONS AT XX YEREVAN  
INTERNATIONAL CONFERENCE**

- Aldis Laviņš**  
The role of constitutional courts in strengthening the independence  
of the judicial power: Latvian experience ..... 23
- Sergei Mavrin**  
Constitutional justice and the independence of the judicial power ..... 29
- Arevik Petrosyan**  
The role of the Constitutional Court of the Republic of Armenia  
in strengthening the independence of the judicial power: constitutional  
– legal solutions, contemporary challenges and development tendencies ... 36
- Radovan Suchanek**  
Independence of judicial power in the constitutional system  
of the Czech Republic and its interpretation provided  
by the Constitutional Court ..... 46

<b>Ivetta Macejkova</b> Protection of the independence of the judicial power in the framework of adoption of the decisions by the Constitutional Court of Slovak Republic in concordance with the legal norms .....	60
<b>Anar Zhailganova</b> Standards of the Independence of Justice .....	66
<b>Mourad Medelci</b> The Algerian experience in strengthening of the independence of the judicial power .....	73
<b>Danutė Jočienė</b> Strengthening the principle of the independence of the judiciary in the doctrine of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania .....	79
<b>Nurak Marpraneet</b> The role of the Constitutional Court of Thailand in strengthening the independence of the judicial power: doctrinal approaches and contemporary challenges .....	103
<b>Snježana Bagić</b> Transparent functioning as a guarantee of public confidence and trust in the work of the Constitutional Court of the Republic of Croatia .....	107
<b>Jean Spreutels</b> The role of the Constitutional Court in strengthening the independence of the judicial power .....	126
<b>Alexandru Tenase</b> The role of the Constitutional Court of the Republic of Moldova in strengthening the independence of judicial power .....	141
<b>Zhediger Saalayev</b> Constitutional Chamber of the Supreme Court of Kyrgyz Republic and its role in strengthening the independence of judicial power .....	146

<b>Olivera Vučić</b> The role of constitutional courts in strengthening the independence of the judicial power: theoretical efforts and practical challenges .....	151
<b>Simona-Maya Teodoroiu, Ionița Cochințu</b> Constitutional litigation and the judicial system in Romania – with special reference to the independence of the judiciary .....	160
<b>Aleksey Liverovski</b> Objectiveness of the decisions of the bodies of constitutional review .....	168
<b>Uri Shoham</b> Creating awareness and protecting fundamental human rights in the Supreme Court of Israel .....	177
<b>Sugar Dulam</b> From the judicial practice of the Constitutional Court of Mongolia in ensuring the independence of the judicial power .....	180
<b>Stanislav Danilyuk</b> On constitutional – legal grounds of independent judicial power in the Republic of Belarus .....	184
<b>Mahkam Mahmudzoda</b> Role of the body of constitutional review in the development of rule of law state .....	190
<b>Gzime Starova</b> Role of constitutional courts in strengthening the judicial power – with a special review of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia .....	199
<b>Paweł Wiliński</b> Independence of the judicial power as the basis of the right to fair trial in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal of Poland .....	210



**INTERNATIONAL ALMANAC**  
CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE NEW MILLENIUM

**ALMANACH INTERNATIONAL**  
JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AU NOUVEAU MILLENAIRE

**INTERNATIONALER ALMANACH**  
VERFASSUNGSJUSTIZ IM NEUEN JAHRTAUSEND

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ АЛЬМАНАХ**  
КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ В НОВОМ ТЫСЯЧЕЛЕТИИ

**Над выпуском работали:**  
**At the publication worked:**

А. АКОПЯН (Рук. группы)

A. HAKOBYAN (Head of the group)

И. ДАНИЕЛЯН  
Н. АЛЕКСАНИЯН  
Н. ХАЧИКЯН  
Г. ОГАНЕСЯН  
С. ГРИГОРЯН

I. DANIELYAN  
N. ALEXANYAN  
N. KHACHIKYAN  
G. HOVHANNISYAN  
S. GRIGORYAN

**Материалы Альманаха публикуются в авторской редакции**  
**The materials of Almanac are published in author's edition**

**Тираж/circulation: 1000**



**Адрес редакции:**

0019, Ереван, пр. Баграмяна 10

Тел.: (010)529991, (011)588189

Факс: (010)529991

E-mail: armlaw@concourt.am

centercon@concourt.am

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