



giz



საერთაშორისო სტუდენტური ოლიმპიადა ეროვნულ და შედარებით კონსტიტუციურ სამართალში

International Students' Olympiad In National and Comparative Constitutional Law

Международная студенческая олимпиада по национальному и сравнительному конституционному праву

Batumi 2011

საერთაშორისო სტუდენტური ოლიმპიადა „ეროვნულ და შედარებით
კონსტიტუციურ სამართალში (მოხსენებების კრებული)

გამოცემაზე პასუხისმგებელი ზურაბ მაჭარაძე

რედაქტორი: სამართლის დოქტორი,
ასოცირებული პროფესორი მალხაზ ნაკაშიძე

© სტატიის შესაბამისი ავტორები

© კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი
კრებული გამოიცა გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადო-
ების (GIZ) ფინანსური მხარდაჭერით

კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის
რეგიონალური ცენტრის მეექვსე გამოცემა

International students Olympiad in national and comparative constitutional law
(Collection of presentations)

Responsible for the publication Zurab Matcharadze

The redactor of the publication Doctor of Law, Associate
Professor Malkhaz Nakashidze

© Authors of respect articles

© The Regional Centre for Research and Promotion of Constitutionalism

The collection of articles was published with the financial support of the (GIZ)

The publication of The Regional Center for Research and Promotion of Constitution-
alism sixth publication

შინაარსი

მალხაზ ნაკაშიძე – შესავალი	
არზუ ჰასანოვა (აზერბაიჯანი) - გამოხატვის თავისუფლება	
გაიანე დემირჩიანი (სომხეთი) – გამოხატვის თავისუფლება და მასმედია, როგორც მისი ინსტიტუციური გარანტი	
ჰილალ იაზიჩი (თურქეთი) – საკონსტიტუციო სასამართლოს ლეგიტიმურობის უზრუნველყოფა	
ქეთი თოშხუა (საქართველო) - ხელისუფლების დანაწილება ახალი ქართულ-ევროპული კონსტიტუციური მოდელის მიხედვით	
მიხაილო კორმიძო (უკრაინა) – ფედერალიზმი ბელგიაში, დამახასიათებელი ნიშნები, პრობლემები და განვითარების პერსპექტივები	
მირაკ ჩელიკი (თურქეთი) – საკანონმდებლო მეთოდის სპეციალური კონცეფცია საკანონმდებლო ფუნქციის კონტექსტში	
ნარინე ბაბაიანი (სომხეთი) - სიცოცხლის უფლების კონსტიტუციური გარანტია და უზრუნველყოფა	
ნურ კარაჰანი (თურქეთი) – სახელმწიფო მეთაურების პასუხისმგებლობა თურქეთის კონსტიტუციურ სისტემაში	
ტიგრან ხაჩიკიანი (სომხეთი) – სომხეთის სახალხო ომ-ბუდსმენის სტატუსის ზოგიერთი საკითხი	
მარინა ველგანი (უკრაინა) – ევროპული მოქალაქეობის ინსტიტუტი, ევოლიცია და პრობლემები მისი ფორმირების თანამედროვე ეტაპზე	
განიევა ლეილა (აზერბაიჯანი) – არასრულწლოვანთა სამართლის ინსტიტუტი, როგორც რბილი გენოციდი	
დიმიტრი გეგენავა (საქართველო) - საკონსტიტუციო სასამართლოს, როგორც საკონსტიტუციო კონტროლის სპეციალური ორგანოს სამართლებრივი ბუნება და მისი ადგილი ხელისუფლების უმაღლეს ორგანოთა შორის	
ზოხრაბ მაგამეროვი (აზერბაიჯანი) – შეკავებისა და გაწო-	

ნასწორების სისტემა სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანიზაციაში	
ქეთევან მესხიშვილი (საქართველო) – საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი მიმართვა, როგორც უფლების დაცვის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საშუალება	
მიხაილოვა ეკატერინა (რუსეთი) – ტრანსსასაზღვრო თანამშრომლობის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი რეგულირების თავისებურებანი ფედერალურ სახელმწიფოებში	
ირინა პონომარენკო (უკრაინა) – კონსტიტუციურ სამართლებრივი კოლიზიების გაგებისა და გადაწყვეტის მიდგომების შედარებითი ანალიზი კონტინენტური და ანგლოსაქსური სამართლის სისტემებში	
პოპოვა ალისა (რუსეთი) – ეკონომიკური საქმიანობის თავისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლები რუსეთში	
ჟურავლოვა ტატიანა (რუსეთი) – სიცოცხლის უფლება: კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ასპექტი	

TABLE OF CONTENTS

Malkhaz Nakashidze - Preface	
Arzu Hasanova (Azerbaijan) - Freedom of Expression	
Gayane Demirchyan (Armenia) - The Right to freedom of speech and the mass media as an institutional guarantee of its realization	
Hilal Yazici - Providing Legitimacy to the Constitutional Court	
Keti Toshkhua (Turkey) - Distribution of Authority according to the Georgian-European Constitutional Model	
Kormylo Mykhailo (Ukraine) - Federalism in Belgium: characteristic features, problems and prospects of development	
Miraç ÇELİK (Turkey) - Special Concept of Legislative Method in the context of legislative function	
Narine Babayan (Armenia) - Right to life in Constitutional Law– General Characteristics	
Nur Karahan (Turkey) - Responsibilities of State Leaders in the Constitutional System of Turkey	
Tigran Khachikyan (Armenia) - Some issues of RA Ombudsman's legal status	
Marina Velgan (Ukraine) - Institute of European citizenship: problems of formation and evolution at the present stage	
Ganieva Leila (Azerbaijan) - Juvenile Justice Institute, as a soft genocide	
Gegenava Dimitri (Georgia) - The legal Nature of the Constitutional Court as a special body of a constitutional review and its place among higher authorities	
Mogeramov Zokhrab (Azerbaijan) - The system of check and balances in the organization of the state power	
Meskhishvili Ketevan (Georgia) - Appeal to the Constitutional Court as constitutional and legal remedy	
Mikhailova Ekaterina (Russia) - Constitutional and legal regulation of cross-border cooperation particularly in federal states	
Ponamorenko Irina (Ukraine) - A comparative analysis of approaches towards the understanding and resolving the constitutional and legal conflicts in the continental and Anglo-Saxon legal system	
Popova Alisa (Russia) - The constitutional basis of freedom of economic activity in the Russian Federation	
Tatiana Zhuravlova (Russia) - Right to life: the constitutional and legal aspect	

СОДЕРЖАНИЕ

Малхаз Накашидзе - Предисловие	
Арзу Хасанова (Азербайджан) - Свобода выражения	
Гаяне Демирчян (Армения) - Свобода выражения и массмедиа как её институциональный гарант	
Хилал Язич (Турция) - Обеспечение легитимности конституционного суда	
Кетеван Тошхуа (Грузия) - Разделение властей по новой европейской конституционной модели в Грузии	
Михайло Кормиало (Украина) - Бельгийский федерализм, характерные черты, проблемы и перспективы развития	
Мирак Челик (Турция) - Специфическая концепция законодательного метода в контексте законодательной функции	
Наринэ Бабаян (Армения) - Конституционные гарантии и обеспечения права на жизнь	
Нур Карахан (Турция) - Ответственность главы государства в конституционной системе Турции	
Тигран Хачикян (Армения) - Некоторые вопросы статуса омбудсмена Армении	
Вельган Марина (Украина) - Институт европейского гражданства: эволюция и проблемы формирования на современном этапе	
Ганиева Лейла (Азербайджан) - Ювенальная юстиция как институт мягкого геноцида	
Гегенава Дмитри (Грузия) - Правовая природа Конституционного суда, как специального органа конституционного контроля и его место среди высших органов власти	
Магеррамов Зохраб (Азербайджан) - Система сдержек и противовесов в организации государственной власти	
Месхишвили Кетеван (Грузия) - Обращение к конституционному суду, Как конституционно-правовое средство защиты права	
Михайлова Екатерина (Россия) - Конституционно-правовые особенности регулирования приграничного сотрудничества в федеративных государствах	
Пономаренко Ирина (Украина) - Сравнительный анализ подходов к пониманию и разрешению конституционно-правовых коллизий в континентальной и англосаксонской системах права	
Попова Алиса (Россия) - Конституционная основа свободы экономической деятельности в Российской Федерации	
Журавлева Татьяна (Россия) - Право на жизнь: конституционно-правовые аспекты	

წ ი ნ ა თ ქ მ ა

კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი არაერთ საერთაშორისო საგანმანათლებლო და სამეცნიერო პროექტს ახორციელებს. მათ შორის აღსანიშნავია საერთაშორისო სტუდენტური ოლიმპიადის ეროვნულ და შედარებით კონსტიტუციურ სამართალში. იგი წელს პირველად ჩატარდა საქართველოში და მასში მონაწილეობას იღებდნენ საქართველოს, აზერბაიჯანის, სომხეთის, რუსეთის, უკრაინის და თურქეთის უმაღლესი საგანმანათლებლო დაწესებულებების სტუდენტები.

ოლიმპიადის კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრის ინიციატივითა და გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) ფინანსური მხარდაჭერით ჩატარდა და დაგეგმილია მისი გამართვა მომდევნო წლებშიც. ოლიმპიადის მიზნად ისახავს სხვადასხვა ქვეყნის სტუდენტებსა და აკადემიურ წრეებს შორის კონსტიტუციონალიზმის სფეროში თანამშრომლობის ხელშეწყობას და გადრმავებას. მეორე მხრივ, მას გააჩნია ასევე მნიშვნელოვანი საგანმანათლებლო მიზანი - ოლიმპიადის ხელს უწყობს კონსტიტუციონალიზმის ძირითადი პრინციპების პოპულარიზაციასა და სტუდენტებში ამ სფეროში ცოდნის დონის ამაღლებას.

ჩვენთვის ძალიან მნიშვნელოვანია, რომ ამ პროექტმა მაღალი ინტერესი გამოიწვია სხვადასხვა ქვეყნების უნივერსიტეტებთან სტუდენტებს შორის. მიუხედავად იმისა, რომ მათ პროექტში მონაწილეობისათვის რამდენიმე ეტაპიანი შერჩევის რთული პროცედურის გავლა მოუხდათ, ისინი დიდი ენთუზიაზმითა და მონდომებით ცდილობდნენ თავი გამოეჩინათ და სასურველი შედეგისათვის მიეღწიათ. საბოლოოდ ოლიმპიადის დასკვნითი ეტაპი გაიმართა ქ. ბათუმში 19-21 ოქტომბერს და მასში მონაწილეობა მიიღეს ზემოხსენებული ქვეყნებიდან 18 სტუდენტმა და 6 კოორდინატორმა.

სიამოვნებით უნდა აღინიშნოს, რომ ოლიმპიადის მონაწილეებმა წარმოადგინეს ძალიან საინტერესო და

მრავალფეროვანი მოხსენებები კონსტიტუციური სამართლის სფეროში არსებული ზევრი აქტუალური საკითხის შესახებ. უმეტესმა მათგანმა კონსტიტუციონალიზმის ცენტრის ხელმძღვანელის, ცნობილი ქართველი კონსტიტუციონალისტის ავთანდილ დემეტრაშვილის თავმჯდომარეობით შექმნილი ჟიურის დიდი მოწონება დაიმსახურა.

ასევე მნიშვნელოვანია, რომ ოლიმპიადის დასკვნით ეტაპზე, ძალიან საინტერესო დისკუსია გაიმართა თითოეულ მოხსენებასთან დაკავშირებით. სტუდენტებს საშუალება მიეცათ ერთი მხრივ, პროფესიულ დისკუსიაში შესულიყვნენ ერთმანეთთან და მეორე მხრივ, პროფესიული რჩევები და რეკომენდაციები მიეღოთ კომპეტენტური ჟიურისაგან, რაც მათ ვფიქრობთ, აუცილებლად გამოადგებათ მომავალ სამეცნიერო-კვლევითი საქმიანობაში.

წინამდებარე მოხსენებების კრებულიც ერთ-ერთი გამოხატულებაა კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრის დამოკიდებულებისა პირველი საერთაშორისო სტუდენტური ოლიმპიადის მიმართ. ჩვენ გვსურდა გარკვეული სტიმული მიგვეცა სტუდენტებისათვის მომავალი სამეცნიერო-პრაქტიკული საქმიანობაში და გადაწყვიტეთ მათი შრომების პუბლიკაცია. უნდა აღინიშნოს, რომ ისინი პირველ ნაბიჯებს დგამენ სამეცნიერო სფეროში და მათი შრომები შეიძლება არ იყოს დაზღვეული გარკვეული ხარვეზებისაგან, თუმცა გამოვთქვამთ იმედს, რომ ეს კრებული კიდევ უფრო წაახალისებს მათ სურვილს გააგრძელონ სამეცნიერო საქმიანობა მომავალში. ამდენად, კრებულში ოლიმპიადის მონაწილეთა მოხსენებებს უცვლელად გთავაზობთ, თუმცა შესაძლებელია ამ მოხსენებებში გამოთქმულ შეხედულებები არ ემთხვეოდეს ცენტრის პოზიციას და ისინი მხოლოდ მათ ავტორებს ეკუთვნით.

ასევე გვინდა მადლიერებით მოვიხსენიოთ ოლიმპიადის კოორდინატორები მონაწილე უნივერსიტეტებიდან: გიორგი კვერენჩილაძე (თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი), ბადრი ნაკაშიძე (მოსკოვის სახელმწიფო უნივერსიტეტი), ედგარ შათირიანი (ერევნის სახელმწიფო უნივერსიტეტი), ელმად ნასიროვი (ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტი), ევგენი გერასიმენკო

(კიევის სახელმწიფო უნივერსიტეტის) და იუსუფ შევქი აკიემეზი (ტრაბზონის შავი ზღვის ტექნიკური უნივერსიტეტი), რომლებმაც დიდი წვლილი შეიტანეს ოლიმპიადის მაღალ დონეზე ჩატარებაში.

და ბოლოს, გვსურს მადლობა გადავუხადოთ გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოებას (GIZ), პირადად ბატონ ცენო რაიჰენბეჰერს და ბატონ შალვა პაპუაშვილს, მხარდაჭერისა და პროექტის დაფინანსებისათვის, რის გარეშეც გაგვიჭირდებოდა ასეთი საინტერესო და სასარგებლო პროექტის განხორციელება.

მალხაზ ნაკაშიძე

*კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა
და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრის
ხელმძღვანელის მოადგილე,
სამართლის დოქტორი,
შოთა რუსთაველის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
ასოცირებული პროფესორი.*

Introduction

The regional center for research and promotion of constitutionalism has been implementing many international, educational and research projects among them international students' Olympiad in national and comparative constitutional law. Have been held. The first Olympiad was held in Georgia this year and in which students from higher educational institutions of Georgia, Azerbaijan, Armenia, Russia, Ukraine and Turkey took part.

The Olympiad was conducted with the initiative of the regional center for research and promotion of constitutionalism and German Society for international cooperation (GIZ) and it is planned to conduct it in the following years. The Olympiad aims to promote and enhance the cooperation between students of different countries and academicians in the sphere of constitutionalism. On the other hand, it also has a very important educational aim – The Olympiad supports the basic principles of constitutionalism and broadens the knowledge of students in this sphere.

It is very important that the project evoked a great interest among the students of different countries and universities. Despite the fact that, during the participation in the project they had to go through different selection procedures, they showed great motivation and enthusiasm to show their knowledge and achieve desired results. The final stage of the Olympiad was held in Batumi on 19-21 October in which 18 students from the above -mentioned countries and 6 coordinators participated

It should be underlined that the participants presented very interesting and various research papers about the actual topics in the sphere of constitutional law. Most of which have deserved a big appreciation from the members of the jury chaired by the head of Centre of Constitutionalism, famous Georgian constitutionalist Avtandil Demetrashvili.

It is also very important that each presentation was followed by interesting discussions. In the final stage of the Olympiad, the stu-

dents had an opportunity, on the one hand, to take part in professional discussions and on the other hand, they got professional advice and recommendations from the competent jury which will be very beneficial for them in their future scientific research.

The present collection of the presentations displays the positive attitude of the regional center for research and promotion of constitutionalism towards the first international students'Olympiad. Another positive factor was to stimulate students in their future scientific-research and to publish their works. Though should be mentioned that these are their first attempts at conducting scientific research and surely drawbacks can't be avoided. But we hope that this book will strengthen their desire to continue their scientific work in future. Thus, in the collection we present the articles without amendements. Howether, it is possible that point of the views expressed in the articles do not necessarily reflect the position of the center.

At the same time we would like to express our gratitude to the coordinators of the Olympiad from the participating Universities. Giorgi Kverenchkhiladze (Tbilisi State University,) Badri Nakahsidze (Moscow State University), Edgar Shatirian (Erevan State University), Eslshad Nasirov (Baku State University) Evgeni Gerasimov (Kiev State University) and Jusup Sheveq Akiemez (Trabzon Black Sea Technical University) who played a big role in holding the Olympics at a high level.

Additionally, we would like to express our gratitude to the German Society for International cooperation (GIZ) and personally Mr. Zeno reichenbecher and Mr. Shalva Papuashvili, for supporting and financing the project, without of which it would have been difficult to implement such an interesting, effective and useful project.

Malkhaz Nakahsidze

The deputy head of

The Regional Center for Research and Promotion of Constitutionalism,

Doctor of Law,

Associate Professor of Shota Rustaveli State University.

Предисловие

Региональный центр исследований и содействия конституционализма осуществляет различные международные просветительские и научно-исследовательские проекты. Среди осуществлённых в последнее время проектов особое место заняла международная студенческая олимпиада по национальному и сравнительному конституционному праву. В олимпиаде, которая в Грузии проводится впервые, принимали участие студенты из Азербайджана, Армении, Грузии, России, Турции и Украины.

Олимпиада проводилась по инициативе Регионального центра исследований и содействия конституционализма при финансовой поддержке германского общества международного сотрудничества (GIZ) и отныне будет ежегодной. Проведение олимпиады имеет целью содействие и углубление сотрудничества в области конституционной теории студентов и академических кругов различных стран. С другой стороны, она имеет и важную просветительскую цель - способствовать популяризации основных принципов конституционализма и повышению уровня соответствующих знаний в обществе и в особенности в студенческой среде.

Для нас очень важен тот интерес, который был проявлен в отношении этого проекта со стороны студентов и академических кругов многих учебных заведений различных стран. Несмотря на то, что им пришлось пройти сложную процедуру отбора, студенты с большим желанием и энтузиазмом пытались добиться желаемого результата. В результате на заключительный, финальный этап олимпиады, который состоялся в красивейшем городе Грузии, в Батуми приехали 18 студентов и 6 координаторов.

С удовольствием отмечаем, что участники олимпиады представили интересные и разнообразные работы, осуществили их современную презентацию по широкому кругу актуальных проблем конституционализма. Большинство

представленных работ и их презентация заслужили высокую оценку компетентного жюри, возглавляемого Руководителем центра, известным грузинским конституционалистом Автандилом Деметрашвили.

Вокруг докладов проходила интересная дискуссия как среди самих студентов, так и среди присутствующих сотрудников Регионального центра. Надеемся и эти дискуссии и форма презентации будут способствовать приобретению навыков, необходимых в дальнейшей профессиональной карьере участников олимпиады.

Решение об опубликовании настоящего сборника представленных на финальный этап олимпиады докладов отражает принципиальную позицию Регионального центра исследований и содействия конституционализма в вопросе о правовом воспитании общества и конкретно по отношению к данной олимпиаде. Этим мы хотели бы стимулировать дальнейшую научную и практическую активность студентов в области конституционной догматики и правоприменительной практики. Следует отметить, что многие из них впервые принимают участие в столь ответственной международной олимпиаде, некоторые работы и презентации далеки от идеалов, но выражаем надежду, что публикуя данный сборник, мы в известной мере поощряем их дальнейшую научно-исследовательскую активность. Именно поэтому тексты представленных работ публикуются без изменений, несмотря на то, что позиции их авторов не всегда бесспорны и могут не совпадать с принципиальной мировоззренческой позицией Регионального центра.

Успешное проведение заключительного этапа олимпиады во-многом предопределилось активной и плодотворной работой на предварительных этапах, которые проходили в странах - участницах олимпиады и которую обеспечили координаторы Элчад Насиров (Азербайджан), Эдгар Шатирян (Армения), Георгий Кверенчиладзе (Грузия), Бадри

Накашидзе (Россия), Юсуф Шевки Акиемез (Турция) и Евгений Герасименко (Украина).

И в заключение выражаем благодарность германскому обществу международного сотрудничества (GIZ) и лично господам Цено Райхенбехеру и Шалве Папуашвили за финансовое обеспечение проекта и в решении многих организационных вопросов. Без их активной помощи затруднительно было-бы организовать и провести эту интересную и во многих отношениях полезную олимпиаду.

Малхаз Накашидзе

Заместитель руководителя Регионального центра исследований и содействия конституционализма, доктор права, ассоциированный профессор Батумского государственного университета Шота Руставели.



FREEDOM OF EXPRESSION

Introduction

"The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law."

In principle, the right to freedom of expression protects any activity involving the exchange of information or ideas between individuals against interference by the state.

The great majority of such activities are completely harmless but it is clear that the notion of 'seeking, receiving and imparting information or ideas' also encompasses activities which few societies could tolerate, such as incitement to murder, unauthorised graffiti on public walls or the sale of pornography to children.

While the right to freedom of expression is universally recognised as one of fundamental importance, it is therefore also accepted that the right is not absolute. Certain important public and private interests may justify action by the authorities which interferes with or limits the exercise of the right.

A key question, then, is exactly when and under which circumstances international law permits states to impose such restrictions.

Today freedom of speech, or the freedom of expression, is recognized in international and regional human rights law. The right is enshrined in Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 10 of the European Convention on Human Rights, Article 13 of the American Convention on Human Rights and Article 9 of the African Charter on Human and Peoples' Rights. Based on John Milton's arguments, freedom of speech is understood as a multi-faceted right that includes not only the right to express, or disseminate, information and ideas, but three further distinct aspects:

- a) the right to seek information and ideas;
- b) the right to receive information and ideas;

- c) the right to impart information and ideas.

International, regional and national standards also recognize that freedom of speech, as the freedom of expression, includes any medium, be it orally, in written, in print, through the Internet or through art forms. This means that the protection of freedom of speech as a right includes not only the content, but also the means of expression

Freedom of speech is the freedom to speak freely without censorship. The term freedom of expression is sometimes used synonymously, but includes any act of seeking, receiving and imparting information or ideas, regardless of the medium used. In practice, the right to freedom of speech is not absolute in any country and the right is commonly subject to limitations, such as on libel, slander, obscenity, incitement to commit a crime, etc.

The right to freedom of expression is recognized as a human right under Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and recognized in international human rights law in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 19 of the ICCPR states that "everyone shall have the right to hold opinions without interference" and "everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice".

You have the right to hold your own opinions and to express them freely without government interference. This includes the right to express your views aloud or through:

- a) published articles, books or leaflets
- b) television or radio broadcasting
- c) works of art
- d) communication on the internet.

Example

The right to freedom of expression is particularly important for journalists and other people working in the media. They must be free to criticise the state without fear of prosecution – this is an important feature of a democratic society. However, the media does have to bear in mind other human rights, such as a person's right to respect for their private life.

The law also protects your freedom to receive information from other people by, for example, being part of an audience or reading a magazine.

¹ Student of the law faculty, Baku State University, Republic of Azerbaijan

What the law says- International guarantee

The right to freedom of expression is guaranteed not by one single source, but by a number of global and regional human rights treaties, as well as under customary international law. This diversity of sources does not reflect a diversity of ideas on what the right entails; freedom of expression is a universal right, so its formulation is largely the same in every instrument. The differences between regimes relate mostly to their mechanisms of enforcement.

According to the Article 10: Freedom of expression (ECHR)

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

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

ARTICLE 19 defends the right to freedom of expression and information. The right is guaranteed in international human rights law, but is not absolute and can be limited.

At an individual level, freedom of expression is key to the development, dignity and fulfilment of every person. By exchanging ideas and information freely with others, people can gain an understanding of their surroundings and the wider world, better enabling them to plan their lives and practise their trades. Moreover, being able to speak their minds makes citizens feel more secure and respected by the state.

At the national level, freedom of expression is a necessary precondition for good government, and thus also for economic and social progress.

Free speech contributes to the quality of government in various ways. In the first place, it helps ensure that competent and honest persons administer the state. In a democracy, free debate about and between the various political parties exposes their strengths and weaknesses, enabling voters to form an opinion about who is best qualified to run the country, and to cast their ballot accordingly. Media scrutiny of the government and the opposi-

tion helps expose instances of corruption or other improprieties, and prevents a culture of dishonesty from taking root.

Freedom of expression also promotes good government by enabling citizens to raise their concerns with the authorities. If people can speak their minds without fear, and the media are permitted to report what is being said, the government will have the opportunity to become aware of their problems, and can take the necessary measures to address them.

In the third place, free expression ensures that new policies and legislation are carefully considered. Through public debate, members of the public with helpful opinions on a subject can make them known, presenting the government with a ‘marketplace of ideas’ from which to choose the best suggestions. Free debate about new legislation also helps ensure that the law eventually adopted enjoys the support of the population, making it more likely to be respected.

Finally, freedom of expression promotes the implementation of other human rights. Not only does it help improve government policy in all areas, including on human rights; it also enables journalists and activists to draw attention to existing human rights problems and abuses and persuade the government to take action on them.

For all these reasons, the international community has recognised freedom of expression as one of the most important human rights. At its very first session, in 1946, the UN General Assembly adopted Resolution 59(I) which states: “*Freedom of information is a fundamental human right and ... the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated.*”

Key aspects

As its formulation in Articles 19 of the *UDHR* and *ICCPR* shows, the right to freedom of expression is very broad in scope. It could be said to have six main aspects.

1) “Everyone shall have the right...”

The right to freedom of expression belongs to everyone; no distinctions are permitted on the basis of a person’s level of education, or his or her race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or any other status. Save in exceptional circumstances, restrictions on the right of prisoners and convicted criminals to express themselves violate international law.

2) “...to seek, receive and impart...”

The right to “impart information and ideas” is the most obvious aspect of freedom of expression. It is the right to tell others what one thinks or

knows, whether in a private meeting or through a means of mass communication. But freedom of expression serves a larger purpose: to enable every citizen not just to contribute but also to have access to as wide a range of information and the viewpoints of others as possible. Hence Article 19 states that freedom of expression also includes the right to seek and to receive information and ideas, for example by obtaining and reading newspapers, listening to broadcasts, surfing the Internet, participating in public debates as a listener, and significantly, undertaking journalistic or academic research.

Furthermore, it is increasingly being recognised that the right to ‘freedom of information’ also includes the right to access records held by public authorities. Governments must publish important information and respond to requests from individuals to access their records.

3) “...information and ideas of any kind...”

The right to freedom of expression applies not only to information and ideas generally considered to be useful or correct, but to any kind of fact or opinion which can be communicated. The UN Human Rights Committee (the body that oversees implementation of the *ICCPR*) has stressed this point:

Moreover, the right to freedom of expression also extends to controversial, false or even shocking material; the mere fact that an idea is disliked or thought to be incorrect cannot justify preventing a person from expressing it.

As observers have pointed out, legal protection only for accepted information and ideas would be a hollow gesture. The English philosopher John Stuart Mill (1806-1873) advanced four arguments as to why it is important to permit controversial speech:

1. If an opinion is silenced, we will never know whether or not it was correct; to deny the possibility that another’s opinion is correct assumes one’s own infallibility.

2. Opinions are rarely entirely wrong or entirely correct. If an opinion is silenced, the ‘correct’ part will be lost.

3. Even if an accepted idea is indeed the correct one, it can only fully convince the public if it survives an open and fair contest with an opposing idea.

4. Why a particular idea is correct might easily be forgotten, if that idea is not periodically challenged and its strengths so exposed.

International courts have repeatedly stressed that freedom of expression under international law extends to controversial subject matter. The European Court of Human Rights stated:

Freedom of expression ... is applicable not only to ‘information and ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive but also to those that offend, shock or disturb the state or any sector of the population.

Such are the demands of pluralism, tolerance and broad mindedness without which there is no ‘democratic society’.

In another case, the Court underscored that it is immaterial whether a particular opinion is considered correct: *“It matters little that [an] opinion is a minority one and may appear to be devoid of merit since ... it would be particularly unreasonable to restrict freedom of expression only to generally accepted ideas.”*

4) “...regardless of frontiers...”

As the words “regardless of frontiers” in both the *UDHR* and *ICCPR* make clear, the right to freedom of expression is not limited by national boundaries; states must allow their citizens to seek, receive and impart information to and from other countries.

5) “...through any media...”

Citizens should be permitted to express themselves through any media, whether modern or traditional. This includes, but is not limited to, newspapers, magazines, books, pamphlets, radio, television, the Internet, works of art and public meetings.

6) “...to respect and to ensure...”

Finally, and importantly, the right to freedom of expression has not only ‘negative’ implications, but also ‘positive’ ones; that is to say, states are not just required to refrain from interfering in the right but must also take active steps to remove obstacles to free expression. This is made clear by Article 2 of the *ICCPR*, which provides that all states parties to the Covenant undertake to *“respect and to ensure to all individuals ... the rights recognized in the present Covenant”*.

Examples of proactive measures which states should take are preventing the monopolisation of media outlets by the government or private entrepreneurs; proactively disseminating information; ensuring that minority groups are able to make themselves heard through the media; and, in transitional countries, making the abolition or amendment of laws from previous regimes which limit freedom of expression a priority.

Scope

The *UDHR*, *ICCPR*, *OSCE* Final Act and *CIS* Convention cover a wide range of subjects and are therefore succinct in their discussion of freedom of expression. They do not provide clear answers to many of the concrete questions encountered by those who wish to invoke the right, or those who are required to apply it.

Fortunately, a large body of authority has developed on the meaning of the right in various contexts, consisting of decisions of international and do-

mestic courts, recommendations and statements by international bodies, and opinions of experts.

The majority of these authorities are of a persuasive nature, although some of them may have partly or wholly become binding as customary international law.

In the context of effective political democracy and respect for human rights mentioned in the Preamble to the Convention, freedom of expression is not only important in its own right, but also it plays a central part in the protection of other rights under the Convention. Without abroad guarantee of the right to freedom of expression protected by independent and impartial courts, there is no free country, there is no democracy. This general proposition is undeniable.³ Freedom of expression is a right in itself as well as a component of other rights protected under the Convention, such as freedom of assembly. At the same time, freedom of expression can conflict with other rights protected by the Convention, such as the right to a fair trial, to respect for private life, to freedom of conscience and religion. When such conflict occurs, the Court strikes a balance in order to establish the pre-eminence of one right over the other. The balance of the conflicting interests, one of which is freedom of expression, takes into account the importance of the other. The Court has repeatedly stated that *Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment.*

Enforcement

A traditional legal maxim says that “*where there is a right, there is a remedy.*” International guarantees of the right to freedom of expression can be enforced, both in domestic courts and international mechanisms, through the following:

Enforcement in domestic courts

Under Article 2(3) of the *ICCPR*, states parties must ensure that persons whose rights under the *ICCPR* have been violated have an effective remedy.

This means that every state which has ratified the *ICCPR* must have some sort of mechanism in place through which an individual can enforce his or her human rights, including the right to freedom of expression.

Because the legal system of each state is different, the *ICCPR* does not specify exactly how this mechanism should work; a state may craft its laws and institutions in any way it sees fit, as long as the end result is effective in protecting individuals' human rights.

A rough distinction can be drawn between two approaches that countries worldwide have taken to implementing international law, including international human rights, at the national level.

Under the first approach, often called the ‘dualist approach’, international and domestic law are seen as separate spheres. It is not possible to invoke international norms directly before a court; the only way in which international rules can find their way into the national legal system is through a legislative act ‘transforming’ a particular treaty or rule of customary international law into domestic law. One peculiar consequence of the dualist approach is that if the government fails to translate international law properly, some things which are illegal under international law may still be legal under domestic law.

The second approach, the ‘monist’ approach, regards international and domestic law as a single body. The courts are authorised to apply treaties (and sometimes customary law) in the same way as any law adopted by the national government. In most monist countries, international law is considered to be hierarchically superior to law of domestic origin, with the exception of the constitution; this means that if there is a conflict between national and international law, the international rule will prevail.

In practice, many states take an intermediate approach and are preponderantly, rather than strictly, monist or dualist. It is also not uncommon for courts in a country that is supposedly monist simply to ignore international law, usually because the judges are unfamiliar with or hostile to it.

There are a number of bodies within IGOs whose function is to monitor and address human rights problems, including violations of the right to freedom of expression.

Although few of them are formally binding, in the sense of being able to force states to take a particular action, this does not mean they are without significance. Indeed, most states are eager to avoid being criticised or condemned over human rights issues, particularly by an international body whose decision is authoritative and unequivocal evidence of a breach of rights.

A determination by an international mechanism that a state has committed a violation of human rights is cause for embarrassment, and makes it difficult for the state in question to deny or ignore the existence of the problem. It may also strengthen the campaigns of domestic organisations and persuade foreign states to exercise pressure over the issue.

How is the Freedom of Expression regulated by other state constitutions?

Freedom of expression is granted by Article 5 of the Basic Law for the Federal Republic of Germany:

1. Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing, and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship.

2. These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons, and in the right to personal honor.

3. Art and scholarship, research, and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.

Observer and The Guardian v United Kingdom (1991)

The Guardian and *The Observer* newspapers published some excerpts from Peter Wright's book *Spycatcher*, which contained material alleging that MI5 had conducted unlawful activities. The government succeeded in obtaining an injunction preventing further publication until proceedings relating to a breach of confidence had been concluded. Subsequently the book was published in other countries and then in the UK. *The Guardian* complained that the continuation of the injunction infringed the right to freedom of expression in Article 10.

The European Court of Human Rights held that although the injunction was lawful, as it was in the interests of national security, once the book had been published, there was insufficient reason for continuing the publication ban. The injunction should have been discharged once the information was no longer confidential.

2. Aydın Tatlav v. Turkey, 2 May 2006 (blasphemy, (not) an abusive attack on a religion or its symbols)

In 1992 Erdoğan Aydın Tatlav, a journalist living in Istanbul, published a five volume book under the title *İslamiyet Gerçeği* (The Reality of Islam). In the first volume of the book he criticised Islam as a religion legitimising social injuries portraying them as "God's will". Following a complaint at the occasion of the fifth edition of the book in 1996, the journalist was prosecuted for publishing a work designed to defile one of the religions (art. 175 Crim. Code). He was sentenced to one year's imprisonment, which was con-

verted into a fine. Before the ECtHR Tatlav complained that this conviction had been in breach of Article 10 of the Convention, referring to the right of freedom of expression "without interference by public authority". Essentially, the Court evaluated whether the interference in the applicant's right could be legitimised for the protection of the morals and the rights of others as "necessary in a democratic society". The Court is of the opinion that certain passages of the book contained strong criticism of religion in a social-political context, but that these passages had no insulting tone and neither contained an abusive attack against Muslims or against sacred symbols of Muslim religion (See ECtHR I.A. v. Turkey, 13 September 2005, Iris 2005/10, 3-4). The Court did not exclude that Muslims could nonetheless feel offended by the caustic commentary on their religion, but this was not considered a sufficient reason to legitimise the criminal conviction of the author of the book. The Court also took account of the fact that although the book had first been published in 1992, no proceedings had been instituted until 1996, when the fifth edition was published. It was only following a complaint by an individual that proceedings had been instituted against the journalist. With regard the punishment imposed on Tatlav, the Court is of the opinion that a criminal conviction involving, moreover, the risk of a custodial sentence, could have the effect of discouraging authors and editors from publishing opinions about religion that were not conformist and could impede the protection of pluralism, which is indispensable for the healthy development of a democratic society. Taking into regard all these elements of the case, the Strasbourg Court considers the interference by the Turkish authorities disproportionate to the aims pursued. Consequently, the Court holds unanimously that there has been a violation of Article 10 of the Convention (see also ECtHR *Giniewski v. France*, 31 January 2006, Iris 2006/4, 2-3) In taking its decisions, the Court in Strasbourg has paid attention to national constitutional practices, including the constitutional practice of the United States, which grants a strong protection to freedom of expression. However, domestic decisions – even those with legal force – have a limited utility for an international body such as the Court, which applies and construes an international treaty. In some cases the Commission and the Court have referred to the International Covenant on Civil and Political Rights or other international documents protecting freedom of expression. Article 10 of the Convention is structured in two paragraphs.

a) The first paragraph defines the freedoms protected.

b) The second stipulates the circumstances in which a state may legitimately interfere with the exercise of freedom of expression.

Paragraph 1 provides for three components of the right to freedom of expression:

- a) freedom to hold opinions;
- b) freedom to impart information and ideas; and
- c) freedom to receive information and ideas.

These freedoms must be exercised freely, without interference by public authorities⁷ and regardless of frontiers.

Freedom to hold opinions

Freedom to hold opinions is a prior condition to the other freedoms guaranteed by Article 10, and it almost enjoys an absolute protection in the sense that the possible restrictions set forth in paragraph 2 are inapplicable. As stated by the Committee of Ministers, “any restrictions to this right will be inconsistent with the nature of a democratic society”.⁸ States must not try to indoctrinate their citizens and should not be allowed to operate distinctions between individuals holding one opinion or another. Moreover, the promotion of one-sided information by the State may constitute a serious and unacceptable obstacle to the freedom to hold opinions. Under the freedom to hold opinions, individuals are also protected against possible negative consequences in cases where particular opinions are attributed to them following previous public expressions. The freedom to hold opinions includes the negative freedom of not being compelled to communicate one’s own opinions.

Conclusion

The “expression” protected under Article 10 is not limited to words, written or spoken, but it extends to pictures, 36 images³⁷ and actions intended to express an idea or to present information. In some circumstances dress might also fall under Article 10. Moreover, Article 10 protects not only the substance of the information and ideas but also the form in which they are expressed. Therefore, printed documents, radio broadcasts, paintings, films or electronic information systems are also protected under this article. It follows that the means for the production and communication, transmission or distribution of information and ideas are covered by Article 10, and the Court must be aware of the rapid developments of such means in many areas. Freedom of expression includes the negative freedom not to speak. The Commission invoked this type of right in *K. v. Austria*, protecting the applicant against self-incrimination in connection with criminal proceedings. It is characteristic for Article 10 to protect expression which carries a risk of damaging or actually damages the interests of others. Usually, the opinions shared by the majority or by large groups do not run the risk of interference by the states. This is why the protection afforded by Article 10 also covers

information and opinions expressed by small groups or one individual even where such expression

shocks the majority. The tolerance of individual points of view is an important component of the democratic political system. *Article 10 paragraph 2 The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.*

“The exercise of these freedoms ... may be subject to ...” Any restriction, condition, limitation or any form of interference with freedom of expression may only be applied to a particular exercise of this freedom. The content of the right to freedom of expression may never be touched. In this respect, Article 17 reads that *nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.* Obviously, a limitation on the content of one right is similar to the destruction of the said right. Equally, the national authorities are not required to interfere with the exercise of freedom of expression every time one of the grounds enumerated by paragraph 2 is at stake, as this would lead to a limitation of the content of this right. For instance, damaging one’s reputation or honour must not be seen as criminal and/or requiring civil redress in all cases. Similarly, public expression putting at risk the authority of the judiciary must not be punished each time such a criticism occurs. In other words, the public authorities have only the possibility and not the obligation to order and/or enforce a restrictive or punitive measure to the exercise of the right to freedom of expression. A different approach would lead to a hierarchy of rights and values or interests, placing freedom of expression at the bottom of the list after, for instance, the right to dignity and honour, morals or public order. Moreover, such a hierarchy would contravene all international treaties which provide for the equality of rights and do not allow permanent limitations on the exercise of one right, since this would be similar to denial of that right.

“The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities ...”

The idea according to which the exercise of freedom of expression carries with it duties and responsibilities is unique in the Convention, and it

cannot be found in any of the other provisions regulating rights and freedoms.

Three requirements for legitimate interference with the exercise of freedom of expression

According to paragraph 2, domestic authorities in any of the Contracting States may interfere with the exercise of freedom of expression where three cumulative conditions are fulfilled:

a) the interference (meaning “formality”, “condition”, “restriction” or “penalty”) is prescribed by law;

b) the interference is aimed at protecting one or more of the following interests or values: national security; territorial integrity; public safety; prevention of disorder or crime; protection of health; morals; reputation or rights of others; preventing the disclosure of information received in confidence, and; maintaining the authority and impartiality of the judiciary;

c) the interference is necessary in a democratic society. “State’s interference” must be seen as any form of interference coming from any authority exercising public power and duties or being in the public service, such as courts, prosecutors’ offices, police, any law-enforcement body, intelligence services, central or local councils, government departments, army decision-making bodies, public professional structures. Far from being exhaustive, the above enumeration tries only to picture the possible national authorities whose actions would be capable of limiting the exercise of freedom of expression. It makes no difference for the Court which particular authority interferes with this right; the national government shall be considered as respondent party in all cases brought before the Court in Strasbourg. The national courts must follow these three requirements when examining and deciding cases in any way involving freedom of expression. The primary aim of the Convention system is that the domestic courts enforce the text of the Convention as developed by the Court’s jurisprudence. The European Court must only be the last resort. This is why the national courts are the first and most important instance to ensure the free exercise of freedom of expression and to make certain that eventual restrictions follow the requirements set up in paragraph 2 as explained and developed by the Court. **“The exercise of these freedoms may be subject to ...restrictions or penalties as are prescribed by law”**

According to this requirement, any interference with the exercise of freedom of expression must have a basis in the national law. As a rule, this would mean a written and public law adopted by the Parliament. A national Parliament must decide whether or not such a restriction should be possible. For example, in a case regarding a journalist convicted for defamation, the crime of defamation must be provided for in the national law. Or, where

prohibition of publication or seizure of the means by which an expression is disseminated –such as books, newspapers or cameras – are ordered or enforced, such measures have to rely

on national legal provision. Equally, where a newspaper’s premises are searched or a broadcasting station is taken off air and closed, legal provisions in the national law must underlie such measures. The Court has accepted in some very few cases that common-law rules or principles of international law did constitute a legal basis for the interference with the freedom of expression. Where the domestic courts are satisfied that a legitimate aim underlies an interference with freedom of expression, they must then look into the third requirement

of paragraph 2, as the Court does, and decide whether such interference is “necessary in a democratic society”, following the Court’s highly developed principles.



Gayane Demirchyan¹

The Right to freedom of speech and the mass media as an institutional guarantee of its realization

There is no democracy without freedom of speech. This truth is as indisputable as the insistence that freedom is acquired only due to persistent and consistent struggle. Freedom of speech, opinion, information is ranked among relatively new achievements of civilization. The French intellectual Walter said: "People don't have any freedom without freedom of expressing their thoughts"². Freedom of speech was initiated by the English Bill of Rights in 1869. Later it found its reflection in the first change of the USA 1787 Constitution and gradually at the beginning of the 20th century the majority of the European countries guaranteed that freedom in their constitutional acts.

The right to the freedom of speech is fixed in almost all the international papers concerning the fundamental human rights: in the Universal Declaration of Human Rights (1948), in the International Covenant on Civil and Political Rights in 1966, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights) in 1950, in CIS Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in 1995 and so on.

The Republic of Armenia, having proclaimed itself as a legal and democratic state, has fixed the right to the freedom of speech and thought as one of the fundamental human rights in the 27 Article of the Constitution.

Freedom of speech belongs to everybody, be it a physical or a juridical person. Moreover, that freedom is not confined to frontiers of the state. It is guaranteed irrespective of the frontiers of that state.

The Republic of Armenia, having become a member of the European Council in 2011, has joined to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms /European Convention on Human Rights/ 1950, according to 10th article: "Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.

It should be mentioned that European Convention applies the concept "freedom of expression" which is indisputably a broader concept than "the freedom of speech". The freedom of speech is the constituent part of the freedom of expression. One can express one's beliefs, feelings and opinion in different ways – through art (cinema, music, painting, and other creations), through gestures, silence, as well as through speech. That's why in the international right the notion "freedom of speech" gradually gives up its place to the concept "freedom of expression", for the later is more embracing and includes the freedom of all the types of expression. According to the case law of the European Court the 10 article of the Convention is implemented not only on the information and ideas expressed with the help of written or oral speech, but also on the pictures, films and other works of art, as well as on all the means of launching and electronic systems.

Freedom of expression, including freedom of information, is fundamentally important not only as a mere right, but also as a source for the realization of all the other rights. The importance of freedom of expression in a democratic society has repeatedly been emphasized by international courts. The European Court of Human Rights has established such a thesis in this conception, which is now the basis for all the functions concerning freedom of expression: "Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man"¹. Later this clause was asserted both by UN commission of Human Rights and by the Inter-American Court of Human Rights. According to it "Freedom of expression is a cornerstone upon which the very existence of a democratic society rests. It is obligatory for the formation of the public opinion... We can say that in fact a society cannot be free, if it is not well informed"².

According to the 10th Article of the Convention one's freedom of expression includes the following 3 elements:

- a) Freedom of having one's own opinion;
- b) Freedom of getting information and ideas;
- c) Freedom of spreading information and ideas.

Article 19 of the UN International Covenant on Civil and Political Rights emphasizes freedom of searching of information and ideas as well: "Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice".

So, in the sense of the essence and matter of freedom of speech the RA legislation, particularly the RA Constitution, is in harmony with not only Eu-

¹ Student of the law faculty, Yerevan State University, Republic of Armenia

² Voltaire. Selected Works, 1938, page 327.

¹ ECHR: Nielsen and Johnson v. Norway (Application no. 23118/93), 25.11.1999, § 43.

² Advisory Opinion OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5, ¶ 70.

ropean Convention but also with the other international legal deeds. Moreover, in the sense of freedom of information, it is more favorable and closer to the definition of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Part 2 of article 27 of the RA Constitution views the right to freedom of information as a constituent part of the right to freedom of speech. It follows from the constitutional matter of that right that One can freely seek (search for), receive and impart information and ideas, through any kind of media (in print, exhibition, meeting, mass meeting and so on), regardless of the state frontiers.

Speaking of freedom of speech we cannot avoid touching upon freedom of the press, for the later is one of the guarantees of the institutional realization of freedom of speech. Part 3 of Article 27 of the RA Constitution ratifies freedom of mass media and other means of mass information.

The European Court of Human Rights has declared that freedom of the press deserves special attention, in order to be able to “implement its role of society’s keeper and supply information and ideas about socially significant questions”¹.

Almost all the European countries constitutionally secure freedom of receiving and imparting information and in such countries as Sweden and Netherlands a positive obligation is put upon the government – to contribute to the freedom of the press.

The significance of free and independent mass media as one of the fundamentals of democracy is accepted all over Europe. For the mass media to serve correctly their purpose, they should be free, independent and not be subject censorship. Only that press, which is not to depend on government and not subject to censorship, is considered to be independent. For example, Article 25 of the Constitution of Belgium decidedly asserts, that “The Press is free. Censorship is absolutely inadmissible”. Article 5 of Basic Law for the Federal Republic of Germany likewise guarantees that “there will be no censorship”. The RF Constitution also contains a ban on censorship.

Article 4 of the Law of the RA 2003 “On mass media” defines a number of guarantees ensuring the right to freedom of speech, among which is the ban on censorship. The ban on censorship is also asserted in article 4 of the Law of the RA “On Television and Radio Broadcasting”. Though, the ratification of the mentioned thesis is a positive and progressive step, we consider, however, that censorship should be prohibited not only in the case of mass media, but also in any case of manifestation of freedom of speech. For example, works of art, university lectures should not be subject to censorship. Therefore, the ban on censorship should be established not by the law

“On mass media”, but by a legal act having a higher juridical power and more general sphere of management, for example by Constitution.

Article 4 of the Law of the RA “On mass media” also defines that “a journalist, conducting his or her legitimate professional activities, shall be protected by the RA legislation as a person performing a social duty”. That protection has found its manifestation, for example, in Article 149 and 164 of the RA Criminal Code. The former establishes that during free implementation of the election or referendum right of the citizen that hindering the activities of a representative of mass media is a criminally punishable deed, and the latter prohibits to hinder a journalist’s from his or her legitimate professional activities.

Despite the listed guarantees, perhaps the most effective guarantee fixed in the law is that except TV programs “the other mass media products are produced and disseminated without prior or current state registration, licensing, declaration or notice to any state body” (Article 4). In spite of the fixing such guarantees, the same law breaks one of those guarantees. Thus, in Article 13 of the law it is mentioned about conducting the administrative registry of media products, which is implemented by the RA Ministry of Justice in accordance with the 2 copies of media products sent to Ministry according to the data issued on them. In fact this is nothing more, than a farm of notification to a state body about implementing mass media¹.

One of the important constituents of journalist’s freedom is the right of the journalist to reveal the source of information. The European Court has decidedly emphasized the principle that “protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom”. The Court has mentioned that without protection of journalistic sources “the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected”². Journalists’ right of not revealing the source should not be confined otherwise than according to the second point of Article 10 of the Convention.

The legal protection given to journalists for not revealing their sources is quite thorough in Spain and France, but it doesn’t mean that the court cannot make journalists reveal the source of information. In Spain the protection of sources is certified by a constitutional thesis, but the interpretation of the matter and volume that constitutional article is left to the Court’s discretion (Article 20). In the French Criminal Code, for example, it is stated: “Each journalist, speaking as a witness concerning the collected information during his/her journalistic activities, has the right not to reveal his/her sources” (Ar-

¹ ECHR: The Sunday Times v. The United Kingdom (Application no. 13166/87), 26.04.1979, (Series A No 30) ¶ 65, Lingens v. Austria (Application no. 9815/82), 08.07.1986, Series A No 130, ¶ 42.

¹ K. Andreasyan, Reflection facilities of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in the legislation concerning the right of freedom of expression, *Questions of jurisprudence*, N 1-2, Yerevan, 2004, page 24-25.

² Goodwin v. United Kingdom, (Application no. 17488/90), 27.03.1996, ¶39, 40, 45.

ticle 109, paragraph 2). At the same time, in paragraph 2 of article 563 of the same law it is stated: “The territory of the press or a teletexting (telecast) company can be searched only by a judge or a public prosecutor who should try to do their best for the research not to endanger the free implementation of a journalist’s profession”.

Other countries, suggesting legal standards protecting journalistic sources, are Austria, Finland, Norway, Lithuania, Poland, Portugal, Spain, Switzerland and Sweden.

Article 5 “On mass media” of the law of the RA guarantees the right of not disclosing sources of information by the implementer of media activity or journalist. The same article also makes a provision that the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. And he must consequently display a greater degree of tolerance (Part 2, Article 5). In other words, the journalist can refuse to give evidence and disclose his/her source of information in the course of criminal proceeding, if “the necessity of societal interest in law enforcements” doesn’t outweigh “the public interest in protecting the sources of information” and if an alternative means of protecting that interest is found, for example, the possibility of disclosing the source in another way. The assertion of media implementer and protection of his/her covert source is very positive, however unreal, for that thesis contradicts to Part 2 of Article 86 of the RA Criminal Procedure Code, in which the exhaustive list of those people is given, who cannot be invited as a witness and be questioned. The implementer of mass media is not mentioned in that list in any way, and if the legislator has for an object the assertion the mentioned guarantees of freedom of speech, it should be done by making changes in the corresponding article of the RA Criminal Procedure Code.

On March 17 in 2010 the RA National Assembly by the second reading and completely passed a bill “On making additions in the RA Criminal Procedure Code”, in which Part 2 of Article 16 of the RA Crime Proc. Code was filled up with a new point. Its aim was to abolish discrepancy between the criminal procedure code and the RA law “ON mass media”. Particularly, in Point 3 of Part 2 of Article 16 of the RA Crime Proc. Code it is stated that if by the resolution of the court the implementer of media activities or journalist is obliged to disclose the source of information, at the petition of the implementer of media activities or journalist, the court proceedings can be held in camera. Though this change is a positive step the Criminal Procedure Code doesn’t tell in detail in which cases the journalist can be obliged to disclose the source of information, i.e. in which cases the implementer of media activities or journalist can get free from the duty of giving evidence. In this part, perhaps, continues to exist the discrepancy between the RA Criminal Procedure Code and the Law “On mass media”.

Speaking of freedom of speech and the press should emphasize once again that a right is never limited and that the international documents regulating those relations also consider some restrictions on freedom of speech to be reasonable.

Both Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 10 of the European Convention and the RA Constitution provide exhaustive incidents of restricting the right to freedom of expression and certain criteria. For the present instance those criteria and their lucidity are considered an extremely important guarantee of protection of right. Article 10 of the European Convention provides that any restriction should be:

- a) Protection by law;
- b) Pursuing a legitimate aim provided by Part 2 of Article 10 of the Convention;
- c) Reasonably required in a democratic society.

Article 43 of the RA Constitution also considers important of the legality of those restrictions and pursues almost the same goals.

It is perhaps important to present in short the contents of each restriction in the sense of the precise definition of the restrictions on freedom of expression. Thus, “prescribed by law”, according to the European Court, means that laws prescribing restrictions should firstly be adequately accessible and secondly sufficiently precise for the citizen to be able foreknow the possible consequences of the given action as far as it is possible in the given circumstances¹.

The next criterion is the legitimate aim of restrictions. Any restriction on freedom of expression should be means for the protection of the values that are exhaustively mentioned in Part 2 of Article 10 of the Convention. Those values are: national security, territorial integrity, or public safety, prevention disorder or crime, protection of morals and health, reputation or rights of others, preventing the disclosure of information received in confidence, authority and impartiality of the judiciary. In this sense Article 43 of the RA Constitution almost doesn’t differ from the definition of Article 10 of the Convention. The only difference between the 2 articles is that in the Constitution the aim of “the authority and impartiality of the judiciary” is absent.

The last criterion fixed in the European Convention, is the necessity in a democratic society. According to the European Court “necessity” can not be unequivocally interpreted and in order to understand it one should take into consideration several factors, among which are the nature of restrictions, the extend of intervention by the state, the nature of the expressed information or opinion, as well as the public or political context of the affair.

¹ The Sunday Times v. The United Kingdom (Application no. 13166/87), 26.04.1979, (Series A No 30).

In order to protect national security or territorial integrity or to prevent the disclosure of information received in confidence, the European Court has adopted the principle that states have an extremely wide scope of discretion. The European Court gives the states the right to define a special duty and responsibility for civil servants for the protection of state secret¹.

The RA Constitution defines responsibility of proclaiming a state secret only for the person, who had a right to get acquainted with a state secret and to whom it was confided or has become known in consequence of his/her service. For others, among them journalists, responsibility is defined only in the case when that publication has features of high treason.

In connection for the prevention of disorder or crime, pub appeals directed against taking possession of state authority or making changes in the RA constitutional order (system) under constraint against propagation of war, appeals of actions that are criminally punishable or prohibited by the law in force. The criticism of the executive power can not be interpreted as an incitement of disorder².

In the sense protection of public health or morals the European Court has defined certain rules aimed at the protection of children's interests, especially in connection with films and videotapes³.

In this sense, particularly, it is prohibited in Armenia to spread pornography by means of TV programs, and TV programs of erotic nature and horror films, as well as programs which can have a bad influence on the mental and physical development, on moral upbringing of the teenagers, with the exception of digital TV programs, can be broadcasted from 24:00 to 6:00 (Article 22 of the RA law "On television and radio").

As for as the protection of others' rights and reputation is concerned, it should be mentioned that first of all states define for that purpose rules prohibiting stander and insult, which is quite acceptable from the standpoint of the European Court. However, considering slander and insult as criminally punishable actions, and, the more so, applying imprisonment as a punishment means in those cases contradicts the right to freedom of speech. Freedom of expression cannot exist in case of the presence of fear of imprisonment. The head of the legal program of "Article 19" international organization Toby Mendel states: "A country cannot be considered democratic, if people are imprisoned because of slander and insult. If I insult you, if I express a dirty opinion about you, it is a strictly personal question between you and me. You can get compensation from me. But there is no public interest exposed to danger here"⁴.

¹ Hadjianastassiou v. Greece (Application no. 12945/87), 16.12.1992, (Series A No 252).

² Piermont v. France (Application no. 15773/89), 23.04.1995, (Series A No 314).

³ Goby v. Austria (Application no. 15153/89), 19.12.1994, (Series A No 302), Handyside v UK (Application no. 5493/72), 07.12.1996, (Series A No 24)

⁴ Toby Mendel, the head of the legal program of "Article 19". <http://www.unesco.kz/publications>.

On May 18 in 2010 the RA National Assembly passed the bills "On making changes and additions in the RA civil code" and "On making changes and additions in the RA criminal code". Slander and insult were decriminalized with those changes, and it was defined by the RA Civil Code that a person's honor, dignity, business reputation are subject to protection from publicly expressed insult and slander by another person (Article 19). In case of an insult a person can in form demand for a public apologize: if the insult is placed in the information imparted by an implementer of media activity, then by means of that media to pronounce the judgment of the court fully or partially and (or) to pay a compensation of up to a thousand fold of the minimum wage defined (Article 1087.1).

In case of slander a person can demand in legal form that if the slander has been placed I the information imparted by an implementer of media activity, then by means of that media publicly refute the actual facts considered as slander and (or) to announce his/her answer concerning those facts (the form of the refutation and the answer is confirmed by the court following the RA law "On mass media") and (or) to pay a compensation of up to 2 thousand fold of the minimum wage defined.

Besides the above stated means of protection a person has the right to demand in legal form a compensation for property loss caused by insult or slander from the person who has insulted or slandered him/her (Article 1087.1 of the RA Civil Code).

The extent of the compensation of the harm should not be so high as to threaten the existence of the media connection with the protection of freedom of the press. A negative judicial practice of compensation of material harm has been formed in Armenia. In 1999 as a result of upholding the claim of "Mika Armenia" "Oragir" newspaper was simply closed.

After the legislative changes the number of suits against the insult and slander of media increased.

In almost all the court suits, in which all the plaintiffs were state officials, demand the maximum of compensation.

The first verdict with the article about insult and slander was issued at the beginning of 2011. The court decided that "Haykakan jamanak" daily newspaper has to pay each deputy a compensation of 2mln 44000 drams for damaging their honor and business reputation¹.

According to Article 1087.1 of the RA Civil Code the court should take into consideration the peculiarities of that specific case, including the property state of the offender or slanderer, while defining the extent of the compensation.

¹ <http://media.am/lawsuits-against-media>

In fact, Article 1087.1 of the RA Civil Code has recently become a legal, and the same time, a political and economic instrument of pressure, especially against undesirable media.

The UN special commissioner of the branch of freedom of speech and freedom of expression and the OSCE representative of the branch of freedom of media have fixed in 2000 "The joint statement about the international mechanisms aimed at the assistance freedom of speech", that the fine should not be too much in order to have bad effect on freedom of speech and freedom of expression, as well as on freedom of seeking, receiving and imparting information and ideas.

Besides the problems related to the legislative wording there are also problems connected with the practical application of the law. Particularly, judges don't always apply this legislation in accordance with international standards, taking into consideration precedent decisions pronounced by the European Court of Human Rights.

According to the European Court of Human Rights Article 10 of the Convention is applicable not only to "information" or "ideas" that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference but also to those that offend shock or disturb the State or any section of the community¹.

The European Court considers admissible also the possibility of a greater degree of criticism of politician and government. The Court states, the limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Politicians must consequently display a greater degree of tolerance with respect to the criticism of the press². And limits of acceptable criticism as regards the government are wider than as regards a politician. It is conditioned by the fact that in a democratic system the actions and omissions of the government should be in the object of attention of the press and society³.

The European Court draws a careful distinction between facts and value-judgments. The existence of facts can be demonstrated where as the truth of value-judgment is not susceptible to proof, as they belong to the sphere of beliefs and preferences. It means that value-judgments are put under a greater degree of protection of Article 10 of the Convention.

Whether the RA Courts keep these theses or not, is not so unequivocal. Besides we should mention that the offended person should always have an opportunity to choose the ways of protecting his or her honor and dignity, especially before taking the case to the court; very few private individuals have the financial security pull newspapers to the court. It would be much

more ethics, press councils, in editorial offices. The reinforcement of these mechanisms will give an opportunity to an ordinary citizen to protect his right without legal interference.

Part 2 of Article 10 of the European Convention considers the restrictions on the authority and impartiality of justice distinctly. The Court states in particular, that in order maintain the public confidence towards judicial system it is necessary to protect the judges and the courts against "unjust, untrue and parrying" assaults. The RA Civil Code provides a special protection for the court, judge, public prosecutor and inspector, on the one hand prohibiting irreverent treatment with respect to the court, which has been manifested by offending the judge on the occasion of implementation of official competence on the other hand providing punishment for slandering the judge, public prosecutor, inspector, person making investigation or compulsory executor of judicial act on the occasion of the case under their competence.

The restrictions on freedom of speech with the purpose of protecting justice are also aimed at the protection of secrecy of inquiry or preliminary investigation. But in this case too the prohibition of exposing announcements should not be absolute for the European Court states, that the person having announced the information that is an investigatory secret for the second time, is not subject liability as that information, having been announced once, cease being secret and consequently can not deserve special protection¹.

Article 10 of the European Convention provides another legitimate restriction as well, to be more exact, interference in the process of certification of TV companies by the state. In particular, in part 1 of Article 10 it is stated that the article doesn't prevent the states from defining certification of radio broadcasting, television and cinematographic enterprises.

The European Commission of Human Rights in its resolution of October 1986 has stated that states don't have an absolute freedom of valuation in connection with the system of certification. The refused by the state to give a license should not be ungrounded and discriminatory, otherwise it will contradict the principals of the Convention and the rights fixed in it. The system of certification should meet the requirements of pluralism, tolerance and liberalism forming the core of a democratic society.

According to Recommendation 23 (2000) of the Comity of Ministries the clauses of procedure of giving patent for broadcasting should be definite dear-cut and should be implemented in an obvious, transparent and impartial way. In particular, it is stated their, that the members of such a body should be appointed in a democratic and transparent way; they can not receive and assignment or an order by any body or a person.

¹ De Haes and Gijssels v. Belgium, Judgment of 24 February 1997.

² Lingens v. Austria (Application no. 9815/82), 08.07.1986, Series A No 130.

³ Castels v. Spain, Judgment of 23 April 1992.

¹ Weber v. Switzerland (Application no. 11034/84), 22.05.1990.

Article 83.2 of the Constitution RA provides: “To ensure the goals of freedom, independence and plurality of the broadcasting media, an independent regulatory body shall be established by the law, half of whose members shall be elected by the National Assembly for a six-year term while the other half shall be appointed by the President of the Republic for a six-year term”.

According to the RA law “On television and radio” the National Commission of television and radio (NCTR) is an independent body the aim of which is to ensure the freedom, independence and plurality of the broadcasting media, certification in an order established by the law as well as the control over the activities of TV and radio companies (Article 35). Taking into consideration the present personnel of the RA National Assembly and the political traditions formed in Armenia, the RA President and the parliamentary majority represent the same coalition which allows the authorities to form the body regulating at their discretion which costs doubt on the independence of the body mentioned.

Therefore if not constitutional, then corresponding legislative changes, this will aim at forming such a commission which will reflect the political-social variety and will provide participation of representatives of non-governmental organizations and professional co operations in NCTR.

In June 2010 the NA made changes and additions in the RA law “On television and radio” which was criticized by a number of local and international organizations. The head of department of Human Rights Watch in Europe and Central Asia Holly Carter has particularly stated that the first and foremost anxiety is that with these changes the number of TV channels in Armenia will be reduced from 22 to 18 and it is specially the new television companies that may suffer, for, according to the bill, during the patent competition the preference will be given to the already operating companies or to the ones having at least 3 years of broadcasting experience¹.

And indeed, by passing the bill number of TV channels broadcasted in the capital was reduced from 22 to 18 starting from 2011. “A1+”, “GALA” (Gyumri) and “ALM” TV companies did not get broadcasting licenses.

It should be mentioned that the European Court of Human Rights with its resolution on June 17 2008, recognized the fact of not giving a license to “A1+” TV company as a violation of the protection of human rights and fundamental freedoms, as well as of the right of freely imparting information and ideas provided by Article 10 of the European Convention. With this connection it was claimed to create favorable conditions for the TV Company to be broadcasted again². It should be noted that this resolution has not implemented till now.

To sum up we can conclude that the legal initiatives and legislative changes implemented in the sphere of freedom of speech and the press had both positive and negative tendencies. Thus, if by decriminalization of slander and offence (insult) the legislator cooperated with the civil society by accepting the main offers, the collaboration about the bill on making changes and additions in the law “On television and radio” did not prove to be effective.

The authorities didn’t make any concessions to the fundamental questions. It testifies that the operating authority does not want to make the sphere of broadcast free, moreover it seeks to keep it under its total control. A striking illustration of this was that “A1+” TV Company did not get a license in the competition of licensing the broadcasters in broadcasting by means of the net of numerical broadcasting in the RA territory.




According to the data provided by the international organization Freedom House Armenia as compared with the regional and CIS countries, is ranked among countries having a partly free press after Georgia, Moldova and Ukraine. And according to the 2011 report on the freedom of the press in the world, Armenia continues to be among the countries not having free press¹.

¹ Committee to Protect Freedom of Speech in 2010. Annual Report. <http://www.khosq.am/>

² <http://www.khosq.am/>

¹ <http://www.freedomhouse.org/>

FREEDOM HOUSE: FREEDOM OF THE PRESS 2011

Rank	Country	Rating	Status
1	 Finland	10	Free
2	 Norway	11	Free
	 Sweden	11	Free
4	 Belgium	12	Free
	 Iceland	12	Free
17	 USA	17	Free
112	 Turkey	54	Partly Free
118	 Georgia	55	Partly Free
121	 Ukraine	56	Partly Free
146	 Armenia	65	Not Free
171	 Azerbaijan	79	Not Free
173	 Russia	81	Not Free
188	 Iran	91	Not Free

So summing up the statement above and our own investigations, we can say that the precedent resolutions of the European Court made recently reveal the real significance of Article 10 of the European Convention – a guarantee protecting freedom of expression and information, particularly in the sense of freedom of journalism and the contents of the media.

It is obvious, that Article 10 of the European Convention is the foundation stone of journalistic freedom, media varieties and democracy in Europe. Throughout the history of Europe the public speech and freedom of the press have never enjoyed protection of such a high level before, as they do now.

The Republic of Armenia certifying the charter of the European Council in December 2000 committed itself to follow the terms of the latter, to take into consideration the recommendations of the Committee of Ministers and parliamentary congress and to create the necessary prerequisites for their implementation.

We can only hope the freedom of expression will become an effective guarantee of real democracy and protection of human rights in Armenia as well.



Providing Legitimacy to the Constitutional Court

Introduction

In today's world, where the importance of the separation of powers principal have considerably grown, it is necessary to mention how passed verdicts of the Constitutional Court (CC) influence² on constitutional system along with its conferred rights and decisions made by it; moreover, taking CCs characteristics into account it carries mission to provide legitimacy that is of greater importance politically and legally.

Especially, after the World War II, when constitutional courts, founded in Western Europe, acquired the right to judicial review through courts, constitutional courts have started to institutionalize as the result of their active involvement³ in politics and law. Constitutional courts directly review legalities of legislative acts that are enacted by the parliament. Even if Constitutional courts, named as judicial bodies, do not comply with the principles of separation of powers and democracy, taking Human Rights and State of Law principles into consideration, they are legal ground-based institutions⁴ in terms of their subsistence and functions. Right to judicial review of the court is of many other challenges that the Turkish parliamentary system faces; in other words, courts exceed their conferred rights to judicial review and dominate themselves from other institutions.

Institutionalization of the state of law principle in accordance with the protection of human rights and freedoms in plural democracies might also be ensured in terms of Constitutional Court's legitimacy, obligations and rights, passed judgments. Otherwise, as within understanding of plural democracies, absolute supremacy and abidingness of the Constitutional Court will dominate over will of the people due to the reason of having important works.

I. Constitutional Court and reasons of its existence

¹ Master student in law, Karadeniz Technical University, Turkey.

² Atar, Yavuz; "restructuring of the constitutional court", constitutional court magazine, c.: 25, y.: 2008, p. 115.

³ Özbudun, Ergun; *turkish constitutional law*, vol.8, yetkin yayınları, Ankara, 2005, p.372.

⁴ Hakyemez, Yusuf Şevki; *judicial activism of the constitutional court in axis of law and politics and understandings of human rights*, yetkin yayınları, Ankara, 2009, p.5.

Constitutional Court¹, that is an important result of the development of State of law, with the aim of constitutional compatibility, can be identified as a judicial body of a state, that has right review any judicial act (or procedure) or all sub-constitutional acts of constitutional acts in many different ways and observe if they are in conformity with constitution; and also, seek to evade inconformity and irrelevance of those acts.²

Constitutional Court, as the mechanism that ensures constitutional compliance represented basis of Hans Kelsens' ideas along with the formation of legal systems based on the hierarchy of norms. Kelsens' 'basic norm' was meant to ensure compatibility of acts (procedures) with constitution, while others in a parliament with executives were concerned with the maintenance of contradictory stance against and the state of law principle and majoritarian democracy³.

The real reason of the establishment of constitutional court is state of law and the idea of protection of human rights and freedom. According the idea, court did not use legal regulations in the case of *Merberry vs. Medison*, despite the fact that constitution did not grant this right to the federal Supreme Court of the United State of America; it was considered as unconstitutional and it was the first steps in that view⁴. Considering ruthless experiences from the World War II, necessity of human rights protection was put forward in Europe and it facilitated establishment of the constitutional court. Simultaneously, in some states like in the United States of America, courts' authority to review the law adopted by the parliament was considered to be as the placement of the court above the will of people, thus they choose the political control rather than the court control⁵. For that reason, constitutional court could not enlarge the area of control until the middle period of 20th century.⁶ Constitutional Court was criticized in terms of democratic legitimacy. The first point was that, courts were not politically popular, because they were not elected; democracy will bring transparency and decidability.

¹ Özbudun, a.g.e., p.367.

² Erdoğan, Mustafa; *constitutional democracy*, vol.68, siyasal kitabevi, Ankara, 2010, p.84.

³ Gözler, Kemal; *general rules of constitutional law*, ekin kitabevi, Bursa 2010, p.423.

⁴ Kaboğlu, Ibrahim; *constitutional jurisdiction*, imge kitabevi, Ankara, 1997, p.9.

⁵ Nowadays there are two ways of checking the constitutionality of the law, political control by the legislative and executive organs, and legal control by the judicial organs (by all courts in the United States of America or specially created courts in Europe. Political control of conformability of laws with the constitution is undertaken during the period when law proposal is delivered to the parliament, until entering into force. For example in Sweden in some occasions Chairman of the parliament is authorized do not put them in process, if he considers them unconstitutional. President's right to veto is also political control. Gönenc, Levent; *Reviewing Constitutionality of Statues and Constitutional Jurisdiction*, Tepav Anayasa Çalışma Metinleri 2, 2010, p.3-6.

⁶ Özbudun, a.g.e., p.367.

The second point was related to invalidate of laws adopted by the parliamentary majority, because of its unconstitutionality. It would be considered as the clear abrogation of the principle of majority governance, which is the main principle of democracy.¹

Constitutional Jurisdiction can be criticized in terms of separation of powers principal, in view of the fact that evaluation of parliaments', as political body's' works and invalidation of their decisions in case of necessity by the judicial body is to be noted. The rights of Constitutional Courts to establish regulations contributed to the creation of fear from judges towards government authorities². In contrast, constitution, containing political and legal text and obtaining explanatory significance (that means understanding of the law with explanations leading to a conclusion), will be implementer of legal control and thus, will dominate the will of parliament. In this regard, it could be said contrary to criticism, that the will of the majority will not be infinite, therefore, if it is composed by appointed personnel (meaning judges) and in case if rights to judicial review are exercised it will not contradict with the principles of democracy. One of the main important issues in today's constitutional law is the submission of reports by the appointed members of constitutional court democratically. Hence, besides legal-political guarantees, internalization of democracy is necessary within Turkey in terms of institutive and personal understanding, in order to avoid exceeding constitutional rights by the judges and placing themselves on the top of politics.

II. Attempts of Constitutional Courts to obtain Legitimacy

It is definitely inaccurate and incorrect to consider right to judicial review of courts as apolitical and unnecessary act in contrast to legislative and executive; and even if legal or judicial act from different factors and dynamics seem non-influential reality; since, outside of political and social reality, it may not be found in any laws that exist in the world. Law is political in the context of establishing order and rendering a service for socio-political changes³. On the other hand, even if the positions of judges in the system are not being considered influential from other political figures, it is impos-

sible to not accept the power of influence from the relationships of political forces and solidity of peoples' understanding¹.

Due to all these controversies, it was ultimately necessary to limit the powers of monarch or king; and to swiftly develop state of law principal and constitutionalism, create written and strong constitutions, to defend state of law and democracy that are considered as sole legitimate forces, secure actions that hold political power; and moreover, to protect Human Rights and Freedoms. In this circumstance, expediency of constitutional court along with important functions is acknowledgeable. Thus, in order to minimize above-mentioned risk, it is essential to employ constitutional court with duties and rights.

Constitutional jurisdiction and correspondingly Constitutional Court, after the World War II have started implementation of their important function to protect Human Rights and Freedoms. After the war, countries intensively started to establish constitutional courts due to the fact that in this the period of time human rights were brutally violated; and the parliament, which was sole power of majoritarian understanding, played vital role into these violations.²

At one point, in reality constitutional courts, as active fighters against political institutions, meant to be associated not with the mechanism that would encounter their forces against politics, rather it would be perceived as judicial reviewer of its legitimacy and implementer of constitutional supremacy. For that reason, institutional existence of CCs was to be guaranteed under the constitutions.³ Furthermore, casuistic method of constitution whether it seemed negatively, duties and rights of the courts and boundaries were to be precisely elucidated. Otherwise, to some extent it would be easier and possible to exercise duties-rights and boundaries of courts excessively. Under the examples of Comparative Law, one can observe enlargement possibilities and cases of boundaries through jurisprudence of courts, in case of uncertainty of the boundaries of constitutional courts rights-duties. In 1971, French Constitutional Council, through jurisprudence has attained function of the protection of basic rights and liberties, then, relevant regulations were

¹ Dursun, Suat; About the Principles and Rules of Impartiality and Independence of Judge, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007, p. 21.

² Hakyemiz, Yusuf Şevki; "Two problems concerning traditional-functions of constitutional courts of today's work" Constitutional Jurisdiction Magazine, C.: 24, Y.: 2007, p. 527.(525-568)

³ French Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html, Constitutional Council, m. 56-63.(access: 03.08.2011). German Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html, German Federal Constitutional Court, m. 93, 94. (access: 05.08.2011). Spanish Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/sp00000_.html, Spanish Constitutional Court, m.159-165.(Access: 06.08.2011). Italian Constitution, http://www.servat.unibe.ch/icl/it00000_.html, Italian Constitutional Court, m. 134-137.(Access: 06.08.2011).

¹ Erdoğan, Anayasal Demokrasi, p. 85.

² Erdoğan, Constitutional Democracy, s. 90.

³ Erdoğan, Mustafa; "About the Illegitimacy of Constitutional Court", Star Magazine Açık Görüş, <http://www.stargazete.com/acikgorus/anayasa-yargisinin-gayri-mesruluğu-uzerine-89590.htm>, 03.03.2008, (Access: 05.06.2011). Gözler, Kemal; "A problem of the Legitimacy of Constitutional Court", Ankara Üniversitesi Magazine of Political Science, volç 61, no 3, July-September 2006, p.7-8.(131-166)

implemented. Moreover, in 1930 similar debates were held in the United States of America¹.

One of the examples of the expansion of rights through jurisprudence in the Turkish constitutional jurisdiction system was decision made on stay of execution in constitutional court, 1993.² After this decision, in the doctrine ‘to constitutional body’, there have been started debates on practicing or not practicing these rights that are not conferred by the constitution. Exercising these rights toward the ‘stay of execution’ of constitutional court definitely contradicts with constitution and especially with legislative acts that bring harm to basic rights and liberties. Endowing and acting with similar rights by all constitutional institutions is to be case depended on high probability. Therefore, constitutional court should settle within constitutional boundaries. In contrast, constitutional court, as important player in law enactment process, should not create new enforcement. In democratic systems, this function is under the possession of parliament. For instance, under the 1993 courts’ decision on the rule of statutory decree enactment, its bonding with important, necessary, required, short-termed and relevant conditions that are not mentioned in the constitution; reviewing decrees of banned martial law in the constitution, and constitutional incompatibility contributed to starting new enforcement. According to article 153/2 of 1982 constitution passed regulation that introduced solution on this issue was useless.³

III. Providing legitimacy during the formation of Constitutional Courts

Activity and character of constitutional control helped to place constitutional courts to significant place in the system. According to this, providing legitimacy during the formation of Constitutional Courts is important. Today’s democracies armed with important rights and duties find a necessity for all institutions to possess a form of transparency and decidability. The only way for this is to form democratic procedures and foundations in frames of these institutions.

a) Member topic

The most important factor in the assurance of democratic legitimacy of Constitutional Courts is the topic of the members. For example; French Consti-

tution Council members which related to the choice of occupational group besides nonexistence of a special regulation in law, while appointing attention is paid to the professionalism of minimum one of the members in public law. Among the members one can find law implementers (those chosen from council and court of account), diplomats, and professors unaware of law, person with mediator working experience, and former member journalist of the federation of international human rights protection¹. The same ways are the constitutional court members of Spain: judges with 15 years of experience, prosecutors, lecturers, public employees and lawyers². In Italy: law specialist lecturers, lawyers and judges (those chosen from state council and court of account)³. In Turkey according to 1961 constitution the majority of Constitutional Courts is formed by the judges who are members of the Supreme Court and the members chosen by the parliament. According to 1982 constitution together with the Supreme Court member judges were appointed lecturers, high post officials, and lawyers. According to 2011 Constitutional changes members’ profile is following: 7 member judges of Supreme Court, 3 lecturers (2 law specialists), rated first judge, and 4 member prosecutors, Constitutional Court reporters, private lawyers, and results from the election of members of Court of Account.

Composition (topic) of constitutional court members should include more diverse interest groups to facilitate development of objective position in passed verdict; for instance, law implementers (lawyer, judge) and law specialists (law professors).

b) Right to selection of members

It is to a certain extent important to explore an issue on the selection process of members and by which instance they should be elected within the formation of constitutional courts. Three ways of selection methods can be used: direct appointment, selection (choosing) and mixed method.⁴ Among the other methods, mixed method can be considered more adequate and positive. Furthermore, in terms of the democratic legitimacy assurance, conferred rights of parliament hold great importance. Notably, critics on right to parliamentary members’ selection towards “deviation from politics” might be

¹ Ülgen ,Altunç, a.g.m., p. 55-56.

² Daragenlievik, Vesile Sonay/ERMAN, Barış; “Spanish Constitutional Court”, judicial independence in the framework of 2010 constitutional changes, p. 67(67-70).

³ Daragenlievik, Vesile Sonay; “İtalan Constitutional Court judicial independence in the framework of 2010 constitutional changes, p. 71(71-72).

⁴Preliminary Report on the Composition of Constitutional Courts, http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=8, p.5, (access: 08.08.2011).

¹ Hakayemiz, a.g.e., p.34.

² E.: 1993/33, K.: 1993/40-1, R.G.: 23.10.1993-21737.

³ 1982 Constitution a.153/2.

overcome by conducting election through qualified majority rule. Also, it will be possible to present various political and legal demands in court due to necessity of different ideas conformity in parliament, which in turn facilitates the development of pluralism.¹ Looking at the French examples in Comparative Law, it is noticeable that using political mechanism during selection is absolutely active.² Once in three years, one third of court renovates and the right to their selection is in the hands of president, chairman of parliament and president of senate. According to changes made in 2008 presidential right to selection was limited for the parliaments' benefits.³ While observing German examples, one can see that both, the federal parliament and federal council have the right to select court members; and president has the right to appoint them. Rights of President are limited maximum.⁴ In Spain, right to CCs members' selection is shared between the Congress, Senate, Government and the High Board of Jurisdiction. Appointment rights are rests in the hands of King, although this right is symbolic.⁵ In Italy, right to appoint is shared between the president, parliament, Supreme Court, and the state council.⁶ In Georgia – president (3 members), parliament (3members , by 3/5 qualified majority) supreme court (3members)⁷. In Azerbaijan members are appointed by political authorities as well.⁸

Mixed method of members' selection of constitutional court in Turkey has been implemented under the 1961 constitution. According to the 1961 constitution, top 15 members of CCs were appointed by the Supreme Court (4), state council (3), court of accounts (1), Parliament (3), republican senate (2), president (2). President would elect one among the three other candidates through the board of military court of appeals with absolute majority rule and secret voting system. Under the 1982 constitution, Turkey adopted appointment method and members' appointment was implemented by the president. President would take into account those candidates who were pointed out by the Supreme Court authorities (Supreme Court: 2, 2 alternative members) state council: 2 chief ones, 1 alternative member; military court of appeals: 1chief member; military high administrative court: 1chief

member; court of accounts: 1 chief member). According to original system, in addition, president personally would select one chief member, three chief members and one substitute of highly ranked officials and lawyers who were referenced by the board of higher education. Under 1982 constitution, one can foresee necessity to form more transparent, representative and liable presidential institution in the context of parliamentary system.

Within the context of 2010 constitutional amendments, implications were made to return to mixed method of CCs members' selection. Additionally, number of members was increased till 17 and alternative candidature was abolished. 14 members out of 17 were selected by the president; three members by the Supreme Court; two members by the state council; 1members by the court of military appeals and three 3 members by the high education board. In contrast with original amendments, president was granted with right to select by his initiative not only four members from highly ranked officials and lawyers, but also from “first class quality prosecutors and judges” and reporters among CCs reporters with at least of five years of work experience. These changes in 1982 could be taken into critics since presidents' influence on the selection process is still maintained.¹ As a result of 2007 constitutional amendments, it could be alleged that election of president directly by the people can activate democratic representation in the CCs composition, however we should know that these constitutional changes in contrast with old one turn president into more political figure and during the selection process of CCs members he might be put under political critics.² On the other hand, with the 2010 constitutional amendments, selection of members by the court of accounts (two members); president of bars association (1 member) might be considered positive developments of democratic legitimacy of parliament. Granted rights to parliament are positive but not sufficient,

In terms of seizing critics on the presidential right to appoint, it is to a great extent necessary to allocate conferred rights of president and parliament for the benefits of parliament in order to provide democratic representation. If consent will be ensured in case of elections held in parliament through qualified majority rule it is possible to form choice of neutrality. In this subject matter, comparing election of CCs members in parliaments of other countries, we clearly see the necessity of qualified majority rule system.³ It could more depend on expectations from selected methods while determining selection paths of CCs members. Determination method of CCs

¹Preliminary Report on the Composition of Constitutional Courts, http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=8, p.5, (access:08.08.2011).

² Erdoğan, Constitutional Democracy, p.105.

³ Ülgen/Altunç, a.g.m., p.54.

⁴ Kanadolğu, Korkut; “German Federal Constitutional Court”, court independence in the framework of 2010 constitutional changes, p.60.(59-65)

⁵ Daragenlievik/Erman, a.g.m., p. 67.

⁶ Daragenlievik, a.g.m., p. 71.

⁷Georgian Constitutional Court, http://www.constcourt.ge/index.php?Sec_id=52&lang_id=ENG, (access: 18.08.2011).

⁸. <http://www.anayasa.gen.tr/azerbaycan-aleskerli.htm>, (access: 22.08.2011).

¹ Erdoğan, Constitutional Democracy, p. 106.

² Ülgen/Altunç, a.g.m., p. 54.

members: first, it must ensure independence of constitutional court; secondly, provide CCs with chance to appoint members according to their own typical characteristics; thirdly, determining method which will facilitate democratic legitimacy of constitutional court.¹

c) Members characteristics

Political-legal position of the constitutional courts in the system produced a necessity to discuss applicable characteristic for the candidates' membership. While observing Comparative law, we identify that almost in every country, except France, attention is paid on education in law and long-term work experience of members (judge, lawyer, prosecutor, and lecturer)². If we take accountabilities of CCs into account in terms of protection of human rights and freedoms, we may observe that all these facilitate rising quality and influence of CCs. In addition, separation of CCs from other courts brings personal interest in political and social area more intimately. Due to these characteristics, in the examples of comparative law, CCs are given an opportunity to members' selection from different professions and discipline.³ In Turkey, during the period of 1961 and 1982 constitutions, majority of CCs members should have been educated in law and have obtained long-term work experience. According to the 2010 amendments following changes were introduced: minimum age of 45 years; ranked as professor or assistant professor; minimum 20 years of work experience for lawyers; high education for top executive and 20 years of work experience in public service; and for the CCs reporters minimum 5 years of work experience. Considering the fact that CCs on behalf of the High Court have the right to execute criminal trial, right to compose itself with the members educated in law and judges is appropriate.⁴

d) Number and tenure of members

According to the world standards on the numbers of CCs: 16 in Germany, 15 in Italy and Hungary, 13 in Portugal and Poland, 12 in Spain, 11 in Austria, 9 in France, Azerbaijan and Georgia, 19 in Russia.⁵ Plurality of CCs members along with the representatives of large masses and interest groups, with the aim of achieving consent in obtained decisions produces results to ac-

¹ Gönenç, a.g.e., p. 19.

² Erdoğan, Constitutional Democracy, p. 105.

³ Gönenç, a.g.e., p. 22.

⁴ Gönenç, control of laws compliance with constitution da constitutional jurisdiction p. 20.

⁵ Erdoğan, Constitutional Democracy, p. 104-105.

quire more neutral and objective decisions. Moreover, it would be possible to divide court into many branches and to conduct trial effectively, correspondingly to obtain court penalty promptly. Reviewing tenure of members we see clearly that there is 12 years in Germany, 9 in Italy, 9 in Spain and France (1/3 of the members change in three years), and 10 in Georgia. In Austria and Belgium, members continue their duties until the age specified in the constitution.¹

Tenure of CCs members and their selection or non-selection issue carries important characteristics in terms of judicial independence, effectiveness, productivity and stability. At first, it is important to cooperate with different majorities of parliament in order to maintain judicial neutrality. This would facilitate deepening and specialization of members' experience.² On one hand, long-term membership can be the reason of secession of society from needs and requirements; and on the other hand, opportunity to re-elect members again can be the reason for the establishment of close relationships with election officials.

In Turkey, under the 1982 constitution, similar to 1961 constitution membership duration in constitutional court was foreseen until the retirement on a pension in other words until the age of 65. According to 2010 amendments along with the world standards and results on re-election process, candidate can be elected only for once and for 12 years term. According to 1961 constitution, in terms of members' quantity, adopted principle of 15 chief and 5 substitute members was changed into 11 chief and 4 substitute members under the 1982 constitution. Additionally, principle of 17 members and for 12 years term was adopted in accordance with the 2010 amendments. In contrast with former constitutions, principle of substitute membership was abolished.

A) Assurance of legitimacy in regard to duties of constitutional courts

Constitutional courts, in the context of politics and law, have acquired status of very important institution in the world and Turkey; and correspondingly, have been the reason for debates in terms of legitimacy. The basic reasons for such importance of CCs are their duties: assurance of constitutional supremacy, eradication of incompatibilities of related rights to the protection of basic human rights and liberties, reviewing election and referen-

¹ Gönenç, Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı, s. 23., KANADOĞLU, O. Korkut; Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2004. s. 70.

² Kanadoğlu, a.g.m., p.61.

dum procedures, and important obligations in terms of democracy and so forth¹.

IV. Judicial Review

Essentially, judicial review is meant to be the power of the court to examine legislative acts and invalidate them if they are contrary to constitutional principles.² During the fulfillment of this function by CC, it guides itself with appropriate constitution and norms and interprets them. If the condition expressing the will of Parliament will stay in the boundaries of judicial review it can be recognized as legitimate.

Inevitable political result arisen from this type of review is not negative.³ Additionally, unchanged constitutions often can meet the demands through penalties obtained by the constitutional courts. Simultaneously, this is the function of constitutional amendments implementation.⁴ In this case, constitutional courts are obliged to self-restraint judicially without exceeding the legal boundaries and should beware of the position of judicial activism that would be supportive to the enforcement of unset political will.⁵ This can be justified on the examples of France⁶, Germany⁷ and Russia⁸ which utilizes judicial activism towards the expansion of rights and liberties..

Various forms of judicial activism were observed during the period of 1961 and 1982 constitutions in Turkey. Turkish Constitutional Court had based this judicial activism on several unchanged articles of constitution⁹. In this case, we should draw our attention on CCs right to verify the constitutional amendments acquired through jurisprudence. Despite the fact that there were no regulations in the 1970 constitution of German constitutional courts, Turkey in the same years managed to make decisions by using abovementioned rights¹⁰. Along with the later changes in Turkish constitutional system, laws concerning the constitutional amendments were restricted with the judicial review system and irrelevance with distinct forms of condi-

tions, according to this, had no touch to fundamental judicial review. Although, despite of this regulation Turkish constitutional court had implemented fundamental verification according to the unchanged articles and attaching to the basic principals of the initial part, which seemed to be the evaluation of form.¹ In some of the European countries, right to judicial review through the constitution by the judicial bodies is constitutionally banned.² Thus, it is impossible to speak about fundamental review of constitutional amendments. Since, there are no hierarchical relationships between the articles of constitution.³ There is no constitutional norm providing judicial review of constitutional amendments in European practice.⁴. According to the all countries legal-political choice, necessity of judicial review is overcome through different ways although regulation of the form of inadmissibility in origins through active position can be overcome with the assistance of constitutional courts.

a) Registration and Regulation of Constitutional Complaint

Within the development of the mechanisms of the supranational law, the protection of rights and freedoms of the individual had begun to appear on supranational level. This condition of states, with the reason of existing judicial system, have become known to public opinion as the loss of their rights and have become reason for the loss of belief in legitimacy especially from these people towards own judicial/state system. In some countries the infringement of the rights of the citizens, though constitutional jurisdiction have been taken on the national level after the WWII. Due to the infringement, on the basis of the executive, legislative and judicial acts, of basic human rights and freedoms the most productive ways of human rights protection is the right to individual communication⁵. Even if the European and American paths differ from each other, individual communication is one of the most acknowledgeable legal institutions⁶. Venice commission in its observations pays attention on the importance of the institution of constitutional complaint. Commission will be pleased to provide operating costs for the

¹ Erdoğan, Constitutional Democracy, p. 107-108.

³ Hakyemez, a.g.e., p. 56.

⁴ Erdoğan, Constitutional Democracy, p. 107.

⁵ Hakyemez, a.g.e., p. 35. Erdoğan, Constitutional Democracy, p.107.

⁶ Ülgen/Altunç, a.g.m., p. 54.

⁷ Can, Osman; "power to change constitution and problem of control", Ankara Üniversitesi Magazine of Political Science Faculty, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, C.: 62, S.: 3, July-September 2007, p.116.(101-139)

⁸ Zorkin, Valery; "in constitutiona court of Russian Federation ", Constitutional Court Magazine, C.:26, Yıl: 2009, p. 284.

⁹ Hakyemez, a.g.e., s.42-43.

¹⁰ Can, a.g.m., p. 114-116.

¹E. 1973/19, K. 1975/87; E. 1975/167, K. 1976/19; E. 1976/38, K. 1976/46; E.1976/43, K. 1977/46; 1977/82, K. 1977/117. Can, a.g.m., p. 119., E. 2008/16, K. 2008/116, KT: 05.06.2008, E. 2010/49, K. 2010/87, KT: 07.07.2010.(anayasa.gov.tr).

² http://www.servat.unibe.ch/icl/nl00000_.html, (access: 15.08.2011).

³ ÖZBUDUN, a.g.m., p. 259.

⁴ Can, a.g.m., p.111.

⁵ Kiliç, Bahadır; "Individual Communication Institution in Comparative Constitutional Jurisdiction and Practicability from the point of View of Turkey", Magazine of Constitutional Jurisdiction, C.: 25, Yıl: 2008, p. 23.(19-59)

⁶ Kiliç, a.g.m., p. 23.

establishment of such institution and it is said that right to individual communication will facilitate protection of fundamental human rights affectively.¹

What rights should be included in individual communication in order to protect fundamental human rights and freedoms? Which ones should be: constitutional rights or rights under the international human right law (when that country is its member itself) or full standards of human rights in the process of consent or consented? Adoption of the last one would be ideal, moreover there are different practices regarding this issue. For instance: in the constitution of Austria and Russia whole rights and freedoms can be the concern for individual communication; ; the same time, in Spain and Mexico only fundamental rights and freedoms can be an issue of individual communication; in Germany basic rights and liberties and rights to justice can be the major theme of individual communication, however, it is not same with the socio-economic rights.² In Azerbaijan, individual communication holds wide sphere in politics.³ Turkey enacted individual communication along with 2010 amendments and limited under the European Convention on Human Rights. Furthermore, right to individual communication is conferred only to individuals and legal persons of private law (only for the violation of the rights of legal person)⁴. Extending the scope of this sphere will provide this institution with more functional appearance.⁵

b) Assurance of constitutional courts legitimacy from the other side of liabilities

Here, right to judicial review of political parties is important. Due to the existence of classical form of rights in Germany, they grant constitutional court with the right to make decision on politics and politicians; since as the reviewer of political parties, in some cases, as restrictive of their work, and even more as abolisher of constitutional court, it makes determinations on who will be employed with certain political works.⁶ Political parties, one of

¹CDL-AD(2004)043 Opinion on the Proposal to Amend the Constitution of the Republic of Moldova

[http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD\(2004\)043-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)043-e.asp) (access: 16.08.2011).

² Kaplan, İbrahim: "formation of constitutional court and legal view regarding the project on methods of trial and my report on these views" Turkish Law Institution, <http://www.turkhukukurumu.org.tr/Siteyazi/20110203IK.pdf>, (access: 17.08.2011) p. 12., KILINÇ, a.g.m., p. 24.

³ Constitution, a. 130/5.

⁴ No: 6216 law on the formation of constitutional court and methods of trial, a 46/2.

⁵ Kiliç, a.g.m., p. 29. ZORKIN, a.g.m., p.286.

⁶ Gönenç, judicial review and Constitutional Jurisdiction, p. 16-17.

the most important elements of democracy, at the same time in accordance with probability of anti-democratic works of parties, have acquired extensive practical appearance due to the necessity to review works in line with the understanding of combatant democracy.

Moreover, we should not forget to mention that the conduction of control on political parties implies control of intellectual freedom. According to this, open regulation of prohibitions on parties in constitutions and laws and checking specific data in judicial proceedings of constitutional court should be taken into consideration. Under the commission reports, revocation sanction for political parties is defined as 'the initiator for the use of force or during the use of force' necessity for the sanction as the last means of use.¹ Furthermore, placing parliament as the part of mechanism of active controller by the political parties would facilitate endowment of positive effects for democracy. For instance: beginning of judicial process according to the decisions enacted by qualified majority system in parliament.

In Turkey the main characteristics of protesting decisions that are made by the political parties and constitutional court are the protection from "dangers" resulted in accordance with constitutional definition towards the established system. Decisions on the closure of judicial party should contain the aim of the protection of state unity and laicism². On the basis of 25 party's closure by the constitutional court, those necessary secrets were brought to discussion that was alike to the "unity of state and laicism. Although, specific abovementioned means were used by the constitutional court in order to seal the parties³.

c) Assurance of legitimacy of the decision

Generally, decisions of the constitutional court as of supreme courts' decisions are not checked; it contains all individuals and institutes; and imposes obligations to all (article 153 of the constitution). The basis of decisions can be assessed as the measures of CCs legitimacy. Alibis, in accordance with political and ideological approaches, can satisfy sense of justice. A very important problem regarding Turkish constitutional court is the possibility to make ineffective decisions through thoughtless actions.

¹ Bekir Berat Özipek/Levent Korkut/Murat Yılmaz/Vahap Coşkun/Yusuf Şevki Hakyemez/Yusuf Tekin, Strategic Notion Enstitute Report, Ankara, May 2011, p. 37.

² Atar, a.g.m., p. 110.

³ E.:2007/1, K.: 2009/4, Official Gazette: 31.12.2009-27449.

Conclusion

Which one: Supremacy of parliament or constitution? It is necessary and important for both constitutional jurisdiction (basis of which is constitutional supremacy and is founded on the principle of law) and democracy (basis of which is majority) instead of sacrificing along with the inevitability of their confrontation to emerge on beneficial landscape. Activation of CCs in determining and founding norms during the process of judicial review articulates the condition encompassing legal and political consequences. Comprehension of State of law, formation of CCs in the context of human rights protection; roles of the members of democratic representative institutions, renewal of members after certain period of time; profile of pluralist members depended on legal and balanced political dimension, enactment of formulated decisions by authority with qualified members of law education, these all can be considered as the rising point of assurance of democratic legitimacy.

According to the world standards, it is essential to find democratic legitimacy of courts in order to provide members with legitimate quality, positions and actions; and assurance of legitimate decisions. In case, court enacts law as reference during the perception of protection of human rights and constitutional supremacy; active position will not be taken and the problem of legitimacy will be solved.



Distribution of Authority according to the Georgian-European Constitutional Model

Introduction

“In order to ensure that no one can abuse authority, it is necessary to have such order of things, in which power curbs power”./C.L. Montesquieu

In a democratic and legal state it is very important whether to have the distribution of authority among the branches of government and the mechanism of their balance. The principle of authority distribution is the underlying constitutional principle of every democratic state, which is expressed through the process of establishing the mechanism of authority implementation. The doctrine about power distribution was developed by John Locke and Charles Montesquieu. According to John Locke, the theory of authority distribution is the doctrine about the co-subordination of powers in a state. According to Montesquieu, state distribution means not only the division into legislative, executive and judicial authorities, but division of power, inter-deterrence and the unity of the government. Thus, the main purpose of the modern principle of government distribution is to avoid the possibility of excessive power concentration in the hands of one person or one body and the creation of balanced relationship between the three branches of authority. During the main discussion of the thesis we will see what kind of authority distribution system there is according to the Georgian constitutional model.

If we look at the history and the past of Georgia, we will see the way constitutional system has gone through in Georgia. 1921 constitution of Georgia considered parliamentary republic as the form of state governance. During this period there was no presidential position and the country's central figure was represented by the head of the government. The historical process and its consequences showed, that the model of parliamentary republic

¹ Student of the Caucasus Law School, Caucasus University, Georgia.

lic, in that historical time period, did not provide the stability of the internal political process, and hence, adequate response to external threats was not provided. Therefore, it can be said that this model did not work in Georgia. This circumstance can also be explained by the fact, that the political culture, especially the level of party life was very low.

In the history of independent Georgia, the new epoch of constitutionalism and constitutional arrangement started in 1995, by the adoption of the constitution. This constitution established purely presidential governance, thus, president was the head of state and at the same time, the head of executive government. This system could not appropriately provide the main essence of power distribution principle. An important drawback of this system was that the rules of control and balance were not appropriately established, by means of which different branches would have the possibility to control each other. Particularly, the above-mentioned constitutional system did not consider the mechanism of parliament dissolution by the president, and the parliament had no levers towards the president, and was not entitled to dismiss him. The first substantial changes in the 1995 constitution were carried out in 2004, according to which the constitutional philosophy leant towards semi-presidential governance.

As we have seen, the Georgian constitutional system was substantially changing with time, and the state governance form varied at different time periods, which accounted for the unsteadiness and instability of state constitutional system.

Therefore, currently in Georgia it became necessary to carry out a constitutional reform and establish a more effective model of governance. With this purpose, in 2009 by the presidential decree, Georgian State Constitutional Committee was created, whose main mission was to develop a constitutional draft law on “making amendments and supplements to the Georgian constitution”.

The committee, with the guidance of the committee chairman, Avtandil Demetrashvili, and the committee secretary, Tengiz Sharmanashvili, developed the basic draft and presented it for discussion to the public, which was finally approved on July 19, 2010. The constitutional draft law developed by the constitutional committee was the result of a long and complicated work process. It must also be noted, that the committee took into consideration the notes and views of the Venice Committee and the international experts, before the draft took its final form. It will enter into force from the moment of taking the oath by the president, elected as a result of next presidential election in October 2013.

The ongoing constitutional reform and the development of the new constitutional draft law immediately caused controversy of views. Some crit-

icized it, whereas some called it “European constitution”. Especially the object of critic became the new status of president, parliament and government and their authorities in relation to the issue of power distribution, around which many evaluations are being made; hence it has become the most actual issue for the current period.

The new Georgian constitution establishes the model of joint governance, which is full of the characteristics typical for a parliamentary republic. Presidential powers are significantly reduced, he no longer participates in the formation of the executive government and this totally becomes the parliament’s prerogative. However, it must be noted, that despite the reduction of presidential competence, it is not “diminished”. In particular, head of state maintains significant powers in foreign (external) and military fields. Executive government is established as an independent branch of the state, and the government is given the status of the highest body of the executive government. This will help to distance the government from the president in terms of carrying out executive functions. In this regard, it is important to introduce the countersignature institution in the Georgian constitutional system, which corresponds to the European standards, and will ensure the establishment of independent and responsible government.

The bibliographical and comparative-legal methods of research used during the preparation of the thesis. The most interesting and problematic issues of the new edition of the constitution are reviewed by means of studying different models of governance and the comparative analysis of the constitutions of foreign countries.

I. President President’s legal status and powers

President’s legal status defines his role and place, presents its legal nature in the state bodies system. Almost in all the countries having the state governance form, president is the head of state, who performs the duties granted to him by the constitution. He is the supreme commander of the armed forces in presidential (USA), as well as in parliamentary (Germany, Italy) and joint governance models (Lithuania, France, Portugal). Despite the above-mentioned similarities, president’s legal status mostly differs in different governance models. For example, a presidential republic is characterized by a powerful president’s institution, who, besides being the head of state and the supreme commander of armed forces, is also the head of executive government and the leader of the state system. The USA serves as a good example of this, where the president is the head of the government, who directly manages the executive party. In parliamentary republics, the entire executive authority belongs to the government and the central place in the government

bodies system is occupied by the head of state: the chancellor or the prime-minister and not the president. The examples are represented by classic types of parliamentary republics: Germany and Italy. According to the constitution of Germany, executive government is performed by federal government, which is led by the chancellor.¹ In Italy, the republic's government is authorized to implement executive governance – the Council of Ministers, led by its chairman.²

In the republics with joint semi-presidential governance the president leads the Council of Ministers and is also in charge of the main prerogatives of executive government. However, unlike the purely presidential American model, the joint model does not transfer the full executive power to the president.

As regards Georgia, the current constitution, which shares the French, that is, semi-presidential governance model, grants the president important prerogatives of executive government? In particular, article 68, paragraph 2 of the Georgian constitution states, that “president of Georgia leads and carries out the internal and external policy of the state. He ensures the unity and integrity of the country, the work of the state bodies in accordance with the constitution.” Whereas the new constitution divides the executive government between the president and the prime-minister, although it defines, that the head of executive government is the prime-minister. According to article 69, paragraph 2 of the constitution, the president of Georgia is the head of state, the guarantor of the unity of the country and national independence. The above-mentioned note is not a novelty for other European constitutions, for example, this compact is the part of the constitutions of Hungary and Romania.

Therefore, according to the constitutional amendments, the legal status of the Georgian president is reduced, and he remains only the head of state, supreme commander of armed forces and the highest representative of Georgia in the relations with other countries. So, the president is no longer the leader of executive government, like other European models, where president is only the head of state. For example, in Hungary, Czech Republic, Germany and Italy, as well as other classic parliamentary republics, the president of the republic is only the head of state and is not granted with executive authority.

It must be noted, that as a result of the reduction of presidential competence in the issue of government formation, particularly, the presented amendments, and the president of the republic no longer participates in staff-

ing of the government, but its formation is carried out by means of parliament. In my view, this amendment should be evaluated positively, as this will contribute to a sort of distancing of the president from the executive government. As we see, in this regard, the constitutional committee has considered the element characteristic of a parliamentary republic, since, in all classic parliamentary republics, the government formation takes place by parliamentary means. Germany serves as an obvious example. I also consider it reasonable to cancel the right of the president, which concerns the cancellation of the acts of the government and executive government institutions, if they do not correspond to the constitution of Georgia, international treaties and agreements, laws and normative acts of the president.

In terms of the presidential powers in the foreign relations, it is worthwhile to note, that president remains the highest representative of the country. However, he is limited in performing this function by the government approval. In particular, the president can carry out negotiations with other countries and make international treaties and agreements only with the approval of the government. Whereas the current constitution does not limit the performance of these authorities of the president, by the approval of the government. This amendment deserved harsh criticism by the Venice Committee and other international experts, in particular, one of the experts, Sergio Bartolle thinks, that the president must not have the right to carry out negotiations with foreign countries, since this is the government's competence, and if the government is not granted this authority, a conflict will arise between the president and the government.¹ I consider this perspective of the Venice Committee experts as reasonable, since the president does not perform the internal and external policy and this authority is completely transferred to the government. Therefore, it is incomprehensible, why the president has the right to carry out negotiations with other countries and sign international treaties and agreements. Besides, he is limited in performing this authority from the government by countersignature, which can cause conflict between the two branches of the government. According to the new constitution, in fact, the foreign policy of the country is carried out by the president together with the government, although there is no clear entry regarding this. This is confirmed by another presidential authority in the external field, in particular, the president carries out the appointment and dismissal of ambassadors of Georgia and other diplomatic representatives, with government recommendation. Whereas the current constitution considers the implementation of this presidential authority by means of parliament approval. The presented

¹ The Constitutions of Foreign Countries, v. III p. 60, ed. Vasil Gonashvili, 2008

² The Constitutions of Foreign Countries v. V. p. 318, ed. Vasil Gonashvili, 2008

¹ Summary of the Berlin Conference on the Constitutional Reform in Georgia. Prof. Dr. Wolfgang Babek, 20 August, 2010;

constitutional amendments gives the president the right of accreditation of ambassadors and representatives of other countries and international organizations and other diplomatic representatives, by means of the agreement with the government. It must be noted, that these amendments correspond to other European models, for example, according to the constitution of Romania, the president, with the recommendation of the government, gives the accreditation to Romania's diplomatic representatives. This rule also applies to Portugal, where the president, with the government's recommendation, appoints ambassadors and special representatives, carries out the accreditation of diplomatic representatives.¹

As regards the president's authorities in the legislative field, it must be noted, that as a result of constitutional reform, president is no longer entitled to legislative initiative, to which, according to the current constitution, he is entitled only in special cases. The president has this competence in a number of countries, for example, Hungary, Lithuania, France, etc. However, the constitutions of some countries do not grant the president the right to perform the legislative initiative, for example, Portugal, Germany, Romania, Italy, and USA.

Presidential authority in the legislative field is also represented by the special session convocation. According to the current constitution, the president, with the demand of parliament chairman, no less than the fourth of the MPs, or by his own initiative, convenes a special session during the period between the sessions, and a special meeting in the process of ongoing sessions. Whereas according to the constitutional draft law, president no longer is entitled to the performance of this authority by his own initiative, but, according to the presented amendments, the government participates in the implementation of this legislative authority, which is expressed in the fact, that the president, with the government's recommendation, can convene a special session. I think, this amendment is reasonable, since the new form of state governance considers the reduction of presidential powers and increase in the government competence.

President's legislative powers are not exhausted here. It must be noted, that according to the constitution, president of Georgia retains the right of promulgation of laws and the right to use the Veto, which is granted to him by article 68 of the current constitution. In particular, the bill adopted by the parliament will be submitted to the president of Georgia within 7 days, who will sign it and publish it within 10 days, or returns it to the parliament with motivated notes (remarks). If the president returns the bill, the parliament votes on the president's remarks. For the adoption of the remarks, the same

number of votes is necessary as is in this way determined for the bill according to the article 66 of the constitution.

If the remarks are adopted, the final edition of the bill is transferred to the president, who within the term of 7 days signs it and publishes it.¹ Whereas, in case the parliament does not accept the president's remarks, the primary edition of the bill is voted on. According to the current constitution, the bill will be considered as adopted, if it is supported by no less than 3/5 of the list of parliament members, whereas the new constitutional bill cancels the current demand about the adoption of a law with the majority of 3/5 members of parliament, and instead, determines more than a half of the list.

President has the right to use Veto in other countries as well. For example, the constitution of Hungary considers the so called "suspensive Veto", which entitles the president to return the law with remarks to the parliament, but if the parliament adopts the law again as a result of repeated voting, the president is obliged to carry out its promulgation. In Italy there is so called "presidential Veto", although it is rather weak and to overcome it, it is enough not only to overcome it by parliament with comparatively high majority, but even its repeated adoption by the same majority, that adopted the Vetoed law. President is entitled to Veto in the USA, although the constitution sets certain limitations, particularly, constitutional law cannot be vetoed. The president of the USA is entitled to use the so called "pocket Veto", which implies, that the president is able to neither refuse nor approve the law, that is, "put it in the pocket", and postpone the issue of approval until the next convocation of the congress.

It must be noted, that the reduction of the president's legislative authorities also concerned the competence to call referendum. Particularly, according to the current constitution, president of Georgia is entitled to call referendum at his own discretion, whereas the constitutional draft law is abolishing the right of the president to perform this authority at his own discretion, and considers the government of Georgia among the bodies (subjects) addressing the president with the demand to hold referendum. This note is a part of the constitution of Italy as well, according to which, the president cannot call referendum at his own discretion. Like the current constitution of Georgia, the supreme laws of Lithuania, Portugal and France give the president the right to the initiative to hold referendum.

The president's right to dismiss the parliament is also interesting, which is also a part of the legislative field. This competence is retained to the president of the republic by the new constitution, according to which, if the par-

¹ The constitutional law of Georgia on making amendments and supplements to the constitution of Georgia v. 68, Georgia's Legislative Herald 2010, November 5;

¹ The Constitutions of Foreign Countries, v. V. p. 605, ed. Vasil Gonashvili, 2008

liament fails to declare its confidence to the government staff, pursuant to the rule determined by article 80 of the constitutional law, the president will dismiss the parliament within 3 days and will appoint special elections. It must be noted, that the experts of Venice Committee criticized this presented amendment, stating that the involvement of the president in the procedure of declaring no confidence to the government by the parliament, by means of parliament dismissal by him, is unjustifiable, because this aims at strengthening the role of the president¹. However, I do not agree with this view of the experts, and consider it reasonable to grant the president with this competence, since this is not a novelty for the constitutions of other European countries. Even in classic parliamentary republics, where the president is weak and has limited authorities, he has the competence of parliament dismissal. For example, Germany's "Essential law" considers the possibility of dismissal of the lower chamber of the parliament – Bundestag, by the president. These are the cases, when the candidature of the federal chancellor presented by the president is not likely to receive the necessary number of votes, even after repeated voting in Bundestag, unless the appeal of the federal chancellor about declaration of trust to him/her, does not get the support of the majority of the members of Bundestag.² In Italy, which is a classical parliamentary republic, the president is entitled to dismiss both or one of the chambers of the parliament, after hearing the chairmen of the chambers. However, the constitution does not determine in which cases the president has the right to carry out this competence.

In accordance with the presented constitutional changes, the president retains the broad authority in the field of military activities. He remains the supreme commander of Georgian military forces, appoints the members of national Security Council. This competence belongs to the president in the USA, Italy, Romania, Hungary and Portugal. However, according to the amendments, president can appoint and dismiss the head of general headquarters of armed forces and other commanders, in agreement with the government, unlike the current constitution, which entitles the president to perform this competence independently. The proposed amendment is justified, since it contributes to restricting the president's authority by involving the government in this procedure. This note exists in the constitution of Portugal as well, where the president is the chairman of the supreme council of national defense, but he can appoint and dismiss the head of the general head-

quarters of armed forces and his deputy only with the proposal of the government.

Among other military authorities of the president it is worthwhile to mention the announcement of martial law and state of emergency, which is retained in the new constitution. It must be noted that in Italy the president declares the martial law with the approval of chambers, while in the USA, where the president is the commander of fleet and militia, the right to announce war is given not to him, but to the Congress.¹

International experts do not share and criticize the authority of the Georgian president to declare state of emergency and martial law, and think that the above-mentioned had to be agreed with the government. However, this would weaken the president's military authority, as he, in fact, would no longer be entitled to implement military activities independently.

This derives from his status as well, since he is the supreme commander of Georgian military forces, it is totally justified to give him the right to independently implement the authority of declaring martial law and state of emergency. Besides, this is not a novelty for other European constitutions. For example, in Romania the president of the republic independently, without agreeing with the government, declares states of siege and emergency throughout the country or in a part of it.²

Thus, as we have seen, the state governance model proposed by the constitution aims at strengthening the executive government and decreasing the president's authority, although this does not happen at the expense of weakening each-other. Even though the government authority increases, president still maintains important functions, especially, in terms of foreign relations, armed forces and state of emergency. Thus, unlike the classic parliamentary republic, where president's institute is very weak and practically, it can be said that it is dysfunctional, (e.g. Germany, Italy, Czech Republic, Hungary) as a result of the constitutional changes president remains powerful, although his authorities significantly decrease.

II. Government The role and functions of the government in the bodies system

The structure of executive government depends on the state governance form and the territorial organization. Therefore, for every state it is characterized with a number of peculiarities.

¹ Summary of the Berlin Conference on the Constitutional Reform in Georgia. Prof. Dr. Wolfgang Babek, 20 August, 2010;

² The Constitutions of Foreign Countries v. III p. 59 ed. Vasil Gonashvili, 2008

¹ The Constitutions of Foreign Countries, v. I p. 31 ed. Vasil Gonashvili, 2008

² The Constitutions of Foreign Countries, v. III p. 541 ed. Vasil Gonashvili, 2008

In a parliamentary republic the government is a collegial body. In the system of executive government the head of state has weak positions, whereas the government has a special, privileged place. For example, in Germany executive government is implemented by the federal government, which consists of chancellor and ministers.¹ The central figure in the government is not the president, but the chancellor. In Hungary, where the government is a collegial body, the executive government is led by the prime-minister, whereas in Italy the implementation of executive government is the task of the council of ministers and it is the chairman of the council of ministers that has the main role in the government. Another characteristic of parliamentary republics is that the government is politically responsible not in front of the head of state, but the parliament. Due to the above-said, it can be concluded, that in parliamentary republics the government has the main role in the implementation of executive governance.

In presidential republics the government is not a collegial body, and the head of the executive government is the president. The government is responsible not in front of the parliament, but the head of state. Consequently, a country with this type of governance is characterized by a powerful president, having broad authorities in the implementation of executive government. For example, the USA, which is the classic type of a presidential republic, the government is not a collegial body, and its head is the president, who directly manages the executive apparatus².

According to the current constitution of Georgia, the government is in charge of implementing the executive government, the country's internal and external policy. It is responsible in front of the president and the parliament of Georgia. While according to the constitutional bill, which will enter into force in 2013, the government is recognized as the highest body of executive government, which carries out the country's internal and external policy. These amendments strengthen the role of the government (prime-minister) in Georgia's state bodies system, whereas the president's authorities in the implementation of the executive government decreases, in particular, he no longer has the competence to lead and implement the country's internal and external policies.

This is also indicated by the fact, that the government is not accountable in front of the president. These changes are acceptable and correspond to the European standards. If we observe the practice of foreign countries, for example, according to the article 67 of the Czech constitution, "the government is the body of executive authority", in much the same fashion, the su-

preme law of Estonia says, that "state executive government belongs to the government of the republic".¹ Furthermore, the implementation of the country's internal and external policy is within the competence of the government in many European countries. For example, according to the constitution of Romania, "the government ensures the realization of the country's internal and external policies and is in general charge of public administration." In much the same fashion, in Poland the council of ministers implements Poland's internal and external policies; it is in charge of the governing administration. It must be noted, that the changes presented in the government part are also shared by the Venice Committee, which states, that it fully corresponds to the new system of balanced government.²

According to the constitutional changes, the prime-minister is the head of the government, who defines the orientations of government activities, organizes the work of the government, carries out coordination and control over the work of the government members.³ These authorities are given to the prime-minister also in other European countries, for example, Germany, Italy, Hungary, Poland, etc.

The growth of the government role is also observed in the fact, that it presents the budget for approval to the parliament independently, without the consent of the president. In my view, this compact corresponds the principle of power distribution, since in this case the government has quite effective political and legal possibilities, to make the parliament accept the draft budget drawn out by itself independently⁴. This competence is given to the government also by other European constitutions, where during the process of the budget approval the role of head of state is minimal, unlike the USA, where only the president is entitled to present the budget to the Congress.

III. The Rule about Government Formation

In constitutional laws of different countries the attitude towards the issue of legislative regulation of government formation is different. This, as well as the role and functions of the government, depends on the form of state governance. In parliamentary republics the government is formed on the parliamentary basis, with the decisive participation of the parliament. For example, in Germany the federal chancellor is elected by Bundestag with the

¹ Constitutional Law, A. Demetrashvili, I. Kobakhidze. Tb. 2008, p. 305

² Summary of the Berlin Conference on the Constitutional Reform in Georgia. Prof. Dr. Wolfgang Babek, 20 August, 2010;

³ Georgian constitutional law about making amendments and supplements to the constitution of Georgia, m.79 Georgia's legislative herald, 2010, November 5

⁴ Constitutional Law, A. Demetrashvili, I. Kobakhidze. Tb. 2008. P. 86

¹ The Constitutions of Foreign Countries, v. III p. 61 ed. Vasil Gonashvili, 2008

² The Constitutions of Foreign Countries, v. I. p. 31 ed. Vasil Gonashvili, 2008

proposal of the president. Government formation by means of parliament is also observed in Hungary, where the prime-minister is elected by the parliament with the majority of votes of the parliament members, on the basis of the president's recommendation.

In presidential republics government formation is carried out by extra-parliamentary means. Members of government are appointed and dismissed by president, at his own discretion, for example: Columbia, Costa Rica, Mexico or with the parliament's consent. The example of the latter is presented by the USA, where the president is entitled, with Senate's recommendation and consent, to appoint the secretaries of the executive department, who are responsible in front of the president.¹ According to the constitution of Argentina, the president of the nation single-handedly appoints and dismisses the chairman of the minister's cabinet and the ministers. Also in Romania, which is a joint semi-presidential republic, the president after the consultation with the majority party in the parliament, presents the candidature of prime-minister, and the prime-minister candidate, within 10 days after his presentation, demands from the parliament the declaration of vote of confidence towards the government program and the complete staff.²

According to the constitutional changes, the new government will be staffed by the party with the best results in the newly – elected government. In particular, the president will present the candidature of the prime-minister recommended by the party holding the first place after the parliamentary elections. The prime-minister candidate will choose the ministers independently and together with the government program, will present them to the parliament for approval. The current constitution grants the president with broad authority in the government formation, particularly, the prime-minister can appoint and dismiss the ministers only with the president's consent.

The main purpose of the presented constitutional changes is distancing the president from the executive government and increasing the government's competence. Which is in itself logical, since due to the constitutional changes, the executive government is formed as an independent state branch and consequently, its formation must take place without external involvement. It must be noted, that the government formation rule presented by the government, was shared by the Venice Committee, particularly, international experts stated at the conference held in Berlin that the proposed change corresponds to the government balance system and considered it reasonable to reduce the president's authority in the issue of government formation.

Therefore, the proposed governance form has internalized an important characteristic of a parliamentary republic - formation of the government by parliamentary means. I consider this as reasonable, due to the new form of governance and the government's new constitutional status.

IV. Relations between the Parliament and the Government

Due to the government balance system, it is very important to regulate the relations between legislative and executive governments. This is the main aim of the Constitutional Committee as well. The relations between the parliament and government are expressed in different forms, for example: the accountability of the government towards the parliament, parliament's declaration of no confidence to the government.

In a parliamentary republic the government is accountable in front of the parliament. (For example: Germany, Italy, Hungary, etc.) in presidential republics executive government is not accountable towards the parliament, whereas as regards joint semi-presidential republics, such as Romania, the government is responsible only in front of the parliament, in Portugal the prime-minister is responsible in front of the president of the republic, and within the scope of the government's political responsibility, also in front of the Assembly of the Republic.

According to the constitution of Georgia, the government is accountable towards the president and the parliament, that is, as we see, it has shared the characteristic of a joint semi-presidential republic, whereas the new constitution considers the accountability only towards the parliament. In my opinion, this change is completely logical, since the president's authority in the implementation of executive government has been reduced and the government's role and functions have increased, hence, it became accountable only towards the parliament.

A form of relation between the parliament and the government is the declaration of no confidence towards the executive government by the legislative body. This procedure differs in different countries. For example, in Romania there is such a legal form of vote of no confidence, as the resolution of no confidence. In particular, article 112 of the Romanian constitution determines, that the chambers at the joint session of deputies and senators, are entitled to demand by no less than $\frac{1}{4}$ initiative the adoption of no confidence resolution towards the government, which is adopted by the majority of votes of the deputies and senators.

In Germany the declaration of no confidence towards the government is carried out on the basis of so called constructive vote of no confidence, particularly, on the basis of "the main law", Bundestag can declare no confi-

¹ The Constitutions of Foreign Countries, v. I p 30 ed. Vasil Gonashvili, 2008

² Constitutional Law, A. Demetrashvili, I. Kobakhidze. Tb. 2008, p. 543

dence towards the federal chancellor only by means of electing his/her successor.¹ In a similar manner, in Hungary the parliament is entitled to declare the vote of no confidence towards the government any time by naming the new candidature of prime-minister. Georgian Constitutional Committee shared the experience of other European countries and introduced the constructive vote of no confidence in Georgia. Since, by means of the proposed changes the parliament becomes the only body entitled to exercise control over the government, consequently, it should have the relevant authority, in order to effectively carry out the control over the government. However, the control mechanisms must be balanced in a way which avoids threatening the stable functioning of the government.² Pursuant to article 81 of the constitution, about the launching the issue of no confidence, the parliament can be addressed by no less than two fifths of the parliament membership. Voting on the issue of no confidence is held no earlier than 20 and no later than 25 days. The issue of no confidence is considered to be launched, if this decision is supported by more than half of the parliament membership. No earlier than 20 and no later than 25 days from the launch of the issue of no confidence, the parliament votes on proposing the candidature of the prime-minister for the presentation, recommended by no less than two fifths of the parliament membership. The president will be recommended the candidature of the prime-minister, if he is supported by more than a half of the parliament membership.³ It must be noted that president has the right to veto; he can get involved in this process and refuse to appoint the new prime-minister presented by the parliament. In this case, the parliament will need three fifths of the votes, in order to overcome the president's Veto. Therefore, the constructive mechanism of no confidence implies, together with declaration of no confidence towards the active composition of the government, also declaration of confidence towards the new composition of the government by the parliament.

It must be noted, that harsh criticism of the Venice Committee and international experts was caused by the constructive vote of no confidence. They considered the procedural time related to the declaration of no confidence towards the government as unjustified and "prolonged", particularly, professor Babeck stated at the conference held in Berlin that "the aim of no confidence procedure must be to protect not the prime-minister, but Geor-

gia".¹ As the international experts explained, this procedure does not correspond to the logic of constitutional law. The Constitutional Committee took into consideration the view of the international experts and reduced the dates related to the procedure of constructive vote of no confidence. However, this issue still remained problematic, as the president's active role in this procedure also became the object of criticism. Particularly, in the views of professor Fish and professor Babeck, president must not have the possibility to use the right of Veto towards the constructive vote of no confidence.² Their perspective is logical, since the government becomes accountable only to the parliament and it has no responsibility towards the president, thus, the parliament, as the only body exercising control over the government, should be entitled to its dissolution independently, without the involvement of the president. However, granting the president with this authority can also be explained by the fact, that he has a certain degree of legitimacy, and unlike other classic parliamentary republics, where president is practically dysfunctional, the new constitution of Georgia maintains the institution of a powerful president.

Conclusion

As we have seen, the essential changes considered by the constitutional draft law most of all concerns the president and the government. The aim of the proposed changes is to determine the constitutional balance of powers between the government branches and the reduction of the president's authority. As a result of studying the new powers of the branches of government and the separation of competences between them, we can conclude, that the new constitution establishes the form of joint governance, which is leaning towards a parliamentary republic, that is, it is a so called joint, semi-parliamentary model of governance, where the executive government increases and the president's authorities are reduced, but not significantly weakened. All the three branches of government (president, parliament, and government) balance each other, but this is not done at the expense of weakening any of them. As a result all the three institutions are powerful, but none of them is dominant.

¹ Summary of the Berlin Conference on the Constitutional Reform in Georgia. Prof. Dr. Wolfgang Babek, 20 August, 2010;

² The preliminary comments of the group of experts working on the basic constitutional draft law "about making amendments and supplements in the Georgian constitution", adopted at the plenary meeting of the Georgian state constitutional committee on May 11, 2010 (as of July 5, 2010), Venice Committee

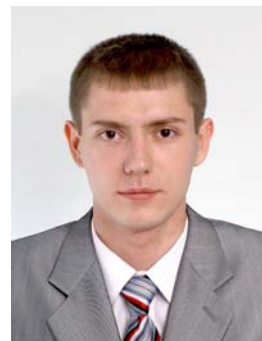
¹ The Constitutions of Foreign Countries, v. III p. 60 ed. Vasil Gonashvili, 2008

² "Consideration on some issues related to the draft constitutional law" – Giorgi Kakhiani, article.

³ Georgian constitutional law about making amendments and supplements to the constitution of Georgia, m 81, Georgia's legislative herald, 2010, November 5.

As a result of the Constitutional Committee's long and complicated work process, the draft has been adopted, which presents the most optimal model of government distribution. The new edition of the constitution contains the elements characteristic for European constitutions, however, it is not oriented towards one particular model, and most importantly, is adapted to the Georgian reality. What is implied by the Georgian reality?

The answer to this question is given by one of the key arguments of the supporters of the presented model of the constitution, particularly, that political parties in Georgia are not properly developed and do not have relevant ties with the wider public, thus, they hardly reflect the public interests, which is the cornerstone of a parliamentary republic. This situation does not allow the possibility to propose the classic parliamentary model to the public, and hence, the new edition of the constitution establishes a new form of governance, a joint, semi-parliamentary model in Georgia. I think, the objective of the current political phase in Georgia is the establishment and development of party life, European principles and practice. This is what will enable us to gradually raise the level of political process and follow the orientation of valuable European parliamentary model, especially since the proposed model allows the full possibility for that.



Kormylo Mykhailo¹

Federalism in Belgium: characteristic features, problems and prospects of development

Introduction

Research of influence of ethnic factor on the organization of state power is a topical issue of the modern constitutional law science. In this context the the federal form of state system becomes more significant and powerful instrument, which allows reflecting all diversity of multinational society.

The issue of so-called ethnofederations is one of the most debatable among different aspects of federalism in today's constitutional science. A federation, which consists of two main ethnic groups having strong disagreements, is believed to be the most vulnerable one. These are so-called bi-ethnic federations, the bright example of which is modern Belgium.

The research of Belgian federalism is extremely important for both: analysis of positive experience of this model, and revealing loopholes in current legislative regulation of federal relations, weak points, negative trends of Belgian federalism.

This research is devoted to the analysis of different approaches to the model of ethnofederation, which exist in today's science of comparative constitutional law; analysis of reforms of the state system of Belgium in 1970-1993, which led to the establishment of ethnofederalism in this country; analysis of the main features of Belgian model of federalism, and also of the principles of power distribution between Federation and subjects of federation and the practice of Constitutional court and State council in these matters.

I. Phenomenon of “ethnofederalism” in modern science of constitutional law

Research of influence of ethnic factor on the organization of state power is the major problem of modern constitutional law science. The significance of this problem is underlined by the fact that, according to some data, only one

¹ Student of the Law faculty, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

ethnic group lives within the borders of only 10% of all countries¹. According to other reports only a dozen of states, in which less than 0,5% of the population of entire planet lives², can be considered to be monoethnic. In this context the significance of the federal form of state system increases as an instrument, which allows reflecting all diversity of poliethnic society. Among different aspects of federalism the issue of so-called ethnofederations is one of the most debatable in today's constitutional science.

Ethnofederation is a state, in the federal system of which a nature of polytechnic society is reflected, or, if to be more specific, the presence of the subjects of federation, established by ethnonational features and representation of different ethnic groups in the bodies of state power. Accordingly, the literature dedicated to the problem of federalism draws a distinction "between *"territorial"* federalism, wherein institutions are designed without regard to social diversity underlying them, in order to decentralize control and bring democracy closer to the citizens, and *"multinational"* federalism, wherein the ethnolinguistic parts form a basis of federal system"³.

Deeply negative attitude to the national and territorial principle of forming federations is a widely spread trend in legal science of the states of post-Soviet territory⁴.

The attitude to the issue of interdependency between ethnicity and federalism in foreign literature diverges with bigger correctness, tolerance and substantiation. First of all it should be underlined that overly primitive viewpoint that ethnofederalism is not practicable, has been rejected from the very beginning in discussions held in foreign legal literature⁵. Such statement contradicts to domestic and foreign practice, since the two old states of the world, Switzerland and Canada are ethnofederations. They have existed since 1848 and 1867 accordingly and both demonstrate that adaptation of ethnic minorities by means of ethnofederalism is compatible with prosperity and protection of basic human rights. Belgium is a more modern example, which successfully adopted ethnofederal structures and is also the ethnofederation of classic type.

¹ André Alen, Nationalism – Federalism – Democracy. The example of Belgium. Leuven: Institute of Central and Eastern Europe, 1994. P. 54.

² Stanovic V. Searching for New Designs: Alternatives to Federalism (the Yugoslavian Experience) // Paper presented at XVII World Congress of the International Political Science Association. Seoul, August 17-21, 1997. P. 2.

³ Erk J. Swiss Federalism and Congruence // Nationalism and Ethnic Politics. 2003. Vol. 9. N2.P. 68.

⁴ Filipov V.R. The criticism of ethnic federalism. M.: Centre for civilizational and regional researches of the Russian Academy of Sciences, 2003. P. 11.

⁵ McGarry J., O'Leary B. Federalism, Conflict-Regulation and National and Ethnic Power-Sharing // Paper prepared for delivery at the Annual Meeting of the American Political Science Association, August, 2003. P.18.

Four different viewpoints, reflecting diverse attitude to ethnofederalism, are prevailing today in the science of comparative constitutional law.

First one was called Jacobinic, since Jacobins stood for a strong unitary state and the sole French nation in their time. Subject to this viewpoint, federalism is an instrument of state destruction. Modern followers of Jacobins believe that political recognition of numerous nations and ethnic communities leads to regressive management and discrimination of minorities on the part of ruling majority, and also institutionalizes and amplifies discrepancies, which constitute a threat to the unity of state/country. On the practical level this viewpoint is maintained by conservatives in Great Britain, by most of former colonies in Africa, Asia and the Caribbean basin, which rejected federalism as an obstacle on the way to economic development, political stability and state unity.

Pursuant to the second viewpoint federalism is considered to be an instrument of nation-building, and sometimes as a stage on the way to a more centralized unitary state. Reputable American scientists (S.M. Lipset, D. Horowitz and D. Elasar), resting on American tradition that runs back to James Madison, believed that federations can partially be destined for preventing the transformation of ethnic minorities into local provincial majority. Actually the main issue in this case is the construction of federation exclusively by territorial features and using it against division of a sole nation-state into ethnic groups. The United States of America are presented as an illustration of such federation.

The third position is consonant with cosmopolitanism. From this perspective federalism is considered as a stage in directing the overcoming of nations and nationalism. Federalists adhering to this viewpoint were and are currently decisive anti-nationalists that were considered nationalists with ethnic exclusiveness, chauvinism and racism.

The fourth viewpoint, which enjoys substantial support among foreign scientists, is the viewpoint of federalists that admit positive significance of multinational federations. They define federation as an instrument of unifying people who tend to gain advantages from a membership in general state, but differ notably in origin, language and culture. "They tend to express, institutionalize and protect at least two national or ethnic cultures on long-term and often continuing basis"¹. Federalists adhering to this position believe that double and multiple national loyalty (for example, to your ethnic group

¹ McGarry J., O'Leary B. Federalism, Conflict-Regulation and National and Ethnic Power-Sharing // Paper prepared for delivery at the Annual Meeting of the American Political Science Association, August, 2003. P.100.

and simultaneously to the country, in which this group resides) is possible and indeed desirable.

Precisely this kind of approach was implemented in Belgium during the 70-s of the 20th century in the course of transition from unitary state to federalism.

II. Belgian model of building up ethnofederalism

a) Establishment of Belgium as a federal state: general characteristics

As faithfully noted by representatives of the science of constitutional law, the most vulnerable federation is a federation that consists of two main ethnic groups having strong disagreements between them. This is so-called bi-ethnic federation¹. The scholars of authority also underline reasons for instability of such federations: "Federations, consisting of two parts, are presently more vulnerable than other federations, because they have fewer possibilities for coalitions, which reduce tensions, and they can not use advantages of constantly changing territorial alliances"².

Entire history of Belgian state is marked with milestones of conflicts between two cultural-linguistic communities – Walloons and Flemings, which revealed itself in different spheres and made a substantial impact on political life of the country³. That is why the transformation of Belgium in a quarter of a century from unitary into federal state as a result of few stages of state reforms (from 1970 to 1993) as an attempt of settlement of these conflicts has become an impressive event, inimitable experience and an instructive example.

Belgians demonstrated a mastership of constitutional construction: an exceptionally complex institutional system was created, which allowed coping with social tensions, but along with taking into account peculiar interests of the constituent parts of federation. While the Belgian model of federalism meets the main criteria of classic federation, it is distinguished by a range of characteristic features and the presence of peculiar legal institutes and mechanisms, "called into existence" by Belgian realities⁴.

¹ O'Leary B. An iron law of nationalism and federation? A (neo-Dicean) theory of necessity of a federal Staatsvolk and of consociational rescue // Nations and Nationalism. 2001. Vol. 7. Issue 3. P. 284.

² André Alen, Nationalism – Federalism – Democracy. The example of Belgium. Leuven: Institute of Central and Eastern Europe, 1994. – P. 41.

³ Lecours A. Moreno's Multiple Ethnoterritorial Concurrence Model: A Reformulation // Regional and Federal Studies. 2004. Vol. 14. N. 1. P. 88.

⁴ Begaeva A.K. Some peculiarities of Belgian model of federal state: article // Azerbaijani-Russian journal of international and comparative law. – 2006. – No.1 (3). – P. 39.

Federalism did not allow centrifugal forces to ruin a unified state and is focused on consideration of ethnic interests of folks, residing on Belgian territory. In this respect the revealing of factors, which unify the nation, as well as studying the integrative function of federalism is topical.

Federalization of Belgium became possible due to the political compromise between Francophones and Flemish. At the same time keeping a balance in relations between them is extremely difficult task. Collision of their interests can lead to serious political implications, such as the recent political crisis of 2007-2008, when it was impossible to form a coalition government for nine months because of discrepancies between Francophones and Flemish concerning the main questions of institutional reforms.

It should be remarked that a range of problems between cultural-linguistic communities still remains unsolved today. Demonstration of separatist sentiments, arising generally from Flemish political parties is also an adverse aspect.

b) Analysis of state reforms of 1970 – 1993

The task of state reforms in Belgium, initially proposed back in 50's of the previous century, was to implement: first of all, the redistribution of burden of economic, social and political problems among the parts of state; secondly, the pacification of main political powers; thirdly, a transfer of the part of governmental powers to the institutions of international law¹.

A few stages of linguistic reforms came next, in the course of which a principle of monolingualism in Flanders and Wallonia and the principle of bilingualism in Brussels and its suburbs were assigned. In 1963 the principle of monolingualism in the regions of French and Flemish languages was reinforced, and for the first time the conventional borders of four linguistic regions were established (three monolingual regions: French, Dutch and German, and one bilingual region: Brussels with suburbs). Establishment of linguistic borders became a milestone on the way to federalism. A concept of linguistic region plays a very important role in Belgian public law, since it serves as a basis for determining the fields of competence of today's Belgian federation subjects – communities and regions. Therefore, a tendency for negotiating the issues of state system outlined in the process of settlement of linguistic conflicts between two communities².

¹ Myalovytska N.A. Autonomy and its role in state construction (countries of Europe): monograph / N.A. Myalovytska. – Kyiv: Logos, 2009. – P. 229.

² Begaeva A.K. Characteristic features of Belgian federalism: article // Bulletin of the Moscow State Regional University. Series "Jurisprudence". – 2008. – No. 3 – P. 48.

The 50-60's of the 20th century are characterized by an aggravation of tensions in relations between Francophones and Flemish. The situation also exacerbated because of economic crisis in Wallonia (it was a rich industrial region before) and moving of business activity centre to Flanders¹.

The sharp and sustained conflicts in cultural-linguistic, social, economic and political spheres between Flemish and Walloon communities made the inconsistency of unitary state system visible. A settlement of interethnic problems proved impossible in the conditions of unitary state, and global transformation of state structure became inevitable. It became understood that the way of settling those conflicts was lying in recognition of cultural autonomy of such ethnic groups.

In our opinion, the transition from unitary state system to a federal one took place in Belgium in evolutionary way. It should be noted that establishment of new formations – communities and regions, and their gradual allotment with competence was a milestone event at the first stage of state reforms in 70's. Communities legalized as the subjects of federation, embodying cultural autonomy, and regions legalized as the subjects of federation, bearers of territorial and economic autonomy.

Six subjects of federation have been formed as constituents of Belgium: three communities (French, Flemish and German-speaking) and three regions (Walloon, Flemish and Brussels). The separation of the country into four linguistic areas was assigned by the Constitution.

An institutional formalization of communities and regions was carried out on the stage reforms of the 80's, their own legislative and executive bodies (councils and governments) were formed². All councils of communities and regions are elected by direct elections, except for the council of French community, which is formed exclusively by indirect voting. Of all subjects only the council of French community, Walloon region and Flemish council are vested with the right of constitutive autonomy.

A special place in the structure of Belgian federation is held by the Brussels region, vested with specific status and a complicated institutional structure. Because of the fact that francophones and Flemish could not reach an agreement on the government regime of Brussels, the status of this subject of federation was finally determined only in 1989. Because of the fact that most of the population of this region is French-speaking, its institutional system has peculiarities, directed to the protection of interests of Flemish

minority (linguistic groups in the council, a procedure of "alarm bell" in legislation process, forming of a government by the principle of linguistic parity)¹.

Beginning with a reform of 1970 the range of powers of communities and regions has gradually increased. Communities have been vested with powers in the sphere of culture, "vital issues for population" (healthcare, social security, etc.), education. Regions have been vested with legislative competence in the spheres of infrastructure development of territories, community facilities, transport, communications, and economic policy. Since 1989 the Brussels region has been vested with identical authorities, except for four spheres: urbanization, infrastructure development of territories, public works and transport. Since 1993 all communities and regions have been vested with powers to enter into international agreements subject to the terms of their reference.

A reorganization of central government bodies took place in the course of mentioned stages of state reforms. Council of Ministers began to be formed pursuant to the principle of linguistic parity of francophones and Flemish. Two linguistic groups of francophones and Flemish have been formed in both Chambers of national Parliament, which take part in adoption of laws on a range of issues of state construction and federation subjects' status, listed in the Constitution, in special order subject to a complicated special majority procedure in both linguistic groups. A parliamentary legislative procedure stipulates a special protection mechanism of interest of two communities in partnership with linguistic groups – the procedure of "alarm bell" (the right to suspend consideration of draft legislation or proposal of law, adopted by special majority, if its provisions can make harm to relations between communities). Arbitration court was established in 1983 (Constitutional court since May 7, 2007), vested with powers to control the compliance of all federation participants with the norms of competence distribution, also formed by a principle of linguistic parity².

Building-up of the architecture of federal state was finished after the implementation of the fourth stage of state reform in 1993. Determination of criterion, necessary for the separation of federal units that are constituents of Belgium, was one of the most complex problems in the course of reforms, since historical borders of Flanders and Wallonia do not correspond to the settlement of Flemings and Walloons. But finally a specific national and ter-

¹ Dakhno I.I., Tymofiyev S.M. Countries of the world: Encyclopedic reference book. Kyiv: MAPA, 2007. – P. 43.

² Myalovytska N.A. Belgium: the experience of transfer from unitary to federal state // Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine. – 2008. – No. 6. – P. 22.

¹ Begaeva A.K. Some peculiarities of Belgian model of federal state: article // Azerbaijani-Russian journal of international and comparative law. – 2006. – No. 1 (3). – P. 40.

² Begaeva A.K. Principles of distribution of powers between federal bodies and federation subjects in Belgium: article // Constitutional and municipal law, Moscow State University. – 2008. – No. 18. – P. 55.

ritorial approach to the organization of federation acceptable for all interested groups of population, was found¹. A lot of amendments were made to the Constitution of 1831, and on February 17, 1994 a consolidated text of the Constitution (currently applicable), in which a federal state system of Belgium was officially assigned, was signed.

Subsequently the transformations applied to the accretion of powers of regions (on the sphere of agriculture, external trade and cooperation with developing countries), arrangement of Brussels institutions, change in order of funding the communities and accretion of the powers of regions in taxation sphere (2001); and also the extension of competence of Arbitration court to all constitutional provisions, related to rights and freedoms of Belgians (2003) and its renaming into the Constitutional court (2007). At present a large-scale reform of Belgian Senate is announced, which is directed to its transformation into a real “federal chamber”.

III. Constitutional regulation of the federal state system of Belgium

a) Characteristic features of Belgian federalism

Belgian federalism is based on classical principles of federalism (the principle of autonomy of federation subjects, the principle of participation of subjects in governance on the federal level, distribution of powers between the constituent parts of federation). Constitutional law of Belgium set forth a wide list of procedures of cooperative federalism, among which are: conciliation procedures, procedures of combined participation, cooperation agreements (optional and mandatory). The King as a symbol of unity of nation and Brussels, which is not only a capital of the state, where the interests of two cultural-linguistic communities intersect, but also the “capital” of unified Europe, are rallying factors for Belgium.

Change of the state system led to an increase of consolidating role of the monarch. Monarchy enables Belgians to preserve the feeling of national solidarity, succession of traditions and continuity of national statehood existence. The King possesses executive power within the limits, provided for by the Constitution. He also exercises federal legislative power (jointly with the Chamber of Representatives and the Senate). Subject to Chapter I, Section 3 of the Constitution of Belgium all ceremonies, which concern monarchical power in the state, its establishment, alteration etc., are carried out with par-

ticipation of both the Chamber of Representatives and the Senate. On the one hand, this provides evidence of consolidating role of the King for entire society and its members notwithstanding their ethnic origin, and on the other hand, of the mandatory participation of all federation subjects (through its representatives) in the formation of supreme monarchical power.

Federal parliament also plays an enormous role in securing the unity of Belgian state. In this respect a constitutional provision of the fact that the members of both chambers of Belgian parliament represent *entire* nation, but not those who have chosen them or the territories, on which they have been chosen, is very important¹.

The presence of two subjects of federation, vested with essentially different powers, in composition of Belgian federation is its specific feature: communities implement cultural-linguistic autonomy, and the regions implement territorial-administrative autonomy. Subject to the Constitution these two types of the subjects of federation exist in parallel and are connected with four linguistic regions, which are not administrative formations, which serve as a basis for the determination of competence of communities and may be used for the determination of competence of regions.

The centrifugal and bipolar character of Belgian federalism should also be pointed out. Unlike most federations, the Belgian federation appeared “from above”, as a result of unilateral actions of unitary state and its subsequent transformation into a federative one: by means of vesting of former non-state territorial entities with autonomy and their transformation into the subjects of federation. Bipolarity reflects on federal institutional system: formation of the Government, the Court of Cassation, the Constitutional Court and the Council of State by the principle of linguistic parity of francophones and Flemish representatives. There are mechanisms of protection for specific interests of two communities on the federal level: formation of the Parliament of two linguistic groups in each chamber, adoption of laws on a range of state construction issues and the status of federation subjects, listed in the Constitution, subject to the procedure of special majority, the procedure of “alarm bell”². On the one hand, it allows keeping balance in relations between Walloon and Flemish communities with regard to their specific interests. And, on the other hand, the fact that making important decisions of

¹ The Constitution of Belgium dated February 7, 1831 [Web site]. Access mode: http://www.urzona.com/index.php?option=com_content&view=article&id=454:_ _ _ 17 _ 1997-&catid=65:2010-07-22-19-48-30&Itemid=77.

² The Constitution of Belgium dated February 7, 1831 [Web site]. Access mode: http://www.urzona.com/index.php?option=com_content&view=article&id=454:_ _ _ 17 _ 1997-&catid=65:2010-07-22-19-48-30&Itemid=77.

¹ Myalovytska N.A. Belgium: experience of transfer from unitary to federal state // Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine. – 2008. – No. 6. – P. 22.

state construction constantly requires a search for compromise between the two poles is a negative consequence of bipolarity.

In a composite state especially such as the Belgian Federation an emergence of disputes among its compounds is simply unavoidable. Decisions carried out in connection with conflicts of interests have a political character and are not provided with any measures of enforcement. Vice-versa, conflicts of competence are connected exclusively with the violation of legal norms of distribution of powers and exclusively legal measures of regulation provided for them. Control over the already passed legislative acts is exerted by the Constitutional court. The effectiveness of the given mechanism is provided by the ability of a wide range of subjects to apply to the Court with a plea of acknowledgment of the normative act to be invalid or with a prejudicial issue and also with a binding force of its provisions.

The analysis of legal nature and competence of the Constitutional court allows to define it as a special body of constitutional justice, which is vested with authority to pass judgments in the form of decrees on constitutionality concerning a wide range of legislative rules covering both issues of distribution of powers among the federation members and a block of constitutional rights and liberties of the Belgians. The analysis of the Court practice shows that this institution plays an important role in the Belgian Federation and serves for strengthening of traditions of constitutional justice in Belgium and improvement of the system of distribution of powers.

b) Asymmetry in the system of powers of federation subjects

The principle of equal rights of federation subjects is implemented in Belgian federation, but at the same time it is characterized by asymmetry. The principle of asymmetry had been initially laid down in the institutional system of federal Belgium (establishment of two federation subjects, different in character and competence), and also strengthened as a result of gradual transition of more new blocks of competence to communities and regions. Region is purely territorial formation, the competence of which extends to a designated territory. Competence of the community has a peculiarity – it extends in respect of the persons, depending on their linguistic identity, that is, a personal criterion is used. Thus, the acts of Flemish and French communities have effect not only on monolingual territories of these communities, but also on the territory of Brussels region (only in respect of French-speaking or Dutch-speaking establishments and organizations, accordingly).

Asymmetry in material powers of the subjects of federation and their institutional asymmetry is a result of “interfederal” transfer of competence by subjects between each other on different stages of state reforms:

– since 1980 a “merger” of Flemish institutes has taken place: powers of the bodies of Flemish region have been fully transferred to the bodies of Flemish community, the sole Flemish council and Flemish government functions for them; the same mechanism has been provided for by legislation for Wallonia as well, but has not yet been implemented.

– since 1993 the bodies of German-speaking community have partially implemented a competence of Walloon region in the sphere of German language and might further use this mechanism for a transfer of all its powers.

– since 1993 a mechanism of transfer of powers from French community to Walloon region (which would implement them in the sphere of French language) and French Community Commission (which would implement them in the bilingual region of Brussels-Capital) has been installed. A partial transfer of authority has actually taken place¹.

As a result of implementation of these constitutional mechanisms of powers transfer all federation subjects preserve their legal personality; Belgian regions, apart from their own functions, receive a possibility to exercise the powers of communities and vice versa.

In addition, as a result of implementation of constitutive autonomy right by some federation subjects (Flemish community, French community, and Walloon region) an asymmetry of the institutions in federation subjects takes place. Neither the Brussels region, nor the German-speaking community has been vested with such right, and the Flemish region does not actually have it.

Asymmetry is also evident in unequal representation of the subjects of federation in federal bodies. Subjects of federation, which represent interests of francophones and Flemish, are ensured with increased protection on the federal level. At the same time the other subjects of federation are deprived of it.

Thus, pursuant to paragraph 1, article 67 of the Constitution of Belgium the Senate consists of 71 senators, including:

1. twenty five senators, elected by the Dutch electoral college;
2. fifteen senators, elected by the French electoral college;
3. ten senators, appointed by the Flemish community council, proposed by the council from its compound;
4. ten senators, appointed by the French community council from its compound;
5. one senator, appointed by the German-speaking community council from its compound;
6. six senators, appointed by the senators, set forth in clauses 1 and 5;

¹ Begaeva A.K. Some peculiarities of Belgian model of federal state: article // Azerbaijani-Russian journal of international and comparative law. – 2006. – No. 1 (3). – P. 41.

7. four senators, appointed by the senators, set forth in clauses 2 and 6¹.

The inequality of the federation subjects is also displayed in distribution of voting lists of the candidates to senators between the federation subjects. The general number of senators, set forth in clauses 1, 2, 3, 4, 6 and 7, paragraph 1, article 67 of the Constitution (please see above), is distributed in each linguistic group depending on the amount of voting lists in respect of senators elections, set forth in clauses 1 and 2, paragraph 1 of article 67, in compliance with the system of proportional representation, which is stipulated by law. In the course of appointment of senators, set forth in clauses 3 and 4, paragraph 1 of article 67, only those lists shall be taken into account, on the basis of which at least one senator, set forth in clauses 1 and 2, paragraph 1 of article 67, has been elected notwithstanding the fact, whether a sufficient amount of members has been elected in accordance with these lists from the constituents of Flemish community council or French community council accordingly. In the course of appointment of senators, set forth in clauses 6 and 7, paragraph 1 of article 67, only those lists shall be taken into account, in accordance with which at least one senator, set forth in clauses 1 and 2, paragraph 1 of article 67, has been elected². The asymmetry of Belgian federation is also revealed in the course elections to the upper chamber of parliament in establishment of different requirements with respect to the amount of Flemish and Walloon senators, which should be living in bilingual region of Brussels-Capital at the moment of elections.

c) Problems of distribution of competence between federation bodies and federation subjects bodies

First of all, it should be noted that the principle of federal law supremacy existing almost in all federations is not implemented in Belgium. A centrifugal nature of establishment of Belgian federation stipulated a specific system, in which the subjects of federation are vested with fixed competence, and the Federation has a residual competence. The powers of federation subjects in any sphere automatically exclude Federation's possession of the same powers. There is no need to decide the issue of supremacy of either a federal law, or right of a subject with such strict distribution of competence

¹ The Constitution of Belgium dated February 7, 1831 [Web site]. Access mode: http://www.urzona.com/index.php?option=com_content&view=article&id=454:_ _ _ 17 _ 1997-&catid=65:2010-07-22-19-48-30&Itemid=77.

² The Constitution of Belgium dated February 7, 1831 [Web site]. Access mode: http://www.urzona.com/index.php?option=com_content&view=article&id=454:_ _ _ 17 _ 1997-&catid=65:2010-07-22-19-48-30&Itemid=77.

system, provided that each of the levels of authority complies with distribution of powers legislation.

Competence of the subjects of Belgian federation is of derivative nature: communities and regions possess only those powers, which have been transferred to them by the Federation and specially vested in them pursuant to the Constitution and special laws.

Communities are the subjects of federation, which implement cultural-linguistic autonomy.

Regions are the subjects of federation, which implement territorial and administrative, and economic autonomy¹.

Federation exercises powers, which have not been assigned by the Constitution and special laws to the competence of communities and regions, and specifically two categories of powers:

1) powers within the framework of residual competence, such as: justice, social security, defense, maintenance of law-and-order, external policy, communications, rules of civil status and citizenship;

2) so-called reserved powers – a comparatively narrow range of issues, which is directly assigned to the federal authority in the Constitution and Special law “On institutional reforms” of 1980 within the spheres of fixed competence of communities and regions². These are the powers to govern the use of languages in bilingual Brussels-Capital Region and communes with special status, system of guarantees of income for pensioners, organic legislation with respect to hospitals and other issues, healthcare, national and international centers of research and federal scientific establishments, federal cultural establishments, food security, nuclear-power engineering, autonomous state federal institutions, etc.

That is today's situation. At the same time, article 35 appeared in the text of the Constitution of Belgium following the constitutional revision of February 17, 1993, which, provided that it entered into force, would lead to a fundamental revision of applicable system of competence distribution, and specifically, would introduce a residual competence principle of the subjects of Belgian federation.

The author shares a viewpoint that this principle is inoperative and fully contradictory to entire applicable regulatory structure, since the principle itself has been stated, but yet there are no answers to significant questions of what will be the character, content and method of the execution of fixed

¹ Myalovytska N. A. Autonomy and its role in state construction (countries of Europe): monograph / N.A. Myalovytska. – Kyiv: Logos, 2009. – P. 233.

² Begaeva A.K. Principles of distribution of powers between federal bodies and federation subjects in Belgium: article // Constitutional and municipal law, Moscow State University. – 2008. – No. 18. – P. 57.

competence of federal power, what will be the fate of implied authorities, currently recognized for the subjects. It is not clear who will be vested with the residual competence: communities or regions, or it will be a “floating” residual competence. It is evident that entire system of distribution of competence will change substantially, and this may entail a redistribution of the centre of competence concentration and the procedure of its execution.

The principle of exclusive competence of the Federation, communities and regions means that a possibility for the federal power to interfere in the sphere of competence of federation subjects and vice versa is excluded.

The Constitutional court of Belgium, arising out of the principle of communities and regions autonomy, makes a wide interpretation of exclusive competence of federation subjects. And alternatively, it is inclined to restrictively construe any exceptions from a fixed competence of communities and regions¹.

In connection with the fact that blocks and sectors of competence, transferred to communities and regions, provide substantial exceptions in favor of federal power (“reserved authorities”) on a number of occasions, the communities and regions can not fully implement the principle of exclusiveness of their competence on the present much lower level of competence distribution.

The principle of exclusiveness of competence, both of the subjects and the Federation itself, procures the system of strict competence distribution with, and in combination with a principle of “law force” is destined to guarantee autonomy for federation subjects within the limits of their competence.

The principle of parallel execution of exclusive powers, recognized by the Constitutional court, represents an exception of the principle pursuant to which any question is settled in accordance with the exclusive procedure by either a federal authority, or the authority of community and region².

Concurrent authorities – it is a situation when Federation and the subjects of federation operate in one and the same sphere, each of them on its own side and without serious interference in the other’s sphere of activity (powers in the field of scientific researches, infrastructure, criminal legislation, etc.).

The implied powers are recognized by law only by communities and regions. The concept of implied powers means that the authorities of community and region, provided that it is required for exercise of their powers,

may settle issues, which have not been transferred to their competence. With respect to the implied powers the Constitutional court in its practice, on the one hand, justifies the possibility of communities and regions to interfere in the sphere of competence of Federation by means of implied powers admitting that it is required for the benefit of competence, transferred specially to communities and regions. And on the other hand, the Constitutional court, as well as the Council of State, provides them with restrictive interpretation, believing it to be possible to use implied powers in the course of preserving some restrictive conditions.

A contradictory situation emerges, when, although the main competence comes from federal power, by virtue of the theory of implied powers communities and regions have a possibility to interfere in the sphere of federal competence, even in compliance with certain conditions. And, to the contrary, federal power can not interfere in the sphere of exclusive powers of subjects, since neither the Constitution, nor special laws directly recognize its right to use implied powers.

Therefore, in accordance with the examined fundamental principles of distribution of competence, and also with regard to specification of these principles, the Constitutional court and the Council of State in Belgium implement the distribution of material and territorial powers in practice between Federation and the subjects of federation.

Conclusion

The analysis of the transformation process of unitary state system into ethno-federation, carried out in this research, and the analysis of today’s model of Belgian federation has shown that federation is a more democratic form of state system for such multinational state as Belgium.

Belgian model of ethnofederation with its complicated institutional system allows to guarantee autonomy of the subjects of federation, procures the balance of their interests, restrains tension in relations between them, in other words, encourages cultural-linguistic communities to exist within the borders of unified state with regard to their specific interests. Maintaining of peaceful relations between participants of federation is ensured by using different forms of cooperation and mechanisms of prevention and settlement of conflicts between them. Federal state system favors strengthening of traditional values, rallying of Belgian nation and maintaining prestige of Belgium in the international arena.

But all these achievements do not postpone the weakness of Belgian federalism. One of them is that, notwithstanding the operational institutes of federalism, the relations of two parts of the country remain conflictogenic

¹ Myalovytska N. A. Autonomy and its role in state construction (countries of Europe): monograph / N.A. Myalovytska. – Kyiv: Logos, 2009. – P. 233.

² Begaeva A.K. Principles of distribution of powers between federal bodies and federation subjects in Belgium: article // Constitutional and municipal law, Moscow State University. – 2008. – No. 18. – P. 60.

and are potentially fertile ground for the aggravation of tension in their inter-relations and creation of the breakage risk of entire federal construction. Federalism, naturally, assumes a transfer of decision of some questions and relevant powers to federation subjects. However, the process of devolution in Belgium took quite an intensive form, which could lead to serious political crises in future and even jeopardize the sole existence of federal center with its competences and powers.



Miraç ÇELİK¹

Special Concept of Legislative Method in the context of legislative function

Introduction

Throughout the history, the institution of Parliament has been developed and its concept has been derived from the word 'Parler'. It has acquired contemporary status.² According to the classical view, notion of parliament in the contemporary countries is used for the legal implementation of legislative obligations and state interests.³ In contemporary parliaments, the legislative role of parliament along with its basic duties contains different connotations. Growth of the parliamentary service can be observed in the historical processes of parliamentary works. Along with the growth of these services, certain problematic issues were detected in relation to the character of parliamentary works. In spite of expected growth of parliamentary services, institutions of parliamentary services and forms of its functionalities could not provide timely and complete satisfaction of citizen's expectations and demands.⁴ This condition brought crises to parliamentary system. Thus, it was necessary to search for possible ways in order to overcome crises and provide parliamentary system with effectiveness. These ways can be grouped into three following contexts:

- 1) Growth of parliamentary labour and specialization
- 2) Activation of mechanisms for the assistance of internal services
- 3) More productive rules for the changes of parliamentary functions.

It could be said that the results of parliamentary works in terms of decision-making can be considered positive. For instance: improvement of commission system in Israeli "Knesset," growth of subsidiary services in Swedish "Riksdagen," for the assurance of productive services of states' parliaments.

Similar researches were done in Turkey. Particularly, in 1996 important amendments were enacted in the legislative regulations by means of united

¹ Master student in law, Ankara State University, Turkey

² Şeref İba, *Parliamentary Law*, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, p. 9.

³ Volkan Has, Sources of the Turkish parliamentary Law and the Working Order of *Türkiye Büyük Millet Meclisi Çalışma Düzeni*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, p. 4.

⁴ İlder Turan, "Effectiveness of Parliaments and Türkiye Büyük Millet Meclisi", in İlder Turan (der.), *Effectiveness of TBMM*, İstanbul, Tesev Yayınları, 2000, p. 11.

cooperation between the government and opposition in order to ensure effectiveness of parliamentary works. In addition to these amendments, existing legislative method was altered by special method; which in turn stipulated timely and effective functionality of parliament. Although, later on legislative amendments of parliament were criticized by the opposition who have filed suit several times in the constitutional court. Then, the court has decided to invalidate implemented amendments that were contradictory with the constitution. Parliamentary legislation after each decree was developing gradually and correspondingly, constitutional court has played an essential role towards the final formation of Turkish parliament.

II. Legislative method

One of the main issues of parliament is the reform of legislative functions and procedures. Implementation of these reforms without internal institutions and functionalities is impossible.¹ Additionally, qualification of the members of parliament, comprehensive allocation of their duties, location of all functional obligations into relevant frames, and most importantly collaboration of basic legislative method of parliamentary works; is essential.²

Parliaments work in accordance with its internal regulations. Parliament should form its internal regulations independently (ruling independence) from other state institutions, specifically from executive authorities.³ The aim of internal regulations is the reformation of parliamentary works. Therefore, it could be said that internal regulation of parliament represents technical structure which balances the relationship of government and opposition; and with this aim it carries great political influence.⁴

Regulatory laws of parliamentary works are absolutely determined by internal regulations. Therefore, it is quite possible to find laws regarding parliamentary works in the constitution as well. One of the basic reasons for the inclusion of laws on parliamentary works in the constitution is to balance relationships between government and opposition; and to conduct anti-democratic activities.⁵ Political government might want to make opposition silent in parliament. Moreover, it might complicate parliamentary control over government by means of parliamentary regulations, interpellations. Furthermore, these commissions might be abolished through house regulations

used in the formation of parliamentary commission and their working methods. Consequently, nowadays inclusion of parliamentary works on internal compositions of parliament and orders of their work in the constitution have begun along with the adoption of several principles and direct approval by constitution¹. According to this view, constitutions do not allow deviation of opposition-governments' balance for the benefits of opposition. Internal regulations should be prepared in accordance with the corresponding constitution. On the other hand, rules of House regulations should be determined, open and veritable. This condition in terms of performance represents necessary suitable to legislative function.

III) Special jurisdictional methods and the reasons of their establishment

In the middle of the 20th century majority of the West democratic states' parliaments could no more fulfill jurisdictional and supervisory functions as effectively as before.² Stemming from the parliaments' working time limitation work load rose each day which created serious problems to parliamentary system. This situation taking into account political qualification resulted to parliamentary crisis. According to Karl Smith all these weakened modern bulk democratic development in parliament. Divided by two contradictory stripes and burdened with hard working schedule political balls could no more ensure the solution of economic, public, and social problems. As a result, parliament lost its operational function.³

After the World War II, in order to overcome the parliamentary crisis in parliamentary system there was introduced 'rationalized parliamentarism' approach. Therefore, old 19th century methods were replaced by more modernized, fitted to current requirements laws and tasks which were worked out for parliament better performance. In this framework aiming at parliament labor and specialization growth there were carried out number of assignments.⁴ Parliament additional service system grew, and the most important – grew parliament's special jurisdictional methods vital for its core functioning.

In order to create parliament's effective and quick functioning there were implemented different special jurisdictional procedures in many countries. In the preamble of "Parliaments of the World" which is parliamentary

¹ Fahri Bakırcı, Working Method of *TBMM*, Ankara, İmge Kitabevi, 2000, p. 19.

² Muhammet Boz, Effectiveness in the legislative process: *Türkiye Büyük Millet Meclisi* *მეგობრობა*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996, 3. 19.

³ Ergun Özbudun, *Turkish Constitutional Law*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, p. 231.

⁴ Has, *op. cit.*, 9.

⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹ Kemal Gözler, Turkish Constitutional Law Classes, Bursa, Ekin Yayınları, 2008, p. 294.

² Şeref İba-Rauf Bozkurt, Parliament in 100 Problem, Ankara, Nobel Yayınları, 2004, p. 4.

³ İba, *parliamentarian Law*, *op. cit.*, p. 9.

⁴ Coşkun Kırca, "House Regulation of Meclis-1" *Günün İçinden*, *Akşam Newspaper*, 06.02.2002.

law source first collection, universally recognized examples of special jurisdictional methods could be grouped in the following way:

- a) Commission stage of any draft or proposal can be accelerated or canceled
- b) Procedure of draft or proposal adoption is set in time limit
- c) Procedure of draft or proposal debate can be carried out in one day
- d) Details of extraordinarily worked out drafts do not need to be printed beforehand and to be distributed to the members of the parliament any more.
- e) On day agenda priority is given to extraordinary drafts
- f) Procedural rules are subject to quick discussion.¹

As you see, besides the existence of general procedural methods in parliaments, there have already started functioning new totally different from general jurisdictional methods special jurisdictional methods and procedures, which evidently ensured more fast and effective functioning of parliaments.

IV. Examples of special jurisdictional methods implementation in different countries.

In special jurisdictional methods importance is given to the way similar to parliamentary meetings limitation. Accordingly, Herbert Dorrington is dividing state parliaments in three categories:

- a) States where meeting limitations were voted by either government or majority party members
- b) States where frequency of meetings is set either by qualified majority voting or agreement reached between political parties.
- c) States having no practice of limitation or abolition of parliamentary meetings.²

As an example of first group states they are Great Britain, France, Greece, and Ireland. In these states parliamentary meetings could be limited by government or parliamentary majority voting.

In second group states Germany, Italy, Austria, Denmark, Luxemburg, Norway, Iceland, Portugal and so forth parliamentary meetings limitation is only possible through qualified majority voting and an agreement reached between parties. In doctrine this is known as 'Organization of meetings'.³

In states belonging to third group - Netherlands, China, Switzerland, and the like, limitation or abolition of these meetings is impossible. Mem-

bers of the parliament are freer involved in jurisdictional activity. In spite of guillotine principle existence in Netherlands it was never used yet, moreover there is no law that would hinder discussion of the draft.¹

1) England

There are three ways of abbreviate parliamentary meeting in England. These are:

A) The Closure Motion

On each level of implemented parliamentary meetings, a meeting can be closed by sufficient number of parliamentarians' given directives. For this, at least 100 parliamentarians should participate in the election process and it is necessary to obtain positive votes from majority. Closing meetings and moving on voting process is possible in case directives are approved. Closure of directives should not be considered as bad treatment of government and violation of oppositions' rights by parliament.²

B) Kangaroo governance

This method was used in England till 1986. Under this method, we have head of the commission in the draft or proposal commission; chairman of parliament in the general board; who have acquired the right to determine directives. From this point, meetings and debates were conducted on selected topics.³ Meetings on other topics were not conducted. Consent over the selected topics meant to be consent over other draft or proposal.

C) The Guillotine (Giyotin)

According to this method, period of meeting was initially determined for each level of draft or proposal. Even after the expiry of period meetings are not finished it will be ceased. This method is particularly implemented on a commission level.⁴

Besides of these three methods, there exists different method which is new in England. New consented calendar is prepared under the method, known as the method of programming directives, after the approval of draft or proposal by parliament as a result of works completed on each level. This method is used on directives that cause harsh debates.⁵

2) France

Four types of legislative method are used in France. These are:

A) Package Voting

In package voting method, government is endowed with the opportunity to set amendments of articles and directives on its own wish and to ex-

¹ Ergül, *op. cit.*, p. 125.

² *Ibid.*, 124.

³ İba-Bozkurt, *op. cit.*, p. 66.

⁴ Cem Eroğul, *Order of the Contemporary States*, Ankara, İmaj Yayınevi, 2008, p. 14.

⁵ Ergül, *op. cit.*, p. 124.

¹ Ozan Ergül, Ankara University Faculty of Law Magazine, Yıl: 2002, Cilt: 51, No: 1, p. 119.

² Beyhan Hamurcu, , Ankara, 2008, p. 15.

³ Hamurcu, *op. cit.*, p. 16.

clude contradictory directives. According to this regulation under the article 44/3 of French constitution parliament may approve or reject politics of government.¹

B) Guillotine

Inculcated Guillotine method in France is different from Guillotine implemented in England. This method in France implies connection of directives with interpellation or approval of proposal on the political duties of government. In this process, draft voting is not applicable, meetings are immediately terminated and in some time, proposal prepared by the government is considered to be approved in case directive of interpellation failed to approval.²

There are some serious critics made in France toward package voting and guillotine method. Indeed, especially the government is conferred with the opportunity to protect its proposals against regulatory directives and with the antidemocratic argument it appears to be subject of critics. Guillotine method among these methods is much antidemocratic than package voting. Reason for this is the possibility to enact directives without voting by guillotine³.

C) Relatively easy Method of discussion

According to this method, during the process of implementation of law proceedings of commission is skipped or enacted draft or proposal by the view of appropriate commission chairman goes to general board. If the method of easy discussion is adopted in general board, draft or proposal will be considered by the inclusion of this method. In this method, right to vote in parliament is only granted to commission reporter and right is granted based on one member of each group. Speech time for appropriate commission reporter is 10 minutes, 5 minutes is for reporter who may wish to make a speech; and for the representatives of group is 5-5 minutes. Furthermore, in this method chairman in accordance with overall analysis of commission will put whole part the bill on voting.⁴

D) Organic Statutes

Besides the ordinary laws and laws related to constitutional amendments, there are third group of laws in France that are known as “organic laws.” These laws related to organization and activation of public forces transform into laws by different methods from ordinary laws.⁵ In contrast to our methods, discussion methods of organic laws are regulated by the consti-

tution. According to this method, consent on organic laws in France is necessary from both parliaments; otherwise establishment of mixed commission might be required by premier-minister and to solve problems with this way. Support of Absolute majority of members from total composition is necessary to make final decision of National Assembly (parliament)¹; in other words, use of this method must be accompanied with serious consent.

3) Spain

Besides joint legislative method there two types of legislative methods in France. Among of these, first is regulated under the article 150 of internal regulations of Spanish representative assembly. According to this article, general board and presidential council as a result of consultations with consultative board on their proposal, enact some laws without direct and partial discussions.²

The next method is regulated under the constitution of Spain. According to article 74 of the constitution of Spain representative assembly and senate confer standing committees with the right to enact law. In this case, draft or proposal before the arrival in general board can be transformed into law. The purpose of the use of this method is rapid enforcement of some laws.³

4) Italy

Constitution of Italy provides three types of legislative methods with regard to discussion in commissions. Among of these, first is an ordinary method, second is the method based on governments’ will; and the third is mixed legislative method. In the examples of Italy, the major role in the legislative acts is played by the commissions. In other words, general board is left outside of legislative works.⁴ In this system, draft or proposal is discussed in commissions. Therefore, it facilitates rapid and effective work of parliament. Up to now, 74% of laws have been transformed into laws in the legislative parliament of Italy before discussing them in the general board.⁵ Italy is the only country in the world where commissions are endowed with such rights.⁶

5) Turkey

Till today, two kinds of legislative methods are being used in Turkish parliamentary law. Among from them, first one was used since the start of

¹ Eroğul, *op. cit.*, p. 169.

² İrfan Neziroğlu, “Legislative Regulations in the Parliament of Spain”, *Legislative Magazine*, No: 1, April-May-June 2006, p. 136

³ *Ibid.*, s. 137.

⁴ Ergül, *op. cit.*, p. 120.

⁵ Havvana Yapıcı, *Legislative Magazine*, No: 5, April-May-June 2007, p. 64.

⁶ Ergül, *op. cit.*, p. 121.

¹ *Ibid.*, p.123.

² Hamurcu, *op. cit.*, p. 25.

³ Ergül, *op. cit.*, p. 123.

⁴ Havvana Yapıcı, *Private Legislative Methods*, Ankara, 2005, p. 101.

⁵ Hamurcu, *op. cit.*, p. 28.

republic. The name of this method is ‘the discussion in the condition of ash’, that is to say, discussion is worthless; by this method, ‘voting in the condition of ashes’ is being implemented after discussing draft laws without discussion of articles in the parliament in terms of joint character. Above-mentioned method was frequently used by the parliament in 1926–1956.¹

In the parliamentary law of Turkey, with regard to private legislative method, first systematic regulation was established in accordance with the 1996 amendments of internal regulation. It in the name of ‘basic law implementer’ expressed private legislative method. From the beginning, there were certain amendments made in this method as a result of the consent between government and opposition, which in turn was strongly criticized by the opposition and was appealed in the court. In this regard, due to the incompatibility with the constitution it has been invalidated.

Regulated “Method on the implementation of basic laws” under the article 19 of internal regulation of the Turkish parliament named as “basic laws” limits the question-answer of regulations without consideration of drafts and proposals discussions in the general board and only with the discussion of certain topics.

V. Jurisdictional function evaluation from the prospect.

Effective work of jurisdictional body from the beginning to present for lawful ground preparer Internal Regulation’s profile fitness, important strategic goal.² Concerning internal regulation changes policy in practical analysis, basis of all changes seen from opposition perspective discussion is necessary.³ Changes introduced through parliamentary reform mean not the same for government and opposition. Especially, changes concerning right of speech and duration in jurisdictional process, along with government attempt aimed at insurance of efficient activity of parliament, from opposition perspective all this is guillotine directed towards the suppression of the voice of opposition.

Concerning private jurisdictional methods most debatable question is parliamentarians who see this method like being in and out of jurisdictional process. Especially when taking into consideration speech and question and answer concerning time limitations, abolition of healthy negotiation environment by parliament and parliament members’ active participation in jurisdictional processes, there is to be noticed contrary standing. For example, in parliament of Turkey in ‘basic law implementation’ process draft a pro-

posal in general board is discussed by chapters, and all chapters are composed of 30 articles. Accordingly, when discussion 30 articles chapter according to this method time set for discussion becomes less by 1/30 hours comparing to simple discussion method.¹ That is, in order to present an article from the chapter it takes half minute for presenter and 10 seconds for parliamentarian, the former will evaluate and provide critics. For such chapters there are 15 minutes question and answer time set. In this each article discussion time is 15 seconds. In this situation, impossibility of parliamentarians’ involvement in the process is evident. Thus created will of parliaments and its healthiness is the matter of other discussion.

The essence of parliament is discussion of arguments and counter arguments in public, public negotiation, public opinion non-agreement and governance.² Parliament is the arena where negotiations are organized; or, by the end of debate process, the way of presenting argument against an argument will lead to the truth.³ From this perspective, negation is one of the basics of parliamentarism. But here mentioned negotiation terminology should not be an endless debate environment. If it will be understood this way, endless debates won’t lead to any result, and consequently, there will emerge a crisis in the parliament since the former could not accomplish its duties. To be short, debate environment should not be abandoned, neither endless debate environment should be maintained in parliamentary system and already implemented regulations should serve this goal too. Private jurisdictional methods should be evaluated and discussed this way too.

As was mentioned above, changes in house regulations as a direction of parliament effective work represent workforce spent in vain aiming at neutralization of existing obstruction tool in the hands of opposition. The aim of private jurisdictional method introduced, which is political power, assist to parliament on its faster functioning is seen by opposition as its voice suppression attempt. This contradiction between government and opposition should be evaluated in the frame of democracy and culture of agreement.

Democracy is universally spread doctrine.⁴ While determining democracy the following should be taken into consideration: definition of democracy according to elections is the lowest level of definition nowadays. This definition should be abandoned. Democratic definition according to under-

¹ Fulya Kantarcı ve Mustafa Yıldırım, Constitutional Court, 26 October 2005 date and access: 2005/74, K: 2005/73

² Carl Schmitt, *Crisis of the Parliamentary democracy*, (çev. Emre Zeybekoğlu), Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, p. 53.

³ *Ibid.*, p. 71.

⁴ Özbudun, *op. cit.*, p. 87.

² İba, *op. cit.*, p. 69.

³ *Ibid.*, p. 69.

standing level is more universal and ideal.¹ ‘Electoral democracy – liberal democracy’ different writers assume that in order to characterize regime as democracy it is important not only electoral mechanism formation which is not sufficient but to guarantee political minority’s basic rights and liberties along with the conduction of political majority supportive elections.²

Robert Dahl states that democratic period should possess 5 criteria.³ First is an ‘active participation’ criterion. The importance of this criterion is in the following: before united politics being accepted, all members should possess equal and active possibility to express their opinion if some members are given more time to expression his/her opinion becomes easy to adopt. In this case, minority, the rights of which were limited try to employ different ways, which will result in jurisdictional activity and its effectiveness confuse. This situation in parliamentary system is known as ‘obstruction’.

Obstruction’ as parliamentarians’ right to speech and give a directive, is employed to avoid termination of opposed jurisdictional process and to insure postponement.⁴ This method is frequently used by parliamentarians in minority against parliamentary majority. Besides the term ‘obstruction’ critics, it does not bear any technical internal regulations laws frustration. The term contains activities implemented according to internal regulations similar ways. For example: in spite of wrongfulness to grant parliamentarian a right of regulation and a word stipulated from house of regulations, is bearing traits common to ‘obstruction’ concerning slowing down jurisdiction process. Indeed, concerning jurisdictional techniques of the term ‘obstruction’, important direction is where lack of lawless traits is regarded as lawful way of existence.⁵

Parliamentary majority is using famous ‘guillotine’ method against opposition’s implementation of ‘obstruction’ method by lawful means. ‘Guillotine’ foresees speech duration limitations or after some times its termination. Guillotine established against obstruction implementation, is more accepted by parliamentary majority.⁶

When government and opposition use contradiction tool against each other –guillotine and obstruction, this does not prove lawlessness of neither of them. Herewith, implementation of guillotine principle often is an object

of democratic principles criticism. Finally, groups belonging to parliamentary majority can mute opposition through guillotine’s hose regulation. But freedom of speech should definitely be ensured in democratic system. On the other hand, there should be noticed that freedom of speech is not only the means to vote and provide your opinion. Freedom of speech represents the right to hear the other person’s speech too.¹ From this perspective, freedom of speech for those in minority does not represent any sense, but for parliamentary majority it bears considerable importance.

When having look at world examples, it is important to mention that private jurisdictional methods in most cases are used as means of political majority’s laws adoption. In private jurisdictional methods, right to speech, duration of question and answer time, and limitation of debate environment, all this serve to neutralize opposition and its participation in jurisdictional process, and strengthening of political majority. Following this way, political majority without necessity to agreement will act according to its goals. Especially, when party is stable parliamentarians can’t leave the frames of party appeal. In such cases, decision making power is concentrated in one hand. This situation concerning majoritarian democracy understanding, can lead to development of other problems.

In order to ensure parliament’s efficient functioning, there could be mentioned employ of private jurisdictional methods for useful aims. There should be taken into consideration that laws’ fast adoption does not always result in positive outcome. According to Lijphart, majoritarian methods can bear more rapid decision making possibility among consociational democracies but adopted decisions cannot always be the result of its adopters’ intelligence.² On the other hand, it is important to mention that the laws adopted by majority government not paying attention to opposition requirements can be denied by future government coming to power. Because of opposition and majority contradiction, every new government’s primary step might be amendment or abolition of laws adopted by previous government.³ While having a look, for parliament such a situation must not be confusing. Considering this government – opposition endless contradiction law’s rapid promulgation won’t have a sense. From this perspective, basic aim is the formulation of the law rapidly and effectively with the process of private jurisdictional method, while the question of the former’s usefulness level can be debatable.

¹ Samuel P. Huntington, ‘Third Wave’ Ankara, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, 1993, p. 7.

² Levent Gönenç, TurqetSı arCevnebis SeuTanxmehloba da gamosavlıs gzeбі, Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, p. 1.

³ Robert Dahl, *On the Top of the Democracy*, Ankara, Phoneix Yayınları, 2001, p. 39.

⁴ Şeref İba, *Parlamento Hukukunda Obstrüksiyon Ve Giyotin Kavramları*, op. cit., p. 147.

⁵ *Ibid.*, p. 151.

⁶ *Ibid.*

¹ Dahl, *op. cit.*, p. 101.

² Arend Lijphart, *Motives of Democracy*, İstanbul, Salyangoz Yayınları, 2006, p. 247.

³ *Ibid.*, p. 47.

Conclusion

Private jurisdictional methods, opinion regarding limitations within the system, accordingly, there is no possibility for opposition to interfere in jurisdictional activity. There is a need for the question to be asked: Should parliamentarians' active interference in jurisdictional activity be neglected because of the reference to parliament's fast operation? It is impossible to give a positive answer to this question. Discussion of parliament basis, argument, and counter argument in public, is public agreement and governance¹, likewise, opposition aspiration towards self-exclusive goal does not fit main principle of parliamentarism. Any regulation or practice being against inclusion of opposition in jurisdictional process creates problem when relating to democratic principles. In addition, parliamentarians' duties fulfillment and use of rights, is possible through active jurisdictional participation. Because to this reason, any regulation or practice that might hinder parliamentarians' active participation in jurisdictional process, primarily will lead to some constitution related risk. In this case, following result is achieved regarding jurisdictional function: parliament should not be a victim of parliamentarians' active participation in jurisdiction because of parliament's faster and efficient operation. For that reason, regulation implemented concerning private jurisdictional methods should ensure opposition's involvement on required level.

Aim of private jurisdictional method adoption serves the principle of parliament's more efficient operation.² But we have to take into consideration that this methods like guillotine method could be used to keep opposition silent. Finally, there is always a risk that decisions of government majority groups could be made against non-governmental minority groups.³ Taking into consideration this situation, the necessity to protect non-governmental groups from majoritarian dictatorship is clear.⁴

In conclusion, it is to be mentioned usefulness and risk of jurisdictional methods and obvious problems of their 'jurisdictional function' and 'position-opposition disagreement' too. For this reason, I think once more observance of private jurisdictional method taking into consideration related problems is a necessity. Particularly, in order to avoid position-opposition balance deviation towards position, when relating to private jurisdictional methods in parliament qualified majority rules should be established. As we can

see on example of Turkey, condition of appeal can be foreseen only for accurate form drafts or proposals concerning private jurisdictional methods.

Concerning parliament's active and efficient operation, besides private executive methods new solution could be found. The essence of this solution is a matter of separate discussion. While, nowadays there are two ways on the front line. First of which is specialization and division of work inside the parliament. Second way is parliament's ensured support and service rise directed towards its subdivisions and members.¹ In this point, attention is paid to parliamentarians' consultancy. In the direction of parliamentary activity ensuring it is possible to search for this or that ways. But it has to be noticed that while making reformative steps in parliamentary system constitutional and seen from democratic perspective suitability of results placed in epicenter is extremely important. Otherwise, implemented steps, in average and long time limit will be harmful.

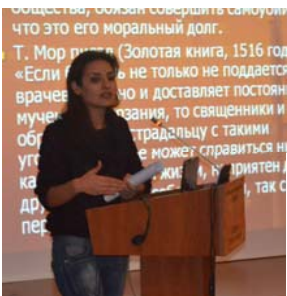
¹ Schmitt, *op. cit.*, p. 53.

² İba, "Obstruction and Guillotine Terms in the Parliamentary Law", *op. cit.*, p. 163.

³ Levent Gönenç, "kanonierebis terminu da konstituciaTa kanonierebis problema", Ankara University Faculty of Law Magazine, vol: 50, No: 1, 2001, p. 146.

⁴ *Ibid.*

¹ Mine Yıldız, "Türqetşu sakanonmdeblo funqciis mxriv parlamentarıs consultancy", Legislative Magazine, No: 4, January-February-March 2007.



Narine Babayan¹

Constitutional Law on the life – General Characteristic

The major step to development of human rights were bourgeois-democratic revolutions XVII-XVIII century of century which have put forward not only a wide set of human rights, but also the principle of the formal equality which has become by a basis of universality of human rights, originally democratic character which has given to them.

The further stage of deepening and development of the catalogue of human rights became second half XX century After the Second World War accompanied by rough mass infringements of human rights, they have fallen outside the limits an interstate problem and became a subject of constant attention of the international community. The recognition of the General declaration of human rights, the European convention on protection of human rights and the basic freedom, the International pact on the civil and political rights, the International pact about the economic, social and cultural rights, the Convention on the prevention of crimes of a genocide and punishment for it, the International convention on liquidation of all forms of a racial discrimination and of some other major international legal certificates was the invaluable contribution to development of a civilisation and cultures of XX century. In PA the right to a life is the highest also is fixed by value in the item of 15th Constitution PA.

In the General declaration of human rights this right is fixed in item 3 which have proclaimed the right of each person on a life, on freedom and on inviolability of person. In the International pact about the civil and political rights of 1966 more developed definition is made: «the Right to a life is an inalienable law of each person. This right is protected by the law. Nobody can be any way deprived a life» (p.1 item 6).

Statistical service of EU has published the data according to which for last 2 centuries inexact medical diagnostics and treatment has carried away in 1,5 times more than human lives, than all large wars for the same period time. As an above-stated bright example that fact that 2010r can serve. Has not been registered medicine under the name "Ukrain" which was invented by the doctor V. Novitsky and which has passed about 2 thousand researches

medicine was for treatment of oncological diseases in different stages of development of illness. Course of treatment consisted from 40 injection, everyone which cost 814 hryvnia. medicine was not registered, on my personal conviction, only to that any medicines applied to struggle against oncological diseases bring fabulous reach to Pharmaceutical firms starting them and this medicine was simply unprofitable to them. This example visually visible that human rights on a life before personal interests of the powerful public health companies.

I. Comparison the death penalty with the right to a life

In the legal literature the death penalty is characterised as deprivation of the person of a life as punishment. Actually that the death penalty often legalized in such countries which, according to many international legal certificates undertake to protect the right on a life, not is out frameworks of any logic as in these certificates that circle of people whose the right to a life must be to protected is not concretised. When result arguments such – «all society against an abolition of capital punishment», and «the people voice – a voice Divine» (vox populi, vox dei) it is impossible to agree with it simply, after all has crucified a voice of the people and the Christ.

First of all it is necessary to discredit a popular belief that the death penalty can constrain criminality. The science and sober historical estimations testify to other. Strengthening of retaliatory measures and criminality growth usually go in parallel.

After the Second World War the tendency to reduction of application and a full abolition of capital punishment was outlined in the world. It is marked, what not last role in it norms of item 3 and 5 General declarations of human rights, adopted by the General Assembly of United Nations Organization on December, 10th, 1948 which establish have played that each person has the right to a life and that nobody should be exposed to tortures or the reference severe, brutal and humiliating its advantage and punishment. According to a group of authors of chair of criminal law and criminology the Moscow state university, «in the given context the death penalty unequivocally concerns punishments severe and brutal» [2]. Besides, the abolition of capital punishment is recommended by Resolutions of General Assembly of the United Nations from December, 8th, 1977 and from December, 15th, 1980, and also the Second optional protocol to the Covenant on Civil and Political rights, accepted by General Assembly of the United Nations on December, 15th, 1989.

¹ Student of the law Faculty, Yerevan State University, Republic of Armenia

In 1978 the death penalty has been cancelled in Spain, in 1981 — in France. Since 1990 the death penalty have cancelled completely about 40 countries and territories.

To the middle of 2007 89 countries have cancelled the death penalty for all crimes. 10 More countries have kept it only for the grave crimes separate especially made in the military time, having excluded possibility of an infliction of death penalty for so-called ordinary crimes. 30 countries have cancelled the death penalty in practice, that is did not carry out death sentences last 10 years and are going and to adhere further to the moratorium, or officially declared introduction of the moratorium on execution of death sentences. Thus, by this time in the world is 130 countries which have cancelled the death penalty in the law or in practice, and 68 countries which keep and continue to apply this measure.

Since 1965 more than 50 countries have expanded the list of crimes for which the death penalty can be appointed. By data for 2000, in 21 country the death penalty for the crimes connected with safety of the country (espionage, high treason, etc.) is provided. In 13 countries have entered the death penalty for terrorism, for hijacking if it has brought to ruin people, for murder of hostages. In some countries the given punishment for kidnapping if it has led to their death is provided. In 21 country the death penalty for the crimes connected with a drug trafficking is established. In 13 countries the death penalty is provided for economic crimes (corruption, plunder of public funds, an attack on employees of the customs, the armed robbery). In a number of the Islamic countries the death penalty for adultery, rape, homosexuality, sexual relations between non-Muslim and the Moslem is established. [5]

By data «the International Amnesty», in 2006 at least 1591 persons have been executed in 25 countries and at least 3861 persons have been sentenced to death in 55 countries. [6]

According to the organisation data «International Amnesty» in 2008 the greatest quantity of the death penalties took place in China (1 718). In 2008 in Iran the number of the executed has made, at least, 346, in Saudi Arabia — 102, in the USA — 37, in Pakistan — 36, in Iraq — 34. In total in 2008 2 thousand 390 persons in 25 countries have been executed.

II. The Constitutional law characteristic on the life

2.1. Definition of the moment of the beginning and the termination of the right to a life

In 1972 the American biologist V.Potter has entered into a scientific turn concept "bioethics". He understood as it the new scientific discipline uniting biological knowledge and human values. Originally bioethical problems contacted problems of artificial interruption of pregnancy, euthanasia, sexual relations, health services, a spare-part surgery. In the further their number it has been expanded. Traditionally bioethics of the right is considered in three aspects:

1. A parity of biological essence and the legal person of the person;
2. Interaction of somatic components at the decision of legal questions;
3. The factor of the danger caused by uncertainty and risk of many uncontrollable scientific researches.

One of the most authoritative domestic works in the field of right bioethics is the book of the doctor of jurisprudence, judges of the European Court under A.I.Kovlera's human rights «right anthropology».

The particular interest is represented by questions on definition of the moment of the beginning and the termination at the person of the right to a life.

In the world legal literature spread that opinion on which fundamental laws and freedom of the person belong to everyone from a birth. Such approach in many countries including PA, serves as a basis for legalisation of abortions. Together in that (as it is paradoxical!), such approach will not quite be co-ordinated with a number of norms of international law. First of all, it is necessary to pay attention to a preamble of the Convention on the rights of the child (it is accepted by the resolution of General Assembly of the United Nations from November, 20th, 1989) According to which the Convention state-participants, including Russia, take into consideration that «the child, in view of its physical and intellectual immaturity, requires an appropriate legal protection, both to, and after a birth». Besides, in Convention item 1 according to which «the child each human being before achievement of 18-year-old age» admits, the initial moment from which it is necessary to recognise the human being as the child is not established. On sense of resulted article the child is not only the born human being, but also and what else is in a parent womb, was not born. Acknowledgement to this argument can be found and in the domestic legislation. So, according to item 1190 of GK PA the citizens who were conceived at the moment of a life testator testifying to that civil capacity arises at the person till a birth. It is a question of

the position provided by the Law of XII tables according to which the child who was born after death of the father- testator, was considered as the successor and, owing to it, could be mentioned in the will. Subsequently similar position has been fixed in later legal sources – Guy's Institutions and Digesta Justiniana. Besides, under the law Julia Velleja with a view of protection of laws of succession of a human germ to it at the desire of pregnant mother the trustee, authorised to exercise administration of property which the germ in a case рождения² should inherit was appointed. Not casually on boundary II-III centuries the Roman lawyer Tertullian wrote: «The one who will be the person, already the person».³

The resulted norms of Latin legal sources were receptioned by the countries of the romano-German legal system. So, according to paragraph 1923 (2) German Civil code «the person who was not born, at the moment of inheritance opening, however has already been conceived, it is considered born before inheritance opening». And paragraph 1777 (2) ITY says that «the father can appoint the trustee to the child who will be born after his death if it is competent on it in case of a birth of the child to his death».⁴ In item 725 of the French Civil code position according to which persons, «inheritances existing at the moment of opening» can be successors only contains. Thus the concept of "existence" is, on sense PGA, wider, than concept «findings in live», and allows to allocate hereditary capacity conceived, but yet not born children.⁵

According to the majority of jurists, the above-stated norms at all do not allocate a human germ with the subjective rights: the person the subject it becomes right only in the event that he will be born, and besides will be born the live. Thus a part of jurists consider that the conceived child (nastsiturus) is allocated conditional civil capacity, others tend to that the law simply protects the future rights nastsiturus, without recognising its capable person.⁶

As to the first point of view it has deep enough historical roots. Really, in sources of the Roman right there are the norms equating the conceived child to already born subject of the right in the presence of two conditions. First, and born after his death, possess the right of succession. Thus, current legislation PA also protects interests of a human germ, naming its "citizen", "child", instead of "part" of a parent organism deprived independent life. According to item 219 Criminal Code of Germany 1871 (as of August, 17th, 1999) «the woman should understand that the yet not born person in each stage of pregnancy has own right to a life and that therefore pregnancy interruption in a legal society is taken into consideration only in an exclusive situation...». As we see, the German criminal law is far from considering not born human being as not possessing the independent rights «a part of an organism of mother», on the contrary, the legislator equates abortion to murder

человека¹. In the ancient Roman right there were norms, to a certain extent the conceived child should be born the live. Secondly, the recognition civil standing for the conceived child should correspond it интересам.⁷ Positions of Latin legal sources have made essential impact on formation in a science of civil law of the theory «conditional standing» human fetus.⁸ The Given theory finds acknowledgement in the legislation of some foreign countries. So, according to the Civil code of Hungary 1977 the person if he was born live, is capable from the moment of conception. In the Civil code of Czechoslovakia it is specified 1964 that capacity possesses and the conceived child if he is born the live. Under the Civil code of Spain 1889 civil capacity the physical person arises from the moment of a birth, thus conceived child is considered as born if he was born, has a human body and has lived 24 hours from the moment of branch from a parent organism.

Establishing the right of nastsiturus on inheritance, the civil legislation does not recede at all from the resulted rule: nastsiturus it is not allocated civil capacity, not the subject it becomes right. In this case the law only guarantees protection of the future human rights, – those rights which will arise at it in the future, in case of a birth the live. Thus, recognising nasciturus as the successor, the legislator means that the right to inheritance will arise at it in case of a birth the live. Thus arisen right will operate with a retroactive effect. At the same time, in the foreign legislation there is other approach to a problem of protection of the rights of a human embryo. So, in the Netherlands the yet not born child is considered already born if this presumption corresponds to its interests.

The manager. Chair Embryology biological faculty of the Moscow State University the professor, Dr.Sci.Biol. V.A.Golichenkov and the professor of chair эмбриологии Д.В. Priests. The position of some foreign experts according to which abortion represents not simply harmless «pregnancy interruption», but «deliberate murder» is more categorical.

The conclusions of modern medicine consisting in a recognition of abortion by murder of the person, correspond to a position of Christian faiths. The big role in formation of initial judgement of Christian Church about abortions the decision has played the Constantinople cathedral of 692 according to which «there is no difference, whether kills someone the adult person or a being at the very beginning of its formation».

It is necessary to mention and the moment of the termination of the right to a life which is certain by Law RA «About transplantation of bodies and (or) fabrics of the person». The conclusion about death is given on the basis of ascertaining of irreversible destruction of all brain (death of a brain), established according to the procedure confirmed by Ministry of Health of Republic Armenia.

2.2. Euthanasia

Since the most ancient time the life and death problem was a subject of philosophical and legal judgement. The most different judgements expressed. Socrat and Platon, for example, considered admissible murder of seriously ill people, even without their consent. Moreover, they believed that the person, owing to the weakness become by a burden for a society, is obliged to commit suicide that it is its moral imperative. T.Mor wrote (the Gold book, 1516): «If illness not only does not give in to doctoring, but also delivers constant tortures and torments priests and the authorities address to the sufferer with such arrangements: it cannot consult with any tasks of a life, is unpleasant for others, in burden to itself and, so to say, endures already the death».

In criminally-legal value euthanasia it is defined as deliberate deprivation of a life of hopelessly sick person for its disposal of sufferings. On ways of application it divide on "active" (positive), consisting in fulfilment of certain actions on acceleration of death of hopelessly sick person, and "a passive" (negative), which essence – refusal of measures, prolonging a life of such patient. As a rule, euthanasia it is considered a crime, but its structure concerns the exclusive. I will remind that active euthanasia concerning incurably sick it is condemned by the Nuremberg international tribunal as a crime against humanity. The world medical association (BMA), repeatedly considering a question about euthanasia, always found its inadmissible and categorically condemned. Its Declaration about euthanasia has confirmed 1987 that «euthanasia as the certificate of deliberate deprivation of a life of the patient, even at the desire of the patient or on the basis of the reference with the similar request of its relatives, is not ethic». It is necessary to underline that it is a question only about active euthanasia. Passive euthanasia it is legislatively resolved more than in 40 states. In separate states of the USA the special document named «Will during lifetime» in which the person himself defines a measure of the help which he would like to receive at a possible hopeless condition is legalised. So, in the State of California it is authorised to chronically sick people to resort to passive euthanasia after will signing at two witnesses. The number of supporters euthanasia, considering that each person has the right to worthy and easy death, invariably grows. On April, 10th, 2001 the Parliament of Holland has confirmed the law releasing from the criminal liability of doctors, helping to die to suffering hopelessly sick people. Thus, Holland became the first country which has legalised active euthanasia. In March, 2002 the Supreme Court of Great Britain has given «the right of worthy death» to the 43-year-old paralysed woman.

In my opinion, there are no arguments against human rights declaration on a life and death for two rights are closely interconnected. Besides, there are powerful arguments in favour of the permission both active, and passive euthanasia – is final, in exceptional cases, in the presence of the conscious request of the patient, impossibility to facilitate its sufferings known methods and means and doubtless validity of impossibility to save a life of the patient.

The international pact about the civil and political rights (1966) considers the right to a life as an inalienable law of each person. In the Russian legislation the right to a life is proclaimed for the first time in 1991 in the Declaration of the rights and freedom of the person and the citizen. Human life has taken a special place and among objects criminally-right protection. In item 20 of the Constitution of the Russian Federation it is told that «everyone has the right to a life». But the human rights recognition on a life logically means also a recognition of its right to death.

A number of authors consider that nobody is free to deprive of the person of a life which in all cases should be supported to the natural end. Against euthanasia also the church actively acts. According to Buddhists, on the contrary, the condition of the person at the moment of death is deciding for its posthumous destiny, therefore it is more preferable, if the person dies easy and without tortures. As truly marks F.Fut, «be not simple a condition can live to be defined as the blessing or in itself to be considered as it, namely the life reaching the certain standard of normality».

Thanks to mass-media there is a decriminalization euthanasia in public consciousness. The majority of authors consider admissible only passive euthanasia at observance of following conditions. First, the subject of the right on voluntary euthanasia there should be the capable responsible patient who is in a hopeless condition, established by a consultation of doctors. According to some authors, the right on euthanasia can be given also to those patients which illness though is not deadly, however will inevitably result «degradations of the person». Secondly, a victim euthanasia the deranged person can become passive provided that it, still being made, has taken care to make «the lifetime will», providing realisation euthanasia in case of a hopeless condition and diminished responsibility of the testator. The lifetime will can be made and on a case of "degradation of the person» the testator owing to illness. Of euthanasia minors, including newborn, and also incapacitated citizens various opinions are expressed. So, for example, from the point of view of M.N.Maleina, it is possible to offer the following decision of a question about euthanasia minors. Aged till 14 years the question on the life termination should not be put, as juvenile not quite understands value of the actions and (or) cannot supervise over them. At the age from 14 till 18 years

the minor independently solves a question on the termination of the life taking into account the general criteria which operate concerning adult patients, and the written approval of his parents. The subjects authorising legality euthanasia (a consultation of doctors, Office of Public Prosecutor or court), have the right to postpone the decision of this question before achievement by the patient of 18-year-old age. Along with the resulted point of view in the special literature there are the extreme positions essentially expanding subject structure of victims compulsory euthanasia without any guarantees of observance of their legitimate rights and interests. So, C.Я. The Doletsky considers that euthanasia is fair in relation to paralysed, to patients-morons, and also in relation to newborns with an atrophied brain, to fruits of pregnant women if the ugliness or pathological infringement incompatible with life is proved.

The right on euthanasia belongs only to that patient who, owing to illness, tests considerable physical and sincere sufferings, ineradicable in the known ways.

The request of the patient about euthanasia should be realised and steady, based on the preliminary information on a condition of the health and certificate consequences euthanasia. Besides the listed conceptual conditions legal euthanasia some procedural frameworks guaranteeing legality of its realisation are offered. First, the request of the patient about euthanasia, no less than the fact of reception of the corresponding information should be in writing issued. And the written request of the patient is subject to the notarial certificate. Secondly, for realisation euthanasia it is necessary to secure with the preliminary permission of the public prosecutor or a judgement. Thirdly, the fact and a way of realisation euthanasia should be specified in the medical documentation.

Legalisation euthanasia, according to others lawyers, even it is exclusive in the passive form, leads actually to application active euthanasia. So, P.D.Tishchenko notices that in the USA «procedures passive euthanasia are used as roundabout a way of realisation active euthanasia. For example, use of high doses of the sedative means actually causing a coma of patients is admissible. Then actions supporting a life (mainly introduction in an organism of liquids) stop, and the patient dies in some days from dehydration».

M.N.Maleina believes that «in degradation (destruction) of the person such persons can do nothing consciously so, and their desire refuse from euthanasia also can to be called in question». The given judgement refuses to the "degraded" person ability to make the realised decisions. However, according to the law, such ability is absent only at deranged and incapacitated persons. Thus, the resulted judgement shows the disrespectful relation to human advantage and the subjective rights of the "degraded" person.

Will of the patient about euthanasia assumes its knowledge of a condition of illness and consequences euthanasia. Meanwhile now in Armenia and abroad sharply enough there is a problem of reliability and completeness of the information on a condition of the patient. The doctor often resorts to «sacred lie» which happens so refined that not at once is distinguished by experts. Being guided by criterion of granting to the patient of only "necessary" information foreign courts often justify «sacred lie» doctors.

From the above-stated there is old as the world a philosophical question on the law purpose. Whether there is a morals sphere to which there are no affairs to the law, or the law should watch observance of moral foundations properly? «This question in a context of jurisprudence of the United Kingdom and philosophical bases of the right presently discussed the professor Heart and lord Devlin. In general the first has apprehended philosophical sights which in the last century were expressed by John Stewart Mill while last believed that the morals are closely connected with the right. Lord Devlin asserts that as the law exists for society protection, it should protect not only an individual from debauchery, operation and infringement of its rights, but «also to protect a society both its political and moral views without which people cannot live together. The morals of an individual are not indifferent to a society the same as also its loyalty. With them it prospers, and without them perishes».

Lord Devlin also asserts that the criminal law of England not only «from the very beginning prosecuted morals subjects, but also continues to watch observance of moral principles». Among acts on which criminal cases were raised and which it has carried to a category of crimes against morals (in spite of the fact that is disputable, whether they a damage cause to a society), there were euthanasia, i.e. killing of the person under its request, mass suicides, duels, abortions, кровосмесительные communications of brothers and sisters. All these actions can be made privately, without putting thus a damage another, and they do not mean debauchery or operation of others. However, as he marks, nobody comes so far to take out all these problems for limits of the criminal legislation as concerning morals of a private life ».

In the light of the above-stated it would be desirable to express the opinion. In my opinion, our country is yet ready even to discuss the given problem. Level of respect of another's rights in our society is lowest, and a pursuit of "modern" western ideas – only a craze. In the long term, in my opinion, it is necessary to consider arguments of both parties, carefully them to analyse. Personally I find it difficult to take this or that part in this dispute, too arguments as supporters, and opponents euthanasia are strong. Probably, sometime it also begins to be applied in practice, at least, some countries as it was already marked, have risked to go on this way. Well, it is necessary to

look at their experience, after all it is much more reasonable to study on another's errors, rather than on own.

III. Practise of European court under human rights on affairs of the right to a life in the conditions of action of special legal regimes. Domestic mechanisms of maintenance of the right to a life

In this connection a question is considered to result necessary some examples which demonstrate the legal point of view of the European court under human rights (henceforth-court) in the relation рассматриваемого a question.

Legality of a trespass according to a position of the European Court under human rights follows also from remedial features of a legal design of the bases of responsibility of the state. According to Court, absence of objective and independent investigation of a case of a trespass is the independent basis of responsibility of the state for actions of the bodies and their officials. The given position of the European Court business «eloquently shows Makkann and others against the United Kingdom» (McCann and v. UK). Circumstances of business are that.

Employees of special services on struggle against terrorism have received data about preparing citizens of Ireland Makkann and others act of terrorism. Employees of special services have killed Makkann and others which really were terrorists, explaining murder by that in the circumstances special services did not have other choice as terrorists at any moment could put in action the explosive mechanism. The European Court recognised that the right to a life of killed Makkann and others has been broken, recognising that to Court instructions of a management of special services which could certify have not been given that, killing Makkann and others, employees of special services operated not purposely, and murder in the circumstances was an adequate, necessary and well-founded measure.

In an another matter «Gulek against Turkey» (Gulec v. Turkey) has been established by Court that during a counterterrorism operation on March, 4th, 1991 in the city of Idil 15-year-old Ahmed Gulek who has casually appeared in a place of terrorist events has been shot. The state in the arguments specified that there are no proofs of murder of Ahmed Gulek a bullet of employees of a safety force. According to the state, Ahmed Gulek could become a victim of unstated persons. However, being based that a safety force had been used the weapon and by the state it is not made objective investigation of causes of death of Ahmed Gulek, the court recognised infringement by the state of the right to a life of the victim, having specified literally the following: «The general interdiction of any deprivation of a life agents of the state, following from sense of item 2 of the Convention, is inefficient, if in

practice validity of application by the authorities of the force, capable to entail death of people, is not exposed to a critical estimation. To protect a state duty the right to a life, provided item 2 of the Convention, together with the general duty stated in item 1 of the Convention, to provide «to everyone, being under their jurisdiction, the rights and freedom provided in section 1 of the Convention», assume presence of the effective form of official investigation of cases of murder of the people who have resulted application by agents of the state of force (inter alios). Performance by the state of duties on protection of the right to a life according to Convention item 2 means that agents of the state are responsible for unreasonable application of the force, capable to entail death of people. Therefore their actions should be a subject of the independent and public estimation, capable to define, whether application of corresponding force in a concrete case »is justified. Thus, in the decision of a question on responsibility of the state for infringement of the right to a life in the conditions of special legal regimes it is possible to allocate two legal positions of the European Court under human rights.

The first is based on representation about absolute responsibility of the state, obliged to provide in a society the world and an order, personal and property safety of people being under its jurisdiction. Therefore infringement of the public world and an order, creation of threat of safety for people are the independent bases of responsibility for the done harm for the state. And any circumstances, not only acts of terrorism, but also, for example, mass riots can be the reason of approach of harm. Proceeding from what for approach of responsibility of the state has no value, whether violent action from officials of the state, either terrorists, or unstated persons proceeded. Thus it is necessary to mean that according to item 15 of the Convention from November, 4th, 1950 even war or other state of emergency are not the bases for infringement of the right to a life.

The second position is directly connected with definition of criteria of well-founded application of force by state structures or their officials, doing deprivation of a life by the lawful. Considering that on sense of the Convention from November, 4th, 1950 any belittling of the rights and freedom of the person fixed by the international certificates, should have exclusive and extreme character the list of cases of lawful deprivation of a life is directly provided in item 2 of the Convention from November, 4th, 1950 In particular, such cases concern: deprivation of a life for protection of any person against illegal violence; for realisation of lawful detention or prevention of runaway of the person concluded under to the guard on the lawful bases; for suppression according to the revolt or mutiny law. The position of the European Court consists that infringement of the right to a life is not only life deprivation in the cases listed above, but in the absence of such necessity, and

also failure the state of objective and independent investigation of a case of murder. Failureing of objective and independent investigation of cases of murder of the people even having external signs of lawful deprivation of a life, is the independent basis of responsibility of the state and it is considered as infringement of the right to a life.

Presence of the rules of law fixing possibility of the citizen free to use by constitutional laws and freedom, at all does not mean that to each citizen their realisation or protection and protection is automatically guaranteed. Presence of such norms is necessary, but completely not sufficient condition for realisation by the person of the rights and freedom in practice of public relations. Realisation of the right of the person proclaimed in the Constitution, i.e. the valid reception of that blessing by it which makes the maintenance of the granted right Is required. In due time h.p. of Javich wrote that the right – anything if its positions do not find the realisation in activity of people and their organisations, in public relations and that it is impossible to understand the right if to distract from the mechanism of its realisation in a society life.

In the legal literature realisation of the rights and freedom of citizens is considered as the process regulated by rules of law, providing to each citizen those material and spiritual blessings which underlie the subjective rights belonging to it, and also protection of these rights against any encroachments. As an end result, it means achievement of full conformity between requirements of norms to make or refrain from fulfilment of certain acts and the sum of actually followed actions.

From the point of view of K.B.Tolkachyov, the mechanism of realisation of the rights of citizens consists of two subsystems: subsystems of maintenance of realisation of the rights and a subsystem of actions (behaviour certifies) citizens on using the fixed rights, that is direct realisation of the right.

One of the main features of realisation of constitutional laws and freedom consists that the subject constantly should have the rights and freedom, for example a life, health, that is the blessings integral from it. Character of many constitutional laws and freedom does unnecessary the legal activity of the citizen directed on them reception as they belong to it from the moment of a birth. Their realisation is expressed in a certain actual state of the subject which continuously uses the blessings in the form of the rights and freedom, and thus this using directly is not connected with action or inactivity.

In the scientific literature terms "protection", "protection" and "maintenance" have received various interpretation in this connection there is a necessity of specification of their maintenance. It is necessary to agree with opinion that the concept "maintenance" is patrimonial in relation to concepts "protection" and "protection". It includes all system of political, economic,

social, spiritual, legal and other measures and the conditions directed on the fullest using by the person by the social blessings. Concepts "protection" and "protection" are considered or as identical, or "protection" is understood as narrower term in comparison with concept "protection", or each of them is allocated with the independent maintenance.



Nur Karahan¹

Responsibilities of the State Leaders in the Constitutional System of Turkey

Introduction

According to the Constitutional system of Turkey and ranks of the heads of state, legal and political-punitive responsibilities of the State Leaders in the executive authorities include some modification. Configuration of these responsibilities are the main part of our discussions due to the parliamentary system rule. Additionally, appointment of president by the executive authority and taking into account those matters in which they are not responsible for are an essential source of our discussions. Our constitution concedes a president with a right to implement certain operations and none has a right to start a case against those operations; also, president is elected by people and is only accountable to people. All these issues are to be considered basic subjects of our discussion along with the issues that the president is not responsible for. Aim of the research is to search for the alternative ways to raise the question of irresponsibility and certain consequences it produces in our constitution.

I. Head of the State and the Status of head of the state

Nowadays, the status of the head of the State is included in the executive body composition in accordance with the division of governmental systems. Legal status of the head of the state is defined in line with governmental systems. Post of the head of the state has been developed historically rather than constitutionally². We meet these governmental posts in any period of history³.

There are variety of different state agencies where various types of issues are completed¹. Rule-based activities are to be represented by the legislative, executive and judiciary branches of government. The reason of having different governmental systems within the state is the comprised structure of three distinctive forces. This relationship is the result of their unity or separation². Parliament or the executive authority is endowed with the legislative or executive rights in the political regimes that are based on the unity of these government agencies (forces). In this case, we have parliamentary or monarchical system. On the other hand, in the system comprised of separate forces (agencies), legislative and executive bodies of government differ from each other strongly or equally. Here, on one hand, we have presidential governmental system, on the other hand parliamentary system of governance³.

It seems like parliament is the only single body that the parliamentary system of governance has. Legislative, executive and judicial powers are incorporated in the legislative body⁴. People exercise their supremacy through their elective representation. Therefore, this system is called presidential system.

In the monarchy, power is solely concentrated in the hands of one person. Monarchical system can be either absolute or constitutional. There is no institutional body that can limit the powers of monarchy in the absolute monarchy. On the other hand, in the constitutional monarchy each state institution acts in accordance with the laws set in the constitution⁵.

In the presidential system of governance, executive powers are exercised by the president and he/she is only one who utilizes it⁶. The person who carries the status of the First in the state and government is the president. Due to the principal of separations of power, within the presidential and parliamentary system, legislative and executive functions are divided into different governmental agencies. In the presidential system of governance president, elected by the people, exercises executive power; in the parliamentary system, council of ministers has the authority to dominate political spectrum of governance. It is impossible to cease legal coexistence of legislative and executive bodies in the presidential system of governance.

¹ Teziç Erdoğan; Constitutional Law; Beta basım yayım ve dağıtım ltd. şti., vol.8, İstanbul 2003, p.352.

² Özer, Atilla; Constitutional Law, Turhan kitabevi, Ankara 2003, p.106.

³ Hazir, Hayati; Constitutional Law, Alter yayınlari, vol.3, Ankara 2004, s.76-78.

⁴ Dal, Kemal; Constitutional Law, Alter yayınlari, Yeniden basım, Ankara 2006, s.125

⁵ Özer; p.61

⁶ Gözler, Heads of the States, p.8-10

¹ Master Student of Ondokuz Mayıs University.

² Uzun, Abdullah; 1982 Presidential immunity under the constitution <http://www.mevzuatdergisi.com/2008/05a/01.htm> ; 19.08.2011

³ Gözler, Kemal; Heads of the state: research of the comparative constitutional law, Bursa, Ekin Kitabevi yayınlari, 2001, XVI+320 p. (www.anayasa.gen.tr/devletbaskanlari.htm), access date: 06.08.2011, p.1.

Moreover, it is almost unfeasible to impeach (with absolute majority vote) or dismiss the president¹.

President of state is neutral and does not have much responsibilities in the parliamentary system of governance; for the most part, council of ministers take responsibilities to manage government issues. This system has emerged and developed in England over the development of historical processes². This type of governance has been the history of struggle and war between the people (with elected parliament) and a king (with representative government)³. Therefore, when we talk about the non-accountabilities of president, one has to keep in mind that we clearly mean political irresponsibilities of a president. Thus, constitutions attempt to resolve this kind of problems in order to have clear understanding of presidential and royal statuses⁴.

In the republics, heads of the state represent people. Hence, presidents are elected either by people or by the representatives elected by people. In parliamentary systems, president is appointed either by special election committee or by the method of appointment. Heads of the state are named differently in the republics⁵: e.g in Germany he/she is called the head of the federation⁶.

In our parliamentary system, executive authority is composed of state leader who has no responsibilities at all and leaders who take full responsibilities in their hands. The relationship between these authorities is based on the principal of equality and balance⁷. The balance between these authorities ties is provided by the political accountabilities of the council of ministers and the method of abolishment before the executive body⁸. The main focus is to anticipate interdependency and interinfluence between these governmental bodies of the regime⁹. Head of the state, in a parliamentary system, acquires the status of neutral arbitrator and allocates consequent responsibilities between prime-minister and appropriate ministers. Rules of appointment as a president (even if that president is not right one) can not be averted by the

¹ Yazici, Serap; Turkey In the Democratization process, İstanbul Bilgi Üniversitesi Press, İstanbul 2009.I, p.231-232

² Özer; p.117

³ Gözler, Heads of the State, p.80

⁴ Gözler, Heads of the State, p.75

⁵ Armağan, Servet; Turkish Organisational Law-Book.1, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, p.50.

⁶ Gözler, Heads of the State, p.54-57.

⁷ Aldikaçtı,Orhan; Progression of the Constitutional Law 1961 Constitution, vol.3, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, p.320.

⁸ Hazir; p.79.

⁹ Tanör;Bülent/YÜZBAŞIOĞLU,Necmi; Turkish Constitutional Law Under the 1982 Constitution, Yapı kredi yayınları, vol.2, İstanbul 2001, p.301.

parliament. Due to the fact that parliament is not able to prevent the rule of presidents' appointment leads us to an understanding that in the case of disagreements between parliament and government, neutrality is intended to be maintained by the president¹.

In a parliamentary system, executive rights should be in the hands of the government. Consequently, it is worth to mention that the executive rights of a president to determine and implement certain political issues are to be considered symbolical². In our country, according to the constitutions of 1882 or 1991, post of a president is not only symbolic. For instance, even if legal verification of directives written by the council of ministers contradicts with our constitution and parliamentary system, president is not accountable and at the same time is not obliged to sign any directives (council of ministers) that are against the law³. At first sight, it seems that the president must sign as illegal as well legal directives⁴ because according to realistic theory it is all about wish and desire. As a result, president with the lack of liability is not able to decide on signing the directive. With all these concerns, right to sign directives is more the right of encouragement rather than the right of verification⁵.

II. President in the constitution of Turkey

Basic definitions

According to the article 104 of our constitution, 'president is the head of the state and represents the republic of Turkey and the unity of Turkish nation.' In addition, president 'ensures the implementation of the constitution, and the regular and harmonious functioning of the organs of the state.' Introducing president not only as a representative of the republic of Turkey but also as the representative of the unity of Turkish nation is to be regarded distinctive expression of his/her status. Moreover, president is strong defender of the constitution without violating the laws themselves⁶.

At the very beginning of the constitution, it is said that 'the principle of the separation of powers, which does not imply an order of precedence among the organs of state, but refers solely to the exercising of certain state

¹ Hazir; p.81.

² Hazir; p.81.

³ Gözübüyük,Şeref A.; Constitutional Law, Turhan kitabevi, vol.17,Ankara 2010, p.242.

⁴ Özbudun,Ergun; Turkish Constitutional Law, Yetkin yayınları,vol. 8, Ankara 2005,p.316.

⁵ Gözler, Kemal; Turkish Constitutional Law Classes, Ekin basım yayım dağıtım, vol.11, Bursa 2011, p.327.

⁶ Erdoğan, Mustafa; Constitutional Law,Orion yayınevi, vol.4,Ankara 2007, p.265.

powers and discharging of duties which are limited to cooperation and division of functions, and which accepts the supremacy of the Constitution and the law;’ according to this statement it is impossible to perceive president as an expression of authority or power of the state. President exercises above-mentioned power in the case of disagreement caused between different government bodies and when a president with that right can assist government in issues where party’s rights surpasses¹.

Presidential Accountability

In medieval monarchies, people, in the name of God, were ruled by a monarch; people were considered as his/her slave-obedient; and state was regarded as his/her property. In this system, commission of crime by the king/Queen and his/her Excellences was unacceptable. For this reason, dethrone of the king/Queen or Sultan was contradicting the regime structure². One of the features of parliamentary system is lack of rights (non-accountability) of the heads of the state³. Parliamentary regime in England still maintains the non-accountability (lack of rights) method, whereas in republics it is limited⁴.

In parliamentary monarchies, punitive liabilities of the heads of the state (Kings, Queens) are absolute; Kings or Queens usually were not liable for any regular crimes or crimes that were connected with their post. This condition clearly is based on the principle of supremacy of King/Queen as an essential body of the legislative and judicial authorities. In contrast, in parliamentary republics, punitive liabilities of president do exist although it is not absolute⁵.

a) Political Accountability and the rule of cross signature

Political accountability represents liabilities performed by the supreme authority toward the ruler. In democracies, supremacy is owned by the people; consequently this political accountability is contradictory between the people and their representatives⁶. In this case, acquiring those rights it is possible to

dismiss the ruler whom people do not favor¹. What has left from the absolute political accountabilities of Kings/Queens as legacy of their state is non-accountability². Parliamentary systems do not confer heads of the state with the right to political accountability; moreover, they do not consider existence of such rights necessary. Political non-accountability of the head of the state underlines the point that he/she is not liable to anyone for any acts committed by him/her; and for that reason, it excludes the idea of dismissing the head of the state³.

One of the basic principles of parliamentary regime is the rule of cross signature which implies holding of executive rights by premier minister and council of ministers who are the most accountable persons of the executive authority. Hence, after the decision is made by the premier-minister and the council of ministers, the decision should be approved by the signature of president⁴.

Political non-accountability principal of the heads of the state has emerged in England during the process of taking legislative rights away from the hands of monarch by the parliament. According to the English system, ‘King/Queen never does things badly and never makes mistakes, although his/her ministers will do things badly and make mistakes’. Thus, subsidiary ministers should be accountable in this matter of subject while applying legislative rights. With this purpose, accountability principal of ministers has been established before the parliament after the rule of ‘impeachment’; declaring distrust toward ministers by the parliament; dismissal of ministers through force by the king have taken place. Therefore, executive rights of King/Queen were under the control of parliament by exploiting ministers. Practically, cross signature principal, was mere benefit for the parliament, since it could use all the rights of King by the usage of ministers who were accountable to parliament. This leads us to a conclusion that non-accountability of King ensured his lack of rights⁵.

Conferring heads of the state with those rights mentioned above will certainly cause contradiction and vagueness; since he/she is not liable on his action and make others accountable for his/her actions obviously will be clear violation of the principles of justice⁶.

¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, p.314.

² Soyaslan,Doğan; penal procedure law, Yetkin yayınları,vol.4, Ankara 2010, p.124.

³ Tunç, Hasan/BİLİR,Faruk/YAVUZ,Bülent; Turkish Constitutional Law, Asil yayın dağıtım ltd. şti. , Ankara 2009, p.157.

⁴ Aldikaçtı; p.322.

⁵ Gözler, Heads of the State, p.84-85.

⁶ Gözler; p.328

¹ Tunç/Bilir/Yavuz; p.157-158.

² Atar,Yavuz; Turkish Constitutional Law, Mimoza basım yayım ve dağıtım ltd. şti. ,vol.5, 2009, p.269.

³ Erdoğan; p.266.

⁴ Özbudun;p.311

⁵ Tanör/Yüzbaşıoğlu; p.306.

⁶ Aldikaçtı; p.323.

b) Political Accountability of Presidents in the Constitution of Turkey

In order to understand how presidential accountability is regulated in Turkey, we have to explore the constitution itself; in 1876 in the system established by 'Kanuni Esasi,' Padishah was at the top positions of government, moreover he took executive powers into his hand. In this very system, Padishah was responsible and had a right to appoint or dismiss ministers¹; and representatives of the council of ministers are not accountable to parliament as it is in the parliamentary system. According to 'Kanuni Esasi,' presidential accountability was not taken into account; and under the 1924 constitution, presidential non-accountability was foreseen as high treason before the Turkish Grand National Assembly².

According to 1961 Constitution, under the law on Presidential Non-Accountability, we read that 'President is not accountable for his actions, and all his decisions are signed by the prime-minister and ministers of Turkey. Thus, prime-minister and the council of ministers are responsible for these decisions' (article 98).

Article 105, "Presidential Accountability and Non-Accountability" of the 1982 constitution states that 'All Presidential decrees except those which the President of the Republic is empowered to enact by himself without the signatures of the Prime Minister and the minister concerned, in accordance with the provisions of the Constitution and other laws, shall be signed by the Prime Minister, and the ministers concerned. The Prime Minister and the ministers concerned shall be accountable for these decrees. No appeal shall be made to any legal authority, including the Constitutional Court, against the decisions and orders signed by the President of the Republic on his or her own initiative. The President of the Republic may be impeached for high treason on the proposal of at least one-third of the total number of members of the Turkish Grand National Assembly, and by the decision of at least three-fourths of the total number of members.'

According to this article, the president, prime-minister and appropriate ministers hold political accountability under the decisions made by the prime-minister and appropriate ministers. Based on these decisions prime-minister and appropriate ministers can be dismissed by interpellation method³. Our constitution explicitly lists the topics in which president cannot

make unilateral decisions. Hence, observations of these issues are subject of separate discussions¹.

Under the rules of cross signature and unilateral decisions made by the president, one can conclude that president as neutral head of the state can make decisions unilaterally; on the contrary president as only head of the state can make decisions in accordance with cross signature rule².

For some writers inability of any legal authority to make appeal on decisions that are ex officio signed by the president can be considered non-accountability. In contrast, other writers do not even associate this issue with accountability or non-accountability. What many writers consider reality is that presidential non-accountability derives not from the state leaders' unlimited rights rather than it derives from weak and symbolical maneuver of one who is in power³.

President, as the head of the executive, legislative and judicial branches of government, is equipped with right to ensure completeness of regular state work⁴. Presidents are obliged to invoke completeness in an independent and

¹ Erogul; p.334.

² Tunç/Bilir/Yavuz; p.161.

³ Uzun, <http://www.mevzuatdergisi.com/2008/05a/01.htm>

⁴ Article 104 on the duties and powers of president: a) to deliver, if he or she deems it necessary, the opening address of the Turkish Grand National Assembly on the first day of the legislative year; to summon the Turkish Grand National Assembly to meet, when necessary, to promulgate laws, to return laws to the Turkish Grand National Assembly to be reconsidered, to submit to referendum, if he or she deems it necessary, legislation regarding amendment of the Constitution; to appeal to the Constitutional Court for the annulment in part or entirety of certain provisions of laws, decrees having the force of law, and the Rules of Procedure of the Turkish Grand National Assembly on the grounds that they are unconstitutional in form or in content, to call new elections for the Turkish Grand National Assembly;

b) Appointment-dismissal of prime-minister; to appoint and dismiss Ministers on the proposal of the Prime Minister; to preside over the Council of Ministers or to call the Council of Ministers to meet under his or her chairmanship whenever he or she deems it necessary; to accredit representatives of the Turkish state to foreign states and to receive the representatives of foreign states appointed to the Republic of Turkey, to ratify and promulgate international treaties; to represent the Supreme Military Command of the Turkish Armed Forces on behalf of the Turkish Grand National Assembly, to decide on the mobilization of the Turkish Armed Forces, to appoint the Chief of the General Staff; to call the National Security Council to meet, to preside over the National Security Council, to proclaim martial law or state of emergency, and to issue decrees having the force of law, in accordance with the decisions of the Council of Ministers under his or her chairmanship; to appoint the members and the chairman of the state Supervisory Council to instruct the State Supervisory Council to carry out inquiries, investigations and inspections; to appoint rectors of universities;

c) to appoint the members of the Constitutional Court, one-fourth of the members of the Council of State, the Chief Public Prosecutor and the Deputy Chief Public Prosecutor of the High Court of Appeals, the members of the Military High Court of Appeals, the members of the Supreme Military Administrative Court and the members of the Supreme Council of Judges and Public Prosecutors.

¹ Aldikatçı; p.58.

² Özçelik, A.Selçuk; Essential Organisational Law Classes Vol. 2, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.167.

³ Atar; p.269.

neutral environment¹. It is almost impossible to make politically neutral presidents deliver report due to the political system. In order to ensure neutrality of president, it is rather allowed by the constitutions to break off relations between party electorates².

Some rights of president from its essence should be used unilaterally. On the top of these rights, in the name of neutral head of the state, there exist conferred rights for presidents. For instance: presidents' right to appoint member of the supreme court, such as a judge, and to share this rights with other government authorities will be contradictory with the principle of independence of court³. Moreover, in its essence and aims it will be absolutely incompatible with the rights that the state officials have⁴. On the other hand, conferred right of president to conclude executive decisions; and non-accountability that stems from this decision; lack of rights to start a case against this decision brings substantial harm to the principal of constitutional state⁵.

Powers and duties of the president have been broadened under the 1982 constitution which leaves a sign of his removal from the parliamentary authorities. This model carries contradictory characteristics toward the principal of parallelism in accountability and constitutional rights. On the other side, this condition opens the ways to division of two executive elements⁶.

In 2007 number of changes there have been made in our constitution regarding president; according to which president is elected by the people. President can be elected twice and similar to council of ministers, he/she is also accountable to people.

Hereafter, possible aggravation of disagreements can be established between president and council of ministers ever since president is elected by the people⁷.

c) Punitive Accountability of President in the constitution of Turkey

In parliamentary systems, punitive accountability of the heads of the state takes place in conjunction with the political accountabilities. In parliamentary monarchies, significance of punitive accountability of the heads of the state

¹ Eroğul; p.335.

² Aldikaçtı; p.326.

³ Tanör/Yüzbaşıoğlu; p.310.

⁴ Özbudun; p.312.

⁵ Tunç/Bilir/Yavuz; p.161-162.

⁶ Yazıcı; p.247.

⁷ Yazıcı; p.251.

is fully provided. Furthermore, in parliamentary republics, private crimes and crimes related with obligations are divided from each other.¹

Based on the cross signature logic, president, as in the case of non-accountability, cannot act by his own; and entire responsibilities on acts committed by the president rest in the hands of the prime-minister or appropriate minister². These actions stem from the work of the ministers and council of ministers. Hence, it is not surprising that accountability is vested under their duty.³

1962 constitution, concerning punitive accountabilities of president, defined presidential non-accountability as follows: 'president is not accountable for the obligations derived from these actions' (art.98). In contrast, 1982 constitution made changes in regard to presidential accountability and established law on high treason in case of non-accountability only in cases when charges were proved⁴.

According to the article 105 of the 1982 constitution: 'The President of the Republic may be impeached for high treason on the proposal of at least one-third of the total number of members of the Turkish Grand National Assembly, and by the decision of at least three-fourths of the total number of members.' Charges for high treason is regulated by the article 114 domestic regulations (art.114) of Turkish Grand National Assembly.

Resolution made by at least one-third (=184) of the total number of members of the Turkish Grand National Assembly on the 'impeachment of high treason' are to be transferred to the possession of the council of Turkish Grand National Assembly. Resolution clearly states on which law the charges are based and what type of action committed by president is considered to be high treason (domestic regulations art.114/last part)

It is much more depended on the constitutional rights of the parliament to approve or not actions committed by the president as high treason and acceptance of high treason case as political/criminal legal condition. According the principal of committing crime and legality of punishment, charges necessarily should be based on the laws that recognize actions as crime⁵.

Surprisingly, under the criminal code of Turkey there is no articles dealing with high treason, moreover, there is no rule that can define what types of acts can be considered as high treason. In this case, it is estimated that accusations for high treason is away from boundaries of principal of le-

¹ Tunç/Bilir/Yavuz; p.161-162.

² Yazıcı; p.247.

³ Yazıcı; p.251.

⁴ Gözler; pg.330.

⁵ Karagöz,Kasım/Birtek,Fatih; accountability and impeachment of president in a parliamentary system http://www.turkhukusitesi.com/makale_1040.htm, verified date 19.08.2011.

gality and punishment measures is entrusted at first to the parliament and then to the constitutional court.¹

For some peoples view, Supreme Court does not have the right to make decisions on the dismissal of president due to the mistakes that have not included in the criminal code. This decision is punitive sanction of the political inaccuracy. Even if criminal code could define what sorts of actions are to be considered as high treason, still Supreme Court would have right to punish president².

Not only in the criminal code of Turkey, but in other country constitutions there are no exact articles which would define acts as high treason. There are three different points of view in this regard due to the absence of illegal crime and punishment principle. According the view of criminal code, crime elements are to be defined under the law from the very beginning. This accusation is political and should be punished in political ways in accordance with constitutional view. At last, we have mixed vies, which favors the right of the Supreme Court to make final decision on this issue.³

Western version about high treason is that it is 'greatest treachery.' These two terms are vague which also makes absence of its definition ambiguous. Greatest treachery is used in the higher education and meant to be associated with crime driven by the president against constitution and state benefits; and it is expressed more as political term than criminal.⁴

Doctrine of law in the French constitution 'on greatest treachery' states the following: national illegal acts committed by representatives of executive authority, denial of obedience of the constitutional principles, violation of political obligations by the president, causing disruptions in the regular works due to presidents' failure to perform duties.⁵ In French law, Duvarger perceived high treason as political crime whilst obligations of president are clearly being violated⁶.

According to GÖZLER, it is absolutely impracticable to regard high treason as political crime, since this institution is based on legal responsibilities of president. Consequently, acts committed against the law of the constitution do not compose high treason.⁷

There is nothing told about the punishment, in case of presidents high treason. There is an article that regulates the case of ministries' high treason, it would be better if the same regulation is for presidents' high treason.

If we explore personal crimes of president, we see how incompatible presidential non-accountability is with the principal of state of law due to these crimes.¹ In this case, it would have been possible to start a case against him as to ordinary citizen. The case would have been launched not in the Supreme Court but rather in any common court.² President being tried by the constitutional court shows us how limited supreme court is by only discussions of allegations that stemmed from the post.³

Will the case be started immediately against president, as against an ordinary citizen in case of crime is committed by him? or it is necessary submit an approval by parliament in order to start a case.⁴ In this matter, we need begin discussion according to the laws on immunity.⁵ According to another point of view about impeachment and putting president on a trial, presidents as parliamentarians should be tried by the different court instances right after the end of their office term. Title of president is to be viewed as a barrier before trial in accordance with this view.⁶ Another view is that, there is no article in our constitution that mentions presidential immunities like (the parliamentarians have) in his personal crimes. There is no chance to fill this emptiness caused by public law through an analogy.⁷

And yet again, according to another point of view, it is absolutely possible to put president on a trial after his office term is over and when he/she is convicted into high treason during his presidential term and if he be accountable like ordinary citizens due to committed personal crimes. Neither the court nor the parliament will make any decisions about this issue during the period of presidency.⁸ In this case, acquiring legislative non-accountability and immunities by the president, parliamentarians and ministers could be considered as drawback.⁹

In contrast with the constitution of 1924 (art. 41), Constitutions of 1961 and 1982 do not contain any regulations regarding personal crimes of president.¹⁰ As for the external liabilities of crimes of presidents, 1924 constitu-

¹ Centel,Nur/Zafer,Hamid, penal procedure law, Beta press., 7.restraint, İstanbul 2010, pg.64.

² Gözler; pg.329

³ Tunç/Bilir/Yavuz; pg.165

⁴ Aldikaçti; pg.335

⁵ Arslan; pg.53

⁶ Centel/Zafer; pg.64

⁷ Gözübüyük; pg.244

⁸ Atar; pg.270

⁹ Tunç/Bilir/Yavuz; pg.165

¹⁰ Arslan; pg.53

¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu; pg..315-316.

² Gözler, Council of ministers.pg.104.

³ Gözler; pg.331.

⁴ Gözbyük; pg.243

⁵ Gözler, presidency, pg.102

⁶ Arslan; pg.48

⁷ Gözler, presidency, pg.105-106

tion states that procedure regarding the responsibilities of presidents driven from the actions committed will be implemented according to the article 17 of the constitution on immunities of parliamentarians (article14/2). Although, according to this constitution person elected as a president maintains the status of parliamentarian. As a result, it is natural to exercise the right to parliamentarian immunity by the president.¹ Thus, we should not make any doubts about presidential non-accountability in relation to committed personal crimes, since 1961 and 1982 constitutions make no possibilities for the regulation of this matter.²

Therefore, president still preserves his post unless there is no law in the constitution on the right of presidents' dismissal even though a case is started against president following personal crimes that are committed by him. Verdict made by the criminal court can have only temporary or permanent influence on this position. In this case, discussion can be made about substitute person with reference to presidential accountability in the constitution.³

d) Legal Accountability of President

In Monarchies to have a right to put the King on trial legally implied working of Courts in the name of the king and referring again King for the purpose of providing compensation for victims because to file a sue against King was impossible. The legal accountability of the presidents driven from implemented measures and actions are entirely possible in the Republics.⁴

In accordance with the rule of cross signature of the President, Ministers are responsible for the implemented measures politically, punitively and legally.⁵ Deriving from the obligations of the president against the activities carried out unilaterally and the absence of legal liability of the president should be notable by the reason of constitutionally closed doors of all courts.⁶

Legal accountability of president rises from his private relationships. This liability is like a liability of the ordinary citizen.⁷ In case of connection

of President's taken actions and measures with his duties it is possible to get rid of this accountability.¹

Conclusion

In every period of history, the status of the heads of the state has been changed in accordance with the existing system of governance. Position of the heads of the state before the legislative, executive and judicial branches of government is the reason why there exist differences within accountabilities by ways of politics, punishment and legality.

Our country is a parliamentary system, where even small distance made between legislative and executive forces is noticable. This cause of system origination is the changes in the statues of Kings, increasing accountability of governonrs and strengthening parliaments.

In a parliamentary system the President takes part in the implemantation of the actions with Prime Minister and Ministers, what's more the President's position bears more a symbolic status. But to think about the inactiveness of this wing is impossible as it the represents the second wing of the executive power. Since this position has been granted with an important right to execute the laws of the constitution dealing with the issues of the regular works of the state agencies. And again, it is necessary to explore political-punitive and legal accountability of president.

Political accountability is an accountability to the people, the person charged with political accountability may be dismissed from the office. Not only political rights are not conferred to the the heads of the state by the parliamentary system it also does not take such accountabilities into consideration due to the reason that besides the president's unilateral decisions, all other decisions are signed by the Prime Ministers or by the Council of Ministers. Therefore, the prime-minster and the council of ministers are bestowed with the executive power and hold accountabilities.

In accordance with our constitution the president has a unilateral right for the implementation of certain decisions; although for such against decisions the doors of all the courts are closed. On the one hand, this situation undermines confidence in the principle of state of law, because the principle of parallelism in relation to the rights and duties brings responsibilities with the existing rights. On the contrary, state of law requires accountabilities of president to be attained to such degree.

In the Parliamentary system the absence of the right of the head of the state to act unilaterally is a cause of the absence of his non-accountability for

¹ Gözübüyük; pg.243

² Özbudun; pg.317

³ Gözler, presidency, pg.88-89.

⁴ Gözler, presidency.pg.108-110.

⁵ Atar; s.269.

⁶ Atar;s.272.

⁷ Tunç/Bilir/Yavuz; s.166.

¹ Gözbyük; s.244.

these actions. However, in parliamentary regimes the exception from the absence of accountability is high treason. There is no such term as high treason defined under the Turkish Penal Code. Comparative laws defines presidential actions that are against the constitution and state benefits in variety of ways. It can be said that this term derives from the Penal Law and also belongs to a political terms. I think that the principle of the legality regarding President's committed crime and punishment should be reviewed. In addition, I think that this term has political characteristics but an issue deals with allegations, these actions should be carried out in accordance with the relevant laws. Moreover, granting such accountability to the parliament is of another issue of discussion.

It is obvious that the accountabilities derive from personal crimes of president. For that reason, there is no article regarding this issue in our constitution, there are only different points of view, according to which, some argue that the president should enjoy immunity, while other claim that the status of president is only a barrier to bring an individual on a trial; only by the term of high treason his punitive accountabilities are limited. The absence of this issue from the legislation is immense deficiency. Certainly, establishment of such legislative immunities in these matters is essential.

In the accords of legal accountabilities, it is significant to underline accountabilities of the heads of the state that stem from their actions. This condition can be considered normal from the stance of state of law.



Tigran Khachikyan¹

Some issues of RA Ombudsman's legal status

The contemporary legal society saying «democracy» as a rule understands, as by the people general, equal on the basis of the suffrage with a ballot box formed bodies presence of representative organs of the power and as desirable result of activity is full the defense of the human rights in all domains of the state and public life. Just for the straightforward realizations of this goal is directed the institute of Ombudsman.

In RA the Ombudsman's institute was founded with law of RA (then law) «About the defender of human rights»². So from the beginning of 18 century the organization became «the Ombudsman's institutes», the letter-day member of the world family. We should also mention, that by the acceptance of the law, a situation was created when traditionally constitutionally fixation having this institute was acting in Armenia with level of only law. Said otherwise, the law concerned an organ, who first of all must be elected by Constitution, and then it's latter's status should be fixed by the apart law. And to only afore-mentioned law to the power that transformed 1 year later, in 2005, in the result of Constitutional changes it becomes constitutional independent institute guarantying the continuing and stability of this popular institute in the Ombudsman's system. As it is found by constitution, it is difficult to change its legal foundations, because as difficult, is the changing of legal basis of any institute, so great is the opportunity of its continuing.

The expediency condition of the institute invested by new and new formed and held democracy, by a law level of legal knowledge population, and from this seizure Ombudsman of the institute, as constitutional law, was reserved a difficult and reasonable question to answer, to become an active and reliable incumbent in the lawyer activity actualizing bodies system, helping for the creating and taking place of this democratically institute. The

¹ IV year student of the law faculty, Yerevan State University, Republic of Armenia

² Has been taken in 21. 10. 2003, has entered into the power in 01. 01. 2004 RA OI, 2003. 11. 26/58 (293):

We mark also that before this law enter into the power on april, 1998, was acting the commission of questions of human rights accompanying to the president of RA.

Defender's role in the protection of the civil rights in really is a difficult affair to overestimate. Economic and social sacrament of UNO still accepted by decision of 1960 states, that the national establishment and particularly the Ombudsman plays the most important role in the protection and stimulation of human rights.¹ In some countries the role of Ombudsman is so important, that he, as the protector of everyday human rights and freedom, has a right of making decisions (for example in Latvia). The Ombudsman is «the solver of the problem» approaching to the process to look solutions and applying such method, as conveying, and as if they give on results of the establishment of the official criticism.² There is no doubt that the Defender must have the freedom of criticism, misgiving that pressure to the office will be practiced or his activities will be limited. These criticisms are important, because they assemble the attention of society to this or that breaking down of the law attack, which makes to the state corresponding organ acting harmonious to demands of legislation, and in this case these are enough productive. And at the same time it is not right to watch at the Defender as a system, who lonely can bring a desirable output. It is not accidental, that in his report, which was about the corporation of this institute and Constitutional court, in parliamentary level elected first Ombudsman A. Harutyunyan said, that with a great size huge effectiveness of the Defender's activity depends on the citizens, who argue for their rights, and in this case this institute will justify further expectations of society, becoming a reliable guarantee of the development of democracy.³ It should be mentioned, that only during 6-7 years the institute of Ombudsman accrued a serious social authority. This gave the evidence about the huge number of protests, which are addressed to the defender of human rights, which only in the first months of 2011 are more than 1250 examples.⁴ These numbers already says a lot about the treatments of society, and that the society has reliable prop of protection of the rights. So, there are many serious defects in legal and practical seizures, and their ratification, we think, will solve many problems in this sphere, in the effectiveness raise of the activity of Ombudsman.

Coming on to the meaning of the legal status of the Ombudsman, we should pay attention, if the Ombudsman is a national organ. The thing, that is to say, that the inviolability, self-dependency of the activity, the active role

in national apparatus and the fixation of the Ombudsman in constitutional level, make him like a state organ considered acting person.

Generally, in the theory of state and legal, the state organ characterized to be an own structure of the law, the main part of the state mechanism, the management of national concrete sphere in the separate authorizations and it organically interacts with the other parts.¹ According to another characterizational unit in the separate part of the state apparatus, which is regulated by the special fixed order of the state, is endowed with the state-governmental authorizations, participial in the realization of the problems and foundations of the state and has special place of the activity which is fixed by the state.²

From these definitions, it is possible to single out these fundamental features, which are characterize the state bodies.

1. Being component part of the state apparatus and along that condition an active cooperating with the other organs of state.
2. Built and acted by state fixed order.
3. having a self-dependence own structure.
3. Being endowed with governance in the concern sphere of the public life. All these features, which

characterize the state bodies, we will discuss in the context which describes the Ombudsman.

So, according to the 2-th article of law (from now to law) of RA "About the Ombudsman" the Ombudsman (from now to Ombudsman) is an independent and irreplaceable acting person, who fulfills the protection of state and native self-controlled organs, human's rights and independences, which are infringed by acting persons following by the principals of fundamental goals of legality, public community and social justice. The goals of acting person's acts-independence, impartiality, veracity of procedure of the exam are those fundamental factors, which are providing a quick recording of the fact of violation of the human rights by him, the undertaking of the corresponding measures and yielding the active support to the realization of problems of the state. As a component part of the state apparatus, he, in fact, comes out in the role of state and native hoop, who checking willfulness of organs of safe-control and from this point the role of institute difficult to overestimate. He, naturally, fulfilling with the co-social mission, should be secured with the necessary independence about which is straightforward mention in the 2-th article of the law. In the state apparatus occupied asset

¹ Look at the decisions of ESOCOS< 25 July, 1960, number 772 B /XXX/:

² Look F. Orton, G. Petrosyan, T. Xorozyan, «A good management, superiority of the rights, a role and importance of Ombudsman» educational handbook, UNO programme, Yerevan 2005, page 25:

³ Look Almanac, Constitutional justice in the new millennium, 12-th Yerevan International Conference, Yerevan 2007, page 18:

⁴ Look the statistics of 01/01/2011-31.05.2011 years, www.ombuds.am :

¹ Look V. N. Xropanjwuk «A theory on the state and right», Yerevan, 1997, page 167 :

² Look «The constitutional right of the Respublice of Armenia» by editorial staff of N. A. Ajvazjan, Yerevan, 2009, page 435:

and ruler role about the Ombudsman certifies also the electoral code of RA¹ and in its 40-th article liquating the previous category acting of the participation of the parties of the design CEC, anticipate, that the members of the Central electoral commission are elected by the President of Armenia, with the help of the Ombudsman of RA, the President of the court of caisson of RA, the President of the lawyer's palace of RA. At that, the Ombudsman selected 3 members from 7 of CEC. As we see, the legislator has authorized the defender cooperating with the President of RA, having his participation in the state organs that is in the formation of the Central electoral commission. But, we think, that considering the special role of the legal status of the Ombudsman, it was not expedient to endow him with that authorization. The activity of the Ombudsman should only be correcting in the protection of human rights and suggesting an authorization of 3 members of CEC is incompatible with the role which is reserved him and the problems, which he should solve. By ratifying Paris principles, RA as a state which has already embezzled the Scandinavia model, must be adhered to the essence of this institute, trying to exclude his participation in the political field. In no country, studied by us, a defender is not given with such authorizations. This authorization, according to the essence is evidence, that the defender entertains actively and a ruler role in the state apparatus, but not in the sphere, which is the object of the activity of a defender. That unseals, it is incomprehensible, that why the legislator in the anticipates a thesis in 2-th part of the article 40-th of RA electoral code according which the President of court of cassation of RA and one of two members, who has been elected by the President of the lawyers' palace should have a judicial education or a scientific grade in sphere of jurisprudence, but at the same time the same limitation is not anticipated for neither candidate suggested by Ombudsman. We think that it is also difficult to agree with this approach. Where the logic is, that the circumstance, that one of the candidates of CEC must be a lawyer, is valued by two candidates of the court of cassation and by lawyers' palace, and the circumstance, that at least one candidate whom suggests a defender is not valued. So, leaving aside the expediency of such authorization, we should mention that in every situation it is already testified about an active and a ruler role of Ombudsman, because the corporation with the other members, he, in fact takes place in the forming of another state member.

By reflecting the second quality, which is regulated and acted by the fixed order of the state, we should mention, that the approaches of the oversea about this question are different. For example Sweden and the USA,

¹ Has been taken in 26. 05. 2011, has entered into the power in 26. 06. 2011, RA OI 2011. 06. 16/36(839).

conditioned the model adopted by them, do not have national establishment of Ombudsman: their establishments of Ombudsman acts in the level of regions, states and natives. The establishments of Ombudsman in Austria and Germany consist of members of the parliament, who form committees, for reserving protests of the society and for solving those problems.¹ In other countries the establishments of Ombudsmen have been located in classic form; it means that Ombudsman is elected by the legislative organ with certain authority to the executive. In our country the order of the forming of Ombudsman is broken clearly even in constitutional level. So according to the first part of 83.1 article of the constitution, Ombudsman of the Parliament is elected by the at least 3/5 of the voices of deputies of general number with 6 years deadlines. The Ombudsman can be a person, who has a high authority among the society, who corresponds the demands, that deputies must have. From underlined features, we think, that greater practical mattering has the correspondence of Ombudsman, because it is impossible to mention the method, the form, with which the legislator is determining the high authority among the society. It is obvious, that this task is of the subjective perception. About it also straightforwardly is mentioned in commentaries of constitution of RA: "By itself that demand is general, relative and difficulty commented, because it is a valuable joining of the cost of criteria. For example, the authority itself is a phenomenon, can be a much discriminated notion on the hung of candidate's social-demographic group belonging or the overview of the group who values that authority. So real formalized criteria with which can be appreciate the authority of a candidate of the Ombudsman, is a very difficult task. That is a property, more lifted during the parliamentary debates, by which a tailor appeal to choose or do not choose those candidates."² We think that a serious defect is permissible to consider also, that Ombudsman must be a lawyer. We should mention, that for example in Latvia straightforwardly craved, that ombudsman must have a work experience in the sphere of jurisprudence. About it testifies the 2-th part of the 5-th article about the Ombudsman of RA, according which Ombudsman may be a 30 year completed Latvia citizen, who has the necessary knowledge in the sphere of law and has a work experience in the sphere of jurisprudence.³

Before the constitutional changes of RA, the law fixed that the post of Ombudsman is appointed a 35 year completed Ra citizen, who has a higher education, a necessary experience in the sphere of human rights and funda-

¹ www.basaewiki.org/en/Public_Administration_Oombudsman.

² Look the commentaries of the RA constitution/ by general edition of G. Harutyunyan, A. Vaxarshyan, -Yeravan «The Law», 2011, page 787.

³ www.dissercat.com

mental freedom protection, and has a high authority among the society. It means, that the candidate, who has been nominated of the defender's post, should meet the mentioned age census proceeding from the high responsible degree, which is anticipated for that post, should have certain level of the maturity, work abilities and life-experience, in order to be able to solve the tasks at the front of him.¹ With incomprehensible reasons, the formulation of the article was changed-liquating the census of high education and being a professional lawyer. As to the order of Ombudsman's activity, then it is already fixed the subject and no subject protests of the Ombudsman's discussion, the right of applying to Ombudsman, to make decisions in the result of studying the protests from the Ombudsman, and other circumstances which have substantial mattering for his activity. So, the defender discussed the violations about the protests of human (also citizen) rights and fundamental independences, assigning organs of state and native self-control and from their acting persons by RA constitution, by law and by RA international contract and also by the principals and norms of the international law. At that, Ombudsman doesn't discuss the protests about nit acting persons and organizations. So, as we see, a place of compositing and activity of Ombudsman is presented enough scrupulously with legislation, and the Ombudsman, in fact is also corresponding of these criteria.

As to the third quality, we should mention, that the Ombudsman's collective fulfills functions of the defender's office, which is a state managerial establishment, which doesn't have a status of judicial person, in which state services are fulfilled with a denomination of state service in Ombudsman's collective. According to the constitution of RA and this law, it is professional acting which is done for the aim of securing authorization reserved realizations. At that, the authorizations of the founder of the establishment and the organ of the management, fulfills a defender. The necessity of having defender's own structure is still selected in Paris principals.² The national establishment /Ombudsman/ must have his own institute, which will secure the realization of his unfailing activity, particularly the satisfactory financing. The aim of that kind of financing is to give an opportunity to the national establishment to have its own collective and building in order to be a separate from the government and not to subordinate to the financial control, which can have an influence in the independence of the office.

¹ Look V. Ayvazyan the clarifications of the RA law «About the defender of human rights», /editor R. Pertosyan/ Yerevan, 2004, page 9.

² Look the principals about the status and activity of the national establishments of the spuring and protection of human rights /Paris principals/, part 9, added with the decision of 1993, 20 December. 48/34.

4 As to the fourth quality, which is being endowed with state-governmental authorizations, then we should mention, that the legislator of RA, adopting the Scandinavia model of the designing of defender's institute, at the same time has absconded from endowing a norm attributes decisions, which has been carried in the result of his action, so keeping one of the substantial peculiarities of the activity of classic Ombudsman.¹ About it is testifying the 3-th part of the 5-th article, where is mentioned that the decisions of defender aren't administrative acts and aren't subject of appeal. We think that the legislator has behaved right in this question. In system of the organizations would have been a lawyer organ and the doing of his decisions would have been provided, not with the straightforward state compulsion, but with authority, with moral obligation to carry out the decision by using the method of suasion. To compel the Ombudsman's decisions, means also to give opportunities of appeal (also in forensic category), which in fact would have general forensic red-tapes inappropriate for the defender's office. And also, we should not forget that the defender is not so «poor» in the seizure of securing the fulfillment of decisions in legal levers. One of those levers is the coming out in the transmission about a disciplinary proceeding about the judges arouse from any organs of state or native self-control or to demand and take the necessary materials and documents, which are related on the protests of acting persons, to revile the visiting in any establishment or organization, also in military formations, in places of the persons' compulsory keeping, and also places of the interlocutory sentence and confinement, every year tendered reports to the president of RA and to the legislator, executive and forensic organs and so on. It is understandable, that no acting person, who somehow thinks about the department, won't want to be mentioned negatively in that report. So we can mention that all marked attributes, except being endowed with state-governmental authorizations, are fully assignable of the defender. At that, we think that the endow with state-governmental authorizations, is an inseparable quality characterizing the state organ. So the decisions of defender have been done due to their authority, but legally they aren't obligatory for the persons whom they are addressed. And as we know, there is on organ, which belongs to the state and isn't given with corresponding administrative authorizations in frames of his authority. We think that an Ombudsman in a lawyer, who fulfills the activity of a national consolation organization, by features of state organs.

The advances of Ombudsman's legal status were directed also the constitutional changes of 2005, at the result of it the ombudsman was given a

¹ Look, Ombudsman and the democratical society /the world experience/_ Yerevan «Areg» publishing, 2003, page 186.

right to apply to the constitutional court. The 8-th part of the 101-th article of constitution, including persons, who have a right to apply to the constitutional court, mentions also the ombudsman, who has a right of referring to the constitutional court, which is fixed by the order of constitution and by the law «About the constitutional court»¹ by questions of norm legal acts corresponding theses of 2-th chapter of a constitution /rights, decisions of the National Assembly, orders of the President of RA, by Government, by Prime Minister, decisions of the organs of native self-control, which are listed in the 1-th part of 100-th article of constitution. The organizations like the Ombudsman's institute are in the favorable condition in the seizure of revisions of the legal acts and fulfillment of monitoring towards the practical application. As fairly is mentioned in the judicial literature, neither the organs who fulfill the project of laws, nor parliament cannot beforehand know about the possibility of all consequences of the application of this or that law. With this seizure the Ombudsman can play a great role, because the Ombudsman's establishment succeeds to the level of public relations, on whom factually the laws are applied, and from that form he can notice both legal and legislator defects. Ombudsman also pays attention to the question, that if the legislation is harmonious with all criteria of human rights domain, and corresponding with the international legal norms. It means, that the analyses of legislation making by the Ombudsman can be severe and thorough.² By reflecting with the question of the right to apply to the constitutional court, the constitutional court in its legal orientations has minuted the circumstance, that applying to CC, is watched as a discretionary authorization; however every constitutional institute must guarantee the superiority of constitution and law, and must secure the realization of authorizations.³ We mention by this sense that the relationship between Ombudsman and constitution is in active basis. The Ombudsman has applied for the CC 13 times including July 2005, and 8 from those norm theses of the acts has been considered contradict to the constitution and invalid, 2 applications has been returned, and 2 of them has been considered corresponding to the constitution.⁴

We think that in our country it is a good index for this young institute. According to the 8-th part of the 101-th article of the theses of constitution «About the constitutional court», the 1-th part of the 68-th article of RA law is anticipating, that according to the anticipated work of the 1-th part of the

100-th article of constitution, a normal and individual constitution of legal acts can be disputed, expect the situation, when the Ombudsman shows applications. It is incomprehensible, what has been assumed in the basis of this confine. Isn't it possible, that the rights, fixed with the 2-th piece of constitution, are infringed by individual nature having legal acts of government, of crime minister, or of organs of native self-control? Or which is the logic, that at least 1/5 of deputies, according to the 3-th part of the 101-th article of constitution, can dispute also the constitutionality of individual nature having acts, mentioned in the 1-th part of the 100-th article, but the Ombudsman whose everyday activity is attached with human rights, can not dispute their constitutionality. The act having individual legal nature is also fixing rules of behaviour /it means rights and responsibilities/ marked for the concrete person, which can be legal too.

Speaking about this downside, G. Harutyunyan mentions, that the Ombudsman, by all means, must have an opportunity to dispute in the constitutional court, not only the constitutionality of norm acts, but also the constitutionality of any norm acts about human rights, mentioned in the 1-th part of the 100-th article. The Ombudsman should not only expand an activity in the liquidation of the violation, but also must forbid their realizations. With this occasion, the best variant is the right to turn to the constitutional court.¹ We notice also, that the Administrative code of the judicature of RA doesn't solve this problem, according to the 3-th part of the 136-th article of which, that the Ombudsman can apply for an administrative court, without a term limitation against the organs of state and native self-control and the norm acts of acting actions.² It means, that this is also about the norm acts /department/ and it is also limited the opportunity of disputing the individual legal acts. If the law «About the Constitutional court» can not contradict to the Constitution, then, according to VCJ, there is an opportunity of disputing individual legal acts. It may be minuted, that the blank of legislator is serious and it must be put right during the legislation activity.

Generally speaking, in the work of deepening the cooperation between the Ombudsman and the Constitutional court the spokesman of Ombudsman has a great role. The 5-th part of the 46-th article of RA, «About the constitutional court», apart from the state organs, mentions also the Ombudsman, who also has a right to have his spokesman in CC. At that, the spokesman has a great role in CC. He can beforehand derive the substances relating to the affair, during the trial can send clarifications to the address of CC. There is

¹ Has been taken in 01. 06. 2006, has entered into the power in 01. 07. 2006, RA OI, 2006. 06. 21/32(487).

² Look at the mentioned work of F. Otron, G. Petrosyan, T. Xorozyan, page 43.

³ Look, «the program of the CC of Armenia about the concerning state of the fulfillment of the accepted 2009 decisions»

⁴ Look at the archive of the collective of Ombudsman.

¹ Look Almanac, the same number, page 88.

² Has been taken in 28. 11. 2007, has entered into the power in 01. 01. 2008, RA OI, 2007. 12. 19/64(588).

no doubt, that this institute is a serious factor, which secures the securing of the awareness of Ombudsman, which is examined in the constitutional court and the clarifications of spokesman, with some meaning is also the opinion of the office of Ombudsman, about the concrete work, which is examined in CC. Incidentally, Romania and Latvia have adopted an interesting approach with the sense of deepening of the relations between the Ombudsman and CC. Here CC must ask the question of Ombudsman, when carry decisions about human rights, and in this case the Ombudsman has consultation meaning. Certainly, it gives an opportunity to secure contents of the comprehensive decision, in the constitutional question of concrete this or that theses. But we think that even in the matter of consultation circumstance, this opinion has a constitutional role, as an exclusive organ, who fulfills the constitutional jurisdiction, especially, taking into consideration the principle of independence of the court, and proceeding from the aims of purpose, we think, that the legislator has acted right. That unseals, the presence of the spokesman of the Ombudsman is satisfactory for listening the opinion of the Ombudsman's office in the question of the concrete theses of constitution.

Unfortunately, it must be minded, that with the practical seizure, the role of the Ombudsman is weak in the sphere of the criminal judiciary, and that, when according to the 6.1-th article of the law, the defender is an independent national mechanism fixed with a voluntarily agreement of protocol, who forbids torture, other cruel abusing attitude and punishment. The most important question, is that most of the protests from the citizens are against the police. Only in 2009, 225 protests are fixed against the police. At that, the protests are about such questions, which are exposing police to the groundless bringing, disallowing the excitation acts with the substance criminal and so on, it means so questions, the verification of the lawfulness of which, is not the authority of Ombudsman, but the authority of the organs of procurator. In our republic defender's authorizations to the investigation and preliminary investigation is limited, because the control to the lawfulness of investigation and preliminary investigation is the constitutional authority of the procurator's office.

We should mention, that the role of European Ombudsman is higher, because here is anticipated the defender's authority of spending inspectorial verifications. This authority is given to the defender as a general authority. In the countries, where the Scandinavia model of the Ombudsman is wholly embezzled (Sweden, Denmark, Finland), the Ombudsman has right to arouse a criminal case or to give a recommendation about the necessity of arousing the criminal case. In these countries, a defender has a right of calling the placeholders for responsibility, who do not do, or neglect their working duties. So that, this right is about all the organs of government and

all acting persons /with an exception of only ministers and judges, whose criminal meeting is accomplished only by the consent of the parliament.¹ Of course, we do not suggest to incorporate all the authorities, known in Scandinavia countries, taking into consideration 2 real circumstances and cultural obvious differences, but at the same time, we think that in the sphere of criminal judiciary the status of Ombudsman, in this sphere can not secure the effectiveness of the activity. The picture becomes more total in the conditions of the 6-th point of the 2-th part of the 86-th article of RA criminal judiciary law, which assigns, that the Ombudsman can't be called and questioned as a witness about the circumstances, which he has already know, in the time of doing his duties.² We should mention, that according to the 2-th part of the 5-th law, the Ombudsman isn't obliged to give explanations, (also as a witness) concerning essence of the protests and documents and put those at disposal on the acquaintance otherwise to the occasion anticipated by the law. In this case there exists a discrepancy between the code of criminal judiciary and the law, because the law limits only the responsibility of the Ombudsman to be a witness, but according to the code the defender belongs to the number of persons, who are not questioned at all. However, we think that the question is not so considering to the changes of the code, as in the realization of law and the legal culture.

The authorship of this institute is greater in the overseas countries, which have rich democratic traditions. The fulfillment of his decisions is secured by the serious authorizing of the society. This is the reason, that his decisions in these countries, as a rule, are done, and in the case of denying, are motivated. While in our country, unfortunately, we can still notice occasions, where exist organs, who do not answer to the defender's notes of clarifications, which is naturally, the violation of law.³ But we should not forget, that in RA, the democratic institute has hardly 6 years' constitutional history, therefore expecting the more in this period of time, we think is not right. More, the level of activity, that this institute has registered in RA during last years, is surprising pleasantly and is giving evidence in that part, that the Ombudsman's institute in RA is occupying role of the serious public prop, reliable means of protection of the rights irreplaceable «Magistracy of suasion». Unfortunately, in our republic still exists the low level of the legal knowledge of society. It is appropriate, to mention the words of the previous Ombudsman A. Harutyunyan "Socially is fixed not the

¹ Look the Ombudsman and democratic society, the same work, page 19

² Has been taken in 01.07. 1998, has entered into the power in 12. 01. 1999 RA OI, 1998. 09. 21/22 (55).

³ Look at the 2007 year's reports of the protector of human rights of RA-Yerevan, Asoxik, 2008- page 85

knowledge of own rights and responsibilities, but the knowledge about, what permits or forbids the leadership. The people's hope become traditional, to have a good leader, who will carry a fair, right decisions, but not so the aspiration to apply the law, as to defend the own rights with the means of court. Said otherwise, everywhere reigns, governs a person, but not a law».¹

As to the interrelations between Ombudsman and the court of general authority, then we should mention, that in this sphere the role of Ombudsman is lessened essentially. From the oversea countries only in Latvia and Bulgaria defender is not so limited comparing with a court, as in other countries. According to the 10-th part of the 13-th article of the law of Latvia «About Ombudsman», when exists a forensic act, and the defender considers it unlawful, then he has a right to refer straight away to a court. But for example according to the 2-th part of the 34-th article of Bulgaria, «About Ombudsman», the Ombudsman has a right of being involved at the forensic proceedings anytime, when he considers it necessary.² In RA, as already has been mentioned the authorizations of Ombudsman in the sphere of forensic government is limited, and according to the 2-th paragraph of the 2-th part of the 7-th article of law, ombudsman can not interfere the forensic proceedings, he can exact news from the court about the securing of applicability of the theses contacted to the 1-th point of the 12-th article and to the 1-th point of the 17-th article of the law. It is clear, that here is accepted the principal of independence of the court, and because of which any interference of the activity of the court, is considered to be the infringement of the principal of the court's independence. This is also, as a classic principal of the activity of Ombudsman, fixed in the other countries. For example in Poland, all the state organs, with an exception of courts, are under the authority of Ombudsman. It is not accidental, that it is assigned by the law, that Ombudsman has a right to begin exam of the case with the citizen's protest, and during that exam, he is letting know his attitude about the organs, the organisation and the office, in the activity of which he has disclosed facts of the violation of civil rights or freedoms. That kind of attitude can't infringe the principal of the principal of the court. And also in Denmark, the defender can not examine the bound cases with the forensic acts, with a motivation, that in that case the control of Ombudsman to the courts will contradict the principal of the independence of the court.

The constitutional court, returning to the expression «news», is marked in the afore-mentioned article, has minuted the legal orientation, that the right of the Ombudsman to demand news from the court, is bonded with the

securing of the theses of applicability to the 1-th point of the 10-th article, to the 5-th subpoint of the 1-th point of the 12-th article, and to the 1-th point of the 17-th article of the law must be satisfied, if it is not an interference to the forensic proceedings, it means, that it is not related to the realization of jurisdiction, it is not treated to the questions having material and judicial nature, being found at the proceedings of the court.¹

As we see, that meaning of «news» is limited in the working conditions of this decision of the constitutional court, not spreading it in the circumstances concerning to the state of the work. With the changes of 07. 12. 2011, the Ombudsman has reserved also by the activity of the arouse of coming out with the broadcast of disciplinary proceedings against the judge /the 8-th point of the 1-th part of the of the 12-th article of the law/. So that, a broadcast got, proceedings having person must inform about the results of discussion of the broadcast to the Ombudsman in the three-day deadline, after carrying the decision. The authority of constitutionality can not be perceived wholly. In this case, can not we consider it as an infringement of the principals of court's independence? Here is aroused a question, on what basis an ombudsman should be presented with a disciplinary broadcast to arouse a proceeding toward a judge? The decision of CC, don't give him an opportunity to know about the realization of the jurisdiction with the concrete work, about the question having material and judicial nature in the theses of the court. For example, in oversea countries is accepted the approach that a defender can not interfere the forensic proceedings, except the occasions, when the work is dragged out inappropriate /Sweden/.

In the situations of this exception the presence of that kind of authorizations would have been rightful. But for example in Latvia, a defender has a right to refer to a court and to appeal the corresponding legal acts. Here the legislator beforehand gives him an authorization to get news about the breaking of the law with the means to participate in the law. Or in Georgia, according to the law «About the democratic defender»², in the private occasions of the defender can profit of the right of referring to a court and appealing of the forensic acts /Amicus curii/ in the court of the first instance and in the appeal court. However, in our republic a defender can duty-bound participate in an administrative court, only when he dispute the equality of the lights of legal norm acts. In these conditions, it is incomprehensible the circumstance, from which legal levers the ombudsman should know, that a court has done a violation, which is a

¹ Look the prospectus of RA Ombudsman, number 5, MIP office www.ombuds.am

² www.bulgaris.ru/SPobombudsmen001.html

¹ Look at the decisions of the constitutional court of RA about the constitutionality of laws and other legal acts, 1996-2010. Yerevan, «Ngar», 2011, DCC-563, page 61.

² www.apr.ch/npm/eca/Georgia4.pdf

foundation for excitation of the disciplinary proceedings, when even doesn't have a right of appealing to a duty-bound court /with an exception of an administrative court/.

Very likely, that the only authorization, with the help of which' realisation a defender is informed about the circumstances, which are the foundations for excitation of the disciplinary proceedings, is getting acquainted with the work about criminal, civil, administrative, disciplinary, economic and other breaking of the law, the verdicts resolves and decisions concerning whom have entered into a legal power, and also the getting acquainted with the matters, which's occasion excitation of the case has been disallowed. But whether by getting acquainted with that case, giving a broadcast about excitation of the proceedings is compatible with the principal of independence of the courts. In the conditions of marked decisions of the constitutional court, is limited even the right of exacting news from courts, concerning the state of the case.

Studying the practice of European countries about exacting news from the state organs of defender, fixed in the legislation and the realization of the right to present proposals, we can minute the following general approaches.

1. The defender doesn't exam those cases, which are items of the judicature.

2. The rights, which regulate the activity of Ombudsman, do not fix straightforwardly the rights about getting news of the acts concerning the circumstances and about tendering proposals.¹

As straightforwardly is mentioned in the decision of CC, tendering proposals to the court from a defender, can influence on the independence of the forensic organs, because it can prevent on the realization of the practical opportunities of carrying decisions by the judges and the court, on the basis of appreciation the facts and the circumstances and on the basis of own comprehending of the law. Judges should have unlimited opportunities to make objective decisions, by being governed with their conscience, with their commentary of the facts and acting legal norms. Independent forensic system constitutionally is secured from any external interference, so the reserving of the function of supervising the courts, is incompatible with the principal of the separation of governance and the independence of judges.² As we know, the Sacrement of jurisdiction is exposing the judge to the disciplinary responsibility. According to the 1-th part of the 156-th article of

the forensic code, discussing the question about exposing the judge to the disciplinary responsibility, the Sacrement of jurisdiction acts as a court.¹ It means, that the theses fixed by the constitutional court, are wholly apply toward the Sacrement of jurisdiction, when it functiones as a court. In those conditions, it is obvious, that a right of giving a public broadcast to arouse a disciplinary proceedings toward a judge, spoils the independence of a forensic governance and the principal of guarding itself from any kind of forensic influence /inter alia/.

Speaking about this question, the court of cassation of RA, which seque an identical application of the law, has minuted that if Ombudsman, instead of the Sacrement of the jurisdiction, values beforehand the acts of judge, it means to suppress the Sacrement of jurisdiction as a court, is it merely interference of the activity of the Sacrement of jurisdiction, which is inadmissible, from the aspect of independence of the court and it is prevented the judges to do their responsibilities.²

For comprehending essence of the task righter, let's return to the designed right of European court of human rights /from now to ECHR/. The newspaper «Sunday Times» of ECHR, in the fact, against United Kingdom has minuted the legal orientation, that a court can not act apart from society. In the case of not passing by the boundaries which incur from the interest of the realization of jurisdiction, the news and the commentaries of the broadcasts about courts, are furthering the publicity of jurisdiction.³ It is obvious, that the independence of the jurisdiction governance, we shouldn't understand it in its straight meaning. That does not exclude the realization of public control to the court. We think that this decision of ECHR can not justify the presenting a public broadcast by the defender, because even after presenting a public broadcast by defender, becomes clear the absence of the circumstances, which are in the basis of disciplinary excitation of the proceedings, then all the same this broadcast has already spoiled the authorship of the judge among the society. Here we have 2 main values- the independence of the forensic governance and the securing a social control toward it- coming from the circumstance, that no governance can be absolute independent and be of account of the people. We should solve the question, so that it will not endanger these general costs. We think that the broadcast to arouse a proceedings to the judge must not be public, taking into account the first and foremost necessity of the moral-professional image of judge.

¹ Look the recommendations about the independence, effectiveness of the activity and about the role of Ministers' of Europe's council committee, 1994, october 13, number 94/12/.

² Look at the decision of the constitutional court of Hungary, 29. 03. 1994. www.mkab.hu/index.php?id=decisions

¹ Has been taken in 21. 02. 2007, has entered into the power in 18. 05. 2007, RA OI, 2007. 04. 18/20(544).

² www.court.am

³ Look acts and matters. An European agreement of human rights (Sunday Times v United Kingdom) (No 2) [1991] ECHR 50, ECtHR ... Yerevan, «Bavigh», 2011, page 764.

According to the 10-th part of the 156-th article of the forensic code, all the documents which are delivered in disciplinary frames of the proceedings, should be delivered with closed envelopes. Therefore, even if we accept that the presentation of the broadcast by defender does not infringe the principal of the independence of forensic governance, coming from the necessity of fulfillment a public control to the court, we think that the publicity of the broadcast has already infringed it and doesn't speak about the principal of legislative consistency being adhered to the independence of forensic governance. We think that it will be righter to vanish the right of a defender to arouse a disciplinary proceedings, or to give to a defender a corresponding authority in the relations with the court, which will give him an opportunity to find out material and judicial violations by judges /particularly with the right of duty-bound referring to a court and appealing the forensic acts/ and only in the limited occasions to present with non public broadcast about arousing a disciplinary proceedings toward the judge.

Generally we should mention that according to the law a defender has necessary authorities for the realization of the problem at the front of him. Particularly, the right of the every year reports /when in the first 3 months of year, the defender presents reports to the President of RA, organs of legislation, executive and forensic power, about his activity of last year and about the violations of human rights and general independences, and during the spring session of the parliament, it presents in the session of Parliament. The defender presents the report also to mass media and to corresponding public organizations/ the right of the presentation with the right of arousing a disciplinary proceedings to the judge, the right of taking recommendations of realization of the clarifications of experts researches and so on. Those essentially are advancing his role, also if we take into account, that according to the 6.1 article of the Law the Ombudsman is an independent national mechanism, fixed with a voluntary agreement of protocol, who forbids torture, other cruel, inhuman or dignity abusing attitude and punishment. As much the defender in his report criticizes the violations discovered in the result of the activity of acting person, as it deserves a wide reception by the lawyer organizations and different public layers. So, the report of the Ombudsman is watched as an indisputing "weapon" with the sense of preventing the illegal activities of the acting persons of state organs.¹ We think that these authorizations are necessary and enough in the affair to liquidate violations of the human rights of legal means.

So, generalizing the say, we should only minute, that the role of the Ombudsman is advancing step by step in systematizing organs fulfilling the protection of human rights. And it is not accidental. The speed of Ombudsman's acting, veracity of procedure of the exam and the statutory other guarantees are creating fertile soil for the further development of popular trust towards the institute. In our republic, for the 6-7 years having this constitutional court, the number of the application protests and an unprecedented index of their satisfaction are its evidence. During these years, the most important acquirement is that, with the political meaning, the Ombudsman can prove, that it is neither a government nor a society. We can only hope, that the legislation defects will be put right and the Ombudsman, as a reliable guarantee of securing the development of society in RA, will continue to step with a constant moving-effectively actualizing the problems put in front of him and so, furthering the dignity of a human, as a state registered highest cost, in the sphere of protection of civil rights.

¹ Look at the constitutional basis about the organization and activity of legislative power of the Republic of Armenia, YSU publishing house, Yerevan-2011, editor- N. A. Ajvazyan, page 275.



Вельган Марина¹

Институт европейского гражданства: эволюция и проблемы формирования на современном этапе

Введение

Провозглашение Украиной курса на европейскую интеграцию и необходимость формирования соответствующей внутренней и внешней политики обусловило потребность в новых исследованиях институтов европейского права, особенно тех из них, которые до сих пор вызывают оживленные дискуссии среди ученых всего мира. Одним из таких институтов является гражданство Европейского Союза.

В последнее время все чаще обсуждается вопрос о «европейском гражданстве» как в юридическом, так и в концептуальном аспекте. Сейчас Европа находится в поиске своей самобытности, в поисках той основной политической и философской идеи, которая способна из институционального образования – Европейского Союза – создать искомую «единую Европу». Особенно это актуально в свете внутриевропейских тенденций регионализма и национализма, обусловленного ослаблением суверенитета национального государства и переноса части легитимности с национального на наднациональный уровень.

Гражданство ЕС, введенное Маастрихтским договором 1992 г.², часто рассматривается как чисто символический статус, так называемое «облегченное гражданство», а именно набор прав без объединяющей всех в единое целое идентичности, доступ без принадлежности³. Исходя из утверждения Европейского суда с прав человека (далее – Суд) в деле Grzelczyk гражданству Союза «суждено быть фундаментальным

статусом граждан государств-членов ЕС»¹. Однако пока это стремление институций ЕС, но не объективная реальность.

Развитие и популяризация института гражданства ЕС сейчас является одним из приоритетных направлений деятельности органов Союза: в ноябре 1996 г. начала действовать первая фаза программы «Граждане – прежде всего»; в период с 2007 по 2013 гг. действует программа «Европа для граждан», которая занимается продвижением идеи гражданства ЕС, ускорением включения граждан ЕС в процесс евроинтеграции путем сглаживания противоречий и усиления чувства европейской идентичности², а также программа «Фундаментальные права и гражданство»; служба Евробарометр постоянно осуществляет опросы общественного мнения в данной сфере, последнее из которых было проведено в марте 2010 г. и показало высокий уровень осведомленности граждан ЕС о своих правах (60-80% респондентов знали о наличии у них таковых)³; кроме того, 21.06.2011 в Брюсселе собрались делегаты со всех государств-членов ЕС на консультативное совещание, посвященное разработке программы «Европа для граждан» на 2014-2020 гг.

В этом контексте одним из важнейших аспектов европейской интеграции является развитие концепции гражданства ЕС. Именно необходимость анализа современного состояния и перспектив развития концепции гражданства ЕС обуславливает актуальность темы исследования.

I. Эволюция института европейского гражданства

С институтом гражданства непосредственно связано право на него – совокупность правовых норм, которые регулируют порядок приобретения, утраты и лишения гражданства. Это право нашло отображение в таких международных актах, как Общая декларация прав человека 1948 г. – ст. 15, Пакт о гражданских и политических правах 1966 г. – п. 3 ст. 24 и других актах. В ст. 3 Европейской конвенции о гражданстве 1997 г. определено: «1. Каждому государству принадлежит право определять в своем законодательстве, кто является его гражданином. 2. Это законодательство признается другими государствами, если оно соответ-

¹ Grzelczyk Case C-184/99. – European Court reports, 1992. – Page I-06193.

² Decision No 1904/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 establishing for the period 2007 to 2013 the programme Europe for Citizens to promote active European citizenship. Official Journal L 378, 27.12.2006, p. 32–40.

³ Flash European barometers. European Union Citizenship Ref. 294. [Электрон. ресурс] – Режим доступа: http://ec.europa.eu/public_opinion.

¹ Студентка III курса юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, Украина.

² Treaty on European Union. – Official Journal of the European Communities. 29.07.1992. – No C 191.

³ Maas W. 'Unrespected, unequal, hollow? Contingent citizenship and reversible rights in the European Union'. – Columbia Journal of European Law, 2009. – №15. – P. 265-280.

вует применимым международным конвенциям, международному обычному праву и общепризнанным правовым принципам в отношении гражданства"¹.

Но гражданство интеграционного образования является нетрадиционной категорией для института гражданства, которой веками был связан с государством, хоть и в разных его формах и проявлениях, поэтому очень важно проследить истоки и этапы возникновения этого феномена.

Развитие концепции европейского гражданства начинается с Парижского договора об учреждении Европейского объединения угля и стали 1951 г., при заключении которого представители Италии настояли на включении положения о свободном передвижении рабочей силы внутри объединения. Следующим этапом стало закрепление этой свободы в качестве индивидуального права в 1957 г. в Договоре о создании Европейского Экономического сообщества (Римском договоре), где оно рассматривалось исключительно в социально-экономическом аспекте. Тем не менее, как отмечает Т.А.Васильева, там уже были заложены правовые основания для формирования европейского гражданства в современном смысле – введен запрет дискриминации по признаку государственной принадлежности (ст.7)². Нельзя не упомянуть и Копенгагенскую декларацию 1973 года о европейской идентичности, ссылающуюся на разделяемые Европейским Союзом ценности представительной демократии, гражданских прав и верховенства права. На Парижском саммите (1974 г.) специально созданная рабочая группа исследовала при каких условиях и в течение какого срока граждане отдельных государств могли бы получить особые права как граждане Сообщества. Разработанный по результатам этого исследования доклад "Европа для граждан" содержал информацию о политических правах граждан: активное и пассивное избирательное право, а также право на доступ к официальным службам. Важным достижением в формировании концепции европейского гражданства стали первые выборы в Европейский парламент, состоявшиеся в июне 1979 года, поскольку все граждане ЕС были приглашены принять участие в процессе принятия решений путем избрания их представителей.

В 1984 году Европейский Совет, встречавшийся в Фонтенбло, акцентировал внимание на важности развития европейских конструкций

¹ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Отв. Ред. С.Ю. Кашкин; пер. А.О. Четверников. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 698 с.

² Васильева Т.А. Эволюция института гражданства Европейского Союза // Государство и право / Российская академия наук; Институт государства и права. – Москва, 2007. – № 12. – С.22.

на базе признания европейской идентичности людьми, вовлеченными в этот процесс. В 1985 г. резолюцией Европарламента были определены права, принадлежащие всем гражданам государств-членов ЕС, в том числе право свободного передвижения, право выбора места жительства. Далее гражданство ЕС было включено в обсуждение при подготовке Маастрихтского Договора 1992 года, где впервые и появилось как законодательно оформленная и закреплённая концепция: в ст. 8 указано, что "каждый гражданин государства-члена ЕС является гражданином Союза"¹. Амстердамский договор 1997 г. дополнил перечень прав граждан ЕС и уточнил взаимосвязь между европейским и национальным гражданством: "гражданство Союза дополняет, а не замещает национальное гражданство" (ст.17-21)². Постулат о гражданстве ЕС также был закреплён в Договоре о введении Конституции для Европы (ст. 1-10). С изменениями, внесенными Лиссабонским договором, в ст. 20 Договора о функционировании ЕС констатируется, что гражданином Союза есть каждый, кто имеет гражданство одного из государств-членов ЕС, и что гражданство Союза дополняет национальное гражданство и не подменяет его³.

II. Проблема соотношения суверенитета Европейского Союза и суверенитетов отдельных государств-членов ЕС

Институт гражданства исторически сложился на уровне национальных государств и традиционно рассматривался юристами как сложившаяся политико-правовая связь между физическим лицом и государством, что является совокупностью взаимных прав, обязанностей и ответственности лица и государства⁴. Из чего следует, что термин "гражданство" неразрывно связан с понятием "государство". Однако развитие европейской интеграции, результатом которой стало введение гражданства ЕС, заставляет пересмотреть традиционные взгляды на этот институт конституционного права.

Сегодня среди ученых нет единства в оценках природы европейского гражданства. На наш взгляд, наиболее точно эту проблему обо-

¹ Treaty on European Union. – Official Journal of the European Communities. 29.07.1992. – P. 191-195.

² Treaty of Amsterdam, Luxemburg. – EUROP, 1997. – P.147.

³ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Отв. Ред. С.Ю. Кашкин; пер. А.О. Четверников. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 698 с.

⁴ Яковлюк І.В. Громадянство ЄС: поняття і співвідношення з національним громадянством // Проблеми законності: академічний збірник наукових праць / Мін.освіти і науки Укр.; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2010. – Вип. 107. – С.14.

значили В.Л. Иноземцева и Е.С. Кузнецова, которые считают, что неопределенность и крайне специфический характер концепции общеевропейского гражданства порождены нерешенностью на современном этапе вопроса о соотношении национальных суверенитетов стран, входящих в Европейский Союз, и суверенитета самого Европейского Союза¹. А К. Хаас пишет, что разграничение особенностей реализации концепта "гражданства" на этих двух уровнях есть наиболее актуальным "вызовом современной европейской демократии"². Можно выделить два наиболее распространенных подхода к решению данной проблемы.

Так, первым подходом является принятие того факта, что ЕС было построено в соответствии и на основе национально-государственной модели политического управления. Ведь именно государства в свое время обеспечили общество основными демократическими институтами и структурами. Автономия и суверенитет наций-государств в рамках Союза, по мнению представителей данного подхода, должны быть сохранены. Эта задача должна быть первоочередной в политическом развитии ЕС. То есть данное направление отстаивает конфедеративную модель ЕС и отбрасывает необходимость существования института европейского гражданства³.

Второй подход, представители которого видят ЕС как федерацию, основанный на том, что дефицит легитимности ЕС должен быть преодолен путем создания новых репрезентативных институтов на общесоюзном уровне. Центральные элементы европейской демократии должны быть сосредоточены в законодательстве и правительственных структурах ЕС, все достижения и полномочия суверенитета наций-государств должны перейти к органам Союза. Более того, для данного европейского федерального образования должна быть создана пан-европейская конституция. Интересный подход к пониманию европейского гражданства в рамках данной модели ЕС предлагает Кристоф Шонбергер, который утверждает, что необходимо "освободиться от унитарного государства как ядра концепции гражданства и рассмотреть вопрос о возможности многоуровневого, вложенного гражданства в федеральном объединении"⁴. С точки зрения федеративного подхода,

европейское гражданство, действительно, становится гражданством наднациональным: оно отвергает критерий национальности и заменяет его критерием резиденции¹. На современном этапе именно право на свободное передвижение и проживание на территории государств-членов ЕС наиболее часто используется из тех прав, что предоставляются гражданам Союза.

Таким образом, исходя из вышесказанного, считаем наиболее уместным рассматривать европейское гражданство как многоуровневое понятие, которое включает в себя и базируется на национальном гражданстве государств-членов ЕС, дополняя последнее общими для всех положениями.

III. Содержание института гражданства ЕС

Хотя концепция гражданства Союза юридически сформировалась, в научной литературе все еще ведутся дискуссии о его природе: надо ли понимать суть данной правовой конструкции как принадлежность к кругу лиц, являющихся первичными субъектами европейского правопорядка и обладающих специфическим правовым, политическим и социально-экономическим статусом, или это наделение граждан государств-членов ЕС некоторыми дополнительными правами. Традиционно гражданство рассматривается как совокупность прав и обязанностей. Европейское гражданство можно конкретизировать в правах, которые в настоящее время закреплены в Договоре о ЕС² и воспроизведены в Хартии Европейского Союза об основных правах (глава V "Гражданство")³, а также в части второй "Недискриминация и гражданство Союза" Договора о функционировании Европейского Союза (переименованном Лиссабонским договором 2007 г.⁴):

□ Право граждан ЕС на свободу передвижения и нахождения на территории государств-членов Союза, которое позже было детализировано в Директиве Европейского Парламента и Европейского Совета 2004/58 о праве граждан Союза и членов их семей на свободу передвижения и проживания на территории государств-членов ЕС, в соответст-

¹ Иноземцев В.Л., Кузнецова Е.С. Дилеммы европейской интеграции // Космополис. – 2002. – № 1. – 43.

² Haas C. What Is Citizenship? – The Danish University of Education. [Электронный ресурс] – Режим доступа: www.ffid.dk.

³ Haas C. What Is Citizenship? – The Danish University of Education [Электронный ресурс] – Режим доступа: www.ffid.dk.

⁴ Schonberger C. 'European Citizenship as Federal Citizenship: Some Citizenship Lessons of Comparative Federalism'. – Revue Europeenne de Droit Public, 2007. – № 19. – P. 61-81.

¹ Подасенко Ю.Л. Європейське громадянство: від національного до космополітичного // Політологія. – 2010. – Т. 122, №109. – С.112.

² Treaty on European Union. – Official Journal of the European Communities. 29.07.1992. – P. 191-195.

³ Charter of Fundamental Rights of the European Union. – Official Journal of the European Communities. 18.12.2000. – С 364.

⁴ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Отв. Ред. С.Ю. Кашкин; пер.А.О. Четверников. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 698 с.

вии с которой гражданин Союза имеет право проживать на территории другого государства-члена ЕС в течение трех месяцев при наличии действительного удостоверения личности. Некоторым категориям граждан предоставляется возможность более длительного проживания – до пяти лет. Гражданин ЕС, проживший на законных основаниях в государстве пребывания более пяти лет, приобретает право на постоянное проживание, не обусловленное какими-либо требованиями (п.1 ст.16)¹. Данное право становится ядром гражданства ЕС, поскольку практически все остальные права граждан ЕС актуальны только в случае резиденции гражданина ЕС не в стране своего национального гражданства, но в пределах ЕС.

□ Право гражданина Союза избирать и баллотироваться кандидатом в муниципальные органы на территории любого государства-члена ЕС, где он проживает, на тех же условиях, что и граждане этого государства, что конкретно регулируется Директивой 94/80 от 19.12.1994 г.², которые призваны обеспечить гражданам равные возможности реализации избирательных прав на всей территории ЕС. Также предусмотрено, что если в стране пребывания голосование обязательное, гражданин ЕС должен принять в нем участие лишь в случае, если он был включен в список избирателей на муниципальных выборах (п.2 ст.7 Директивы 94/80).

□ Право участвовать в голосовании и баллотироваться в качестве кандидата на выборах в Европейский парламент в государстве-члене Союза, в котором он проживает, на тех же условиях, что и граждане этого государства. Специальные правила и условия, относящиеся к организации этих выборов в соответствии с Договором, были приняты Советом ЕС в Директиве 93/109³.

Право голосовать и баллотироваться в качестве кандидата на выборах в Европейский Парламент имеет следующие ограничения в соответствии с Директивой 93/109:

□ нельзя голосовать в более чем одной стране ЕС на тех же выборах в Европарламент: на современном этапе существуют трудности реализации данного запрета, которые были отмечены как на выборах 2006 г., так и на выборах 2009 г. В докладе Еврокомиссии о применении права ЕС на последних выборах в Европарламент указано на необ-

ходимость внесения поправок и дополнений в Директиву 93/109: "более эффективный механизм требует еще более общих правил. В то же время, любое новое урегулирование должно быть пропорционально необходимости повторного голосования"¹.

□ страна-член ЕС может закрепить требование о дополнительном сроке проживания для участия в выборах, если более 20% населения, имеющего право голоса, не являются гражданами страны.

Каждая страна ЕС самостоятельно определяет процедуру выборов, в чем проявляется суверенитет отдельных государств, но есть общие принципы, регулирующие выборы в Европейский парламент, закрепленные в Акте 1976 г. об избрании членов Европейского парламента прямым всеобщим голосованием, с поправками, внесенными Решением Совета 2002/772/ЕС². Депутаты Европарламента избираются на основе пропорционального представительства, прямым всеобщим голосованием, а также путем свободного и тайного голосования. Суд Европейского союза подтвердил, что регулирование процедуры избирательного процесса в Европарламент не унифицировано на уровне ЕС. Тем не менее, страны-члены ЕС должны уважать законы Союза и его общие принципы, в частности равного обращения и недискриминации, а также демократии и основных прав.

Последние выборы в Европейский парламент состоялись в июне 2009 года. Исследование службой Евробарометр избирательных прав и Доклад о применении права ЕС в этих выборах были опубликованы в 2010 году. В последнем было предложено для увеличения осведомленности граждан ЕС о собственных правах, в частности, избирательных, и повышения мобилизации избирателей на следующих выборах в Европарламент в 2014 г., провозгласить 2013 год "Европейским годом для граждан"³.

□ Гражданин ЕС на территории третьей страны, где нет представительства государства-члена Союза, гражданином которого он является, имеет право на защиту со стороны дипломатических или консульских представительств любого государства-члена ЕС на тех же услови-

¹ Report on the election of Members of the European Parliament (1976 Act as amended by Decision 2002/772/EC, Euratom) and on the participation of European Union citizens in elections for the European Parliament in the Member State of residence (Directive 93/109/EC). – COM, 2010. – 603 final.

² Decision 2002/772/EC, Euratom. – Official Journal of the European Communities 283, 21.10.2002. – P. 15-17.

³ Report on the election of Members of the European Parliament (1976 Act as amended by Decision 2002/772/EC, Euratom) and on the participation of European Union citizens in elections for the European Parliament in the Member State of residence (Directive 93/109/EC). – COM, 2010. – 603 final.

¹ Подаянко Ю.Л. Європейське громадянство: від національного до космополітичного // Політологія. – 2010. – Т.122, №109. – С.110-114.

² Council Directive 94/80/EC of 19 December 1994. – Official Journal of the European Communities 368, 31.12.1994. – P. 38–47.

³ Council Directive 93/109/EC of 6 December 1993. – Official Journal of the European Communities 32, 30.12.1993. – P. 34–38.

ях, что и граждане этого государства, что включает: помощь в случае смерти; помощь в случае серьезной аварии или болезни; помощь в случае ареста или задержания; помощь жертвам насильственных преступлений; репатриацию пострадавших граждан Союза.

Государства-члены ЕС также приняли два решения относительно принятия мер по выполнению этой статьи Договора. Первое Решение (95/553/ЕС) от 19.12.1995 указывает на случаи и условия, в которых такая защита может быть предоставлена гражданам ЕС. Второе Решение (96/409/PESC) от 25.06.1996 относится к действию специальных документов для передвижения общего образца, предоставляемых в случае необходимости дипломатическими или консульскими службами государств-членов Союза гражданам ЕС¹. Оба решения наполняют практическим смыслом концепцию гражданства ЕС в отношении восприятия данной концепции странами, не входящими в Союз. Также в решениях предусмотрена сложная схема возмещения финансовых расходов: правительство возмещает понесенные затраты государству, оказавшему консульскую помощь, а заинтересованное лицо – национальным властям.

□ Право обращаться с петицией в Европейский парламент по вопросу, который входит в сферу компетенции Сообщества и который касается его непосредственно.

□ Право обращаться к Омбудсмену в случае плохой организации деятельности институтов и органов Сообщества, за исключением Суда или Суда первой инстанции, выступающих в своей судебной роли.

✓ Право письменно обращаться в любой из институтов или органов ЕС на одном из официальных языков Союза, и получить ответ на том же языке.

Как отмечает Васильева Т.А., последнюю триаду прав нельзя рассматривать как специфические права граждан ЕС, поскольку ими обладает любое физическое или юридическое лицо, проживающее или зарегистрированное на территории государства-члена Союза².

□ Граждане ЕС после вступления в силу Лиссабонского договора получили право выступать с предложением Европарламенту или Совету по поводу внесения изменений в законодательство, для чего нужно заручиться поддержкой данной инициативы со стороны миллиона гра-

ждан. Комиссия, в то же время, сохраняет за собой право решать, следует ли предпринимать действия для удовлетворения этого запроса¹.

Охарактеризовав в общих чертах права европейских граждан, необходимо остановиться и на их обязанностях. В противовес правам, перечень которых есть в нескольких основополагающих документах ЕС, перечень обязательств гражданина ЕС в учредительных договорах отсутствует.

По мнению Ю. Лепешкова, это можно объяснить желанием разработчиков учредительных договоров обеспечить некоторую стабильность правового статуса гражданина ЕС². Однако среди ученых (Яковлюк, Подаянко и др.) все же доминирует позиция, согласно которой национальное гражданство к основным обязанностям гражданина традиционно включает уплату налогов и воинский долг, а закрепление аналогичных обязанностей за гражданами ЕС непременно вызвало противодействие со стороны государств-членов ЕС, поскольку это фактически предполагало передачу последнему реализации прав, принципиально важных для сохранения суверенного статуса государственной власти, а значит, лишний раз затрагивало бы и так болезненную для государств-членов ЕС проблему государственного суверенитета³. Тем не менее, нельзя утверждать, что европейское гражданство не накладывает совершенно никаких обязательств на граждан: если гражданин ЕС хочет жить в другой стране ЕС, он должен иметь медицинскую страховку и доказать, что имеет работу или достаточно ресурсов для того, чтобы не стать бременем для страны пребывания.

Следовательно, содержанием концепции гражданства ЕС являются права, закрепленные в первичном праве ЕС и конкретизированы в директивах и других актах органов ЕС, а также соответствующие им обязанности. Что касается права направлять петиции Европейскому парламенту, подавать жалобы Европейскому омбудсмену, а также право обращаться к институтам и консультативным органам Союза на любом из языков Договоров и получать ответ на том же самом языке, то считаем нецелесообразным выделять данные права как особенные права граждан ЕС, поскольку такое право имеют не только граждане Союза,

¹ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / Отв. Ред. С.Ю. Кашкин; пер. А.О. Четверников. – М.: ИНФРА-М, 2008. – 698 с.

² Лепешков Ю.А. Гражданство Европейского Союза: нонсенс или объективная закономерность в международном праве // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1998. – №5. [Электрон. ресурс] – Режим доступа: <http://beljournal.by.ru>.

³ Яковлюк І.В. Громадянство ЄС: поняття і співвідношення з національним громадянством // Проблеми законності: академічний збірник наукових праць / Мін. освіти і науки Укр.; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2010. – Вип. 107. – С.21.

¹ Decision 96/409/CSFP of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 25 June 1996. – Official Journal of the European Communities L168, 06.07.1996. – P. 4–11.

² Васильева Т.А. Эволюция института гражданства Европейского Союза // Государство и право / Российская академия наук; Институт государства и права. – Москва, 2007. – № 12. – С. 23.

но также физические и юридические лица, проживающие на территории ЕС (ст.ст. 41, 43, 44 Хартии Европейского Союза об основных правах¹).

IV. Приобретение и утрата гражданства стран-членов ЕС: проблемные аспекты

Гражданство ЕС, будучи специфическим статусом, тем не менее производно от гражданства государства-члена Сообщества. Любые изменения гражданства государства-члена ЕС порождают определенные последствия и для положения лица в рамках Союза. Органы ЕС последовательно придерживаются принципа свободного определения каждым государством круга своих граждан. Позиция Европейского Суда базируется на том, что в соответствии с международным правом каждое государство-член Союза самостоятельно определяет условия приобретения и утраты своего гражданства, однако оно должно учитывать и положения права ЕС. Что, как отмечается в литературе, предполагает уважение новой концепции гражданства ЕС, а также основополагающих прав человека².

В связи с этим многие исследователи (например, Васильева Т., Лепешков Ю., Яковюк И.) утверждают, что не существует какой-либо особенной процедуры приобретения или утраты гражданства ЕС. Однако, на наш взгляд, такая категоричность в этом вопросе является несколько неуместной.

Хотя и задекларировано как чисто комплементарное, гражданство ЕС уже начало изменения сущности гражданства государств-членов, включая правила их приобретения и утраты. Приобретение и утрата гражданства регулируется внутренним законодательством каждой страны на ее усмотрение, однако современные тенденции делают сохранение ранее существовавших правовых режимов в неизменном виде очень сомнительным.

Уже сегодня шесть государств-членов – в том числе Австрия, Германия, Венгрия, Италия, Румыния и, в меньшей степени, Словения – провели различие между гражданами ЕС и третьих стран в процедуре натурализации. В Италии, например, длина минимального легального проживания, необходимого для получения права на натурализацию, для

граждан ЕС – четыре года, граждан третьих стран – на шесть лет дольше¹, в Австрии это соответственно шесть и четыре года, то есть на 2 года дольше². Вероятно, что в ближайшее время ряд других государств-членов также введут такие различия, усиливая важность гражданства ЕС, которое в настоящее время способно обеспечить обладателям такого статуса лёгкий доступ к национальности другого государства-члена ЕС даже на формальном уровне процедуры натурализации, а не только на уровне обеспечения практически неограниченного доступа к жилью.

В конечном счете, создание разных правил натурализации для граждан третьих стран и граждан ЕС означает, что различие, по сути, устанавливается между приобретением гражданства ЕС (в сочетании с гражданством определенного государства) и простым приобретением гражданства другого государства-члена – т.е. устанавливается отдельная процедура приобретения гражданства ЕС, хотя пока и разная в каждом государстве-члене Союза. Это фундаментальная тенденция, которая обязана иметь далеко идущие последствия для юридической сущности обоих правовых статусов.

Ярким примером проблемы применения концепции гражданства ЕС на практике, которое показывает его определенную избирательность, стало существенное ограничение прав трудящихся-мигрантов из Румынии, поскольку Еврокомиссия разрешила Испании ограничить приём на работу граждан Румынии до конца 2012 г. И хотя это ограничение объясняется серьёзными проблемами в стране, связанными с постоянным увеличением уровня безработицы, и уверения Еврокомиссии, что ограничительные меры — это экстренное средство, но ни в коем случае не метод, который следует принимать на вооружение, по пути Испании могут пойти и другие страны ЕС, особенно на фоне постоянных кризисов и нестабильной экономической ситуации в Европе. В практике Сообщества уже имелись такие случаи: в 1986 г. были введены ограничения для трудящихся-мигрантов из Испании и Португалии на семилетний период, однако в то время в праве ЕС не было предусмотрено единого и универсального европейского гражданства.

Целесообразно проанализировать также и натянутость, которая возникает в ЕС из-за отсутствия согласованности в области законодательства о гражданстве. Наделение "вторым" гражданством в сочета-

¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union. – Official Journal of the European Communities. 18.12.2000. – P. 364.

² Васильева Т.А. Эволюция института гражданства Европейского Союза // Государство и право / Российская академия наук; Институт государства и права. – Москва, 2007. – № 12. – С.23.

¹ Zincone Giovanna and Basili Marzia. 'Country Report: Italy' / EUDO Citizenship Observatory. – RSC Paper, EUI, 2009. – 13.

² Cinar Dilek. 'Country Report: Austria' / EUDO Citizenship Observatory. – RSC Paper, EUI, 2009. – P. 8.

нии с льготным режимом для определенных категорий лиц из-за пределов ЕС может иметь серьезные негативные последствия для ЕС в целом, поскольку приводит к дискриминации, неравенству и иерархии правовых статусов мигрантов – выходцев из разных стран. Это неравенство, которое является результатом различий в законодательстве отдельных стран относительно процедуры приобретения национального гражданства, показывает то, что при реализации некоторыми категориями граждан ЕС своих непосредственных прав, у государств-членов отсутствует унифицированный подход к защите прав мигрантов из разных стран.

Не исключено, что напряженность в отношениях между отдельными государствами, например, Италией и Румынией, из-за разных стандартов к вопросам приобретения гражданства будет увеличиваться. В Италии сейчас проживает значительное число молдаван¹, по поводу чего итальянское правительство уже выразило озабоченность, что становится одним из самых популярных направлений миграции этих «новых» граждан Румынии, и заявило, что румынская политика двойного гражданства в отношении молдаван может повлиять на демографическое равновесие и объемы миграционных потоков в Европу. Поэтому оно попросило институты ЕС, основываясь на итальянском общественном мнении, внимательно следить за этой ситуацией. В отсутствие конкретных действий ЕС, не исключено, что Италия станет в какой-то момент отказывать признавать румынское гражданство молдаван, которые даже никогда не проживали в Румынии, утверждая, что их активным гражданством является гражданство Молдовы. Если такой отказ будет подтвержден судом, то это решение должно рассматриваться как несовместимое с судебным прецедентом Мичелетти². Тем не менее, это заставит Суд принять решение по двух, на первый взгляд, непримиримых правовых нормах ЕС. Во-первых, аргумент (который может быть приведен Италией), что нынешнее «потоки» натурализации со стороны некоторых государств-членов являются несовместимым с принципом лояльного сотрудничества в соответствии со статьей 4 (2) Договора о ЕС. Румыния, с другой стороны, будет опровергать, что ее автономия в области законодательства о гражданстве следует из принципа, что ЕС уважает национальную самобытность государств-членов Союза, изложенного в статье 4 (3) Договора. А позиция Румынии за-

ключается в том, что повторное приобретение гражданства бывшими гражданами и их потомками, проживающих за пределами границ государства, является элементом в восстановлении идентичности Румынии¹. В конце концов, государство, которое утверждает что имеет негативные последствия для своего демографического равновесия в результате национальной политики других государств-членов ЕС, будет, ссылаясь на принцип лояльного сотрудничества, заявлять, что они не должны "менять свою национальную идентичность окольными средствами".

Суд, таким образом, должен сбалансировать взаимодействие принципов "лояльного сотрудничества" и "национальной идентичности". Это, как ни парадоксально, сбалансирует «оправдание» двух разных национальных идентичностей. Поэтому очень важно, чтобы Суд более четко (по крайней мере, более четко, чем в деле Rottmann²) однозначно конкретизировал смысл утверждения, что определение условий приобретения и утраты гражданства должно осуществляться с учетом законодательства ЕС. Другими словами, какие именно правила и принципы права ЕС могут ограничить автономию государств-членов в сфере законодательства о гражданстве?

В конечном счете, вопрос сводится к тому, имеет ли национальная идентичность государства-члена, создающего большие группы внешних граждан ЕС, первостепенное значение для национальной идентичности государства-члена Союза, которое видит проблемы реализации своей собственной национальной идентичности, пострадавшей от больших масштабов иммиграции внешних граждан ЕС, созданных другими государствами-членами?

Поскольку каждое государство-член обязано признавать гражданство, предоставленное другими, двойная национальная политика, как показано на итальянско-румынском случае, создает очевидные и значительные проблемы для ЕС в целом. Эта политика, создавая большое количество внешних граждан ЕС, предоставляет доступ к европейской территории гражданам государств, которые (еще) не присоединились к ЕС. Такое развитие событий все чаще воспринимается негативным образом. В конце концов, проблема постоянного увеличения «внешних» граждан ЕС усиливает амбивалентность (двойственное отношение) окружающих к разным режимам двойного гражданства. По сравнению с многими «непривилегированными» мигрантами, которые должны от-

¹ Граждане Румынии составляют 67% всех граждан ЕС-неитальянцев, проживающих в Италии. Giovanna Zincone and Marzia Basili. "Report on Italy" / EUDO Citizenship Observatory Country Reports. – 2009.

² Micheletti Case C-369/90. – European Court reports, 1992. – Page I-04239.

¹ Странно, но Италия использует аналогичные рассуждения для объяснения собственного преференциального режима для этнических итальянцев, проживающих в Латинской Америке.

² Rottman Case C-135/08. – European Court reports, 2010. – Page I-01449.

вечать самым строгим условиям для приобретения гражданства государства-члена, двойной режим гражданства представляет исключительно привилегированный доступ к "праву на свободное перемещение в границах европейского пространства". Но с другой стороны, те, кто пострадал из-за колонизации, постоянной эмиграции и т.д., может теперь использовать европейское гражданство в качестве инструмента возобновления предыдущего положения.

Вполне возможно, что абсолютно разное отношение к двойному гражданству в разных государствах-членах, а также дискриминация прав граждан отдельных страны ЕС (например, Румынии на сегодня) может усилить призыв к введению минимальных стандартов в области гражданства отдельных государств-членов ЕС. Такая минимальная гармонизация, на наше мнение, является необходимой как с практической стороны, так и ввиду необходимости соблюдения принципов равенства всех людей перед законом и недискриминации по признаку национального гражданства или этнического происхождения (ст.ст. 10, 18, 19 Договора о функционировании ЕС).

Заключение

Ключ к пониманию роли гражданства в рамках Европейского Союза заключается в том, чтобы не противопоставлять Союзное гражданство и гражданство государств-членов ЕС как два отдельных и не связанных явлениях, несмотря на то, что они и отличаются по своему характеру. Сложные отношения между ними можно понять исключительно путем применения сложной и многогранной концепции гражданства, которая свяжет вместе разные уровни и разные сферы, в которых люди наделяются и реализуют свои права и обязанности.

Исходя из всего вышестоящего, можно выделить такие основные проблемы института гражданства Европейского союза:

- нерешенность вопроса о соотношении национальных суверенитетов стран, входящих в ЕС, и суверенитета самого Европейского Союза – сегодня страны-участницы делегируют часть своих полномочий ЕС, на базе чего и появился такой феномен, как суверенитет не государства, а интеграционного формирования. Со временем суверенитет ЕС может или еще в большей мере поглотить суверенитеты государств-членов Союза, или отмереть как не оправдавшее себя явление;

- отсутствие единого понимания содержания концепта "европейского гражданства", а именно: какие права имеются исключительно у граждан ЕС, как они соотносятся с правами, предоставленными граж-

данам на национальном уровне; какие обязанности возлагаются на граждан ЕС и как корреспондируют права и обязанности гражданина Союза;

- нецелесообразным считаем выделение права направлять петиции Европейскому парламенту, подавать жалобы Европейскому омбудсмену, а также права обращаться к институтам и консультативным органам Союза на любом из языков Договоров и получать ответ на том же самом языке как права граждан ЕС, поскольку такое право имеют не только граждане Союза, но также физические и юридические лица, проживающие на территории ЕС (ст.ст. 41, 43, 44 Хартии Европейского Союза об основных правах).

- нарушение принципа равенства, заложенного в основание института европейского гражданства, из-за отсутствия унифицированной процедуры приобретения этого гражданства: тождественный для всех статус гражданина ЕС приобретает неравными усилиями и путями;

- определенная избирательность в применении института европейского гражданства, избавиться от которой можно лишь путем выработки кардинально негативной оценки такой практики в теоретических исследованиях и имплементации этих положений органами ЕС в свою практическую деятельность.

Кроме того, считаем за необходимое введение минимальных стандартов в области приобретения и потери гражданства отдельных государств-членов ЕС. Такая минимальная гармонизация, на наше мнение, является необходимой как с практической стороны (разное отношение к двойному гражданству в государствах-членах, а также дискриминация прав граждан отдельных страны ЕС (например, Румынии на сегодня)), так и ввиду необходимости соблюдения принципов равенства всех людей перед законом и недискриминации по признаку национального гражданства или этнического происхождения (ст.ст.10,18,19 Договора о функционировании ЕС).

Ввиду этого, считаем, что формирование европейского гражданства еще не завершено, оно имеет ряд проблем, которые требуют срочного решения и разработки как на теоретическом, так и на практическом уровнях. А решение этих проблем невозможно без гармонизации внутреннего законодательства государств-членов ЕС.



Ганиева Лейла¹

Ювенальная юстиция как институт мягкого геноцида

Введение

Ювенальная юстиция в мире зародилась очень давно, она отличается от уголовной юстиции. Ювенальная юстиция— система государственных органов, осуществляющих правосудие по делам о преступлениях и правонарушениях, совершенных несовершеннолетними, а также государственных и негосударственных структур, проводящих контроль над исправлением и реабилитацией несовершеннолетних преступников и профилактику детской преступности, социальную защиту семьи и прав ребёнка.

Изначально идея создания «Ювенальной юстиции» сводилась к созданию специализированных детских судов и была осуществлена в США, где в Чикаго был создан первый детский суд 1899 г. Затем идея распространялась и через несколько лет уже преобразовалась в более обширное понятие как «ювенальной системы», куда входили различные организации, в деятельность которых входили вопросы, связанные с реализацией прав ребенка. В Великобритании серия законов о детях и молодежи принята в 1908 г. Во Франции ювенальный суд был создан в 1914 г. Эдуард Жюлье, который в 1906 г. составил в парижском социальном музее доклад на означенную тему. Система ювенальной юстиции разрабатывается в Польше с 1982 г., на Украине в 2005 году была разработана Концепция «Создание и развитие системы ювенальной юстиции Украины», ее сторонники активизировались и в России. Первый ювенальный суд в России проработал с января 1910 г. до 1918 г.

Главные аргументы сторонников: Дети - это самая незащищенная часть общества, самая несформированная. И вторгаться в эту сферу общими методами нельзя.

Необходимо создание ювенальных судов, которые будут заниматься не только делами с участием несовершеннолетних подозреваемых,

но и защищать права детей. Нужно, чтобы с неблагополучными семьями велась обстоятельная исправляющая работа.

Главные аргументы противников: Предлагаемые проекты противоречат конституционным основам.

Создание ювенальных судов, которые принимают на себя функции воспитательных, контролирующих и правоохранительных органов, ведет к смешению органов судебной и исполнительной власти, нарушается конституционный принцип разделений властей.

Ювенальная юстиция сводит на нет принцип независимости семьи, разрушает авторитет родителей, направлена на разрушение традиционных семейных ценностей.

Основным элементом системы ювенальной юстиции является ювенальный суд, рассматривающий уголовные, гражданские и административные дела, одной из сторон которых является несовершеннолетний. К основным задачам ювенальных судов относятся защита детей и их реабилитация.

Норма Конституции, провозгласившая общепризнанные международные принципы и нормы частью нашей правовой системы, позволяет нам применять Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила), Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для предупреждения преступности среди несовершеннолетних 1990г. (Эр-Риядские Руководящие принципы), Конвенцию ООН о правах ребенка и иные правовые документы прямого действия.

I. практика применения Ювенальной юстиции в европейских странах

1. Введение обязательного сексуального просвещения в школе с первого класса. Во Франции, например, в своем просвещении уже дошли до обсуждения порнографии на школьных уроках.
2. Введение системы органов по защите прав детей с правом отбирать любого ребенка из любой семьи в случае нарушения его прав и осуществлять контроль их соблюдения. При этом ущемлением прав считаются самые нормальные, в рамках наших традиций, случаи:

- наказать за проступок: шлёпнуть, поставить в угол, повысить голос, настоять на исполнении тех или иных действий;
- «навязывание» определённого мировоззрения или воспитание в традициях религии;
- нарушением прав считается ограничение в просмотре телевизора, интернета, вообще любое ограничение в доступе к средствам массовой

¹ Магистрант Юридического Факультета Бакинского Государственного Университета, Азербайджанская Республика.

информации и развлечениям, в том числе, к негативным (порнография, насилие и т.п.);

- ограничения в выборе круга общения и сферы интересов;
- ограничение или «навязывание» отношения к алкоголю, наркотикам, половым связям;
- родители не имеют права настраивать ребёнка против сексуальных извращений;
- с определённого возраста ребёнок имеет право на осуществление аборт без ведома родителей;
- нарушением считается необеспечение достаточного, определённого ювенальным законодательством, уровня потребления;

3. При этом каждый ребёнок имеет доступ к ювенальным «защитникам» и может доносить на родителей, а с 14-ти лет подавать на них в суд. Поощряются доносы со стороны соседей, родственников, знакомых. В случае доноса приходят проверяющие, указывают родителям, что необходимо исправить (в воспитании, развитии, материальном обеспечении) и ставят семью под постоянный контроль. В случае неисполнения указанных мер ребёнок может быть отобран на законных основаниях и помещён в приют, отдан в патронатную семью или продан в семью за границу.

4. По новым законам подросток до 18-ти лет не может быть призван к уголовной ответственности ни за какие преступления (убийство, насилие, распространение наркотиков, распространение порнографии).

Если отказаться от юридических тонкостей, то все их можно свести к нескольким ключевым моментам:

1. Ваш ребенок теперь может пожаловаться на вас в правоохранительные органы, если вы накричали на него, поругали и по его заявлению вас могут лишить родительских прав и забрать ребенка в детский дом. Представьте себе ситуацию, когда ваша 14-летняя дочь является домой в час ночи, вы начинаете проводить с ней профилактическую беседу, а дочка обращается в полицию и вас привлекают к ответственности. Или ваш 10-летний сын получает на уроке очередную двойку, вы его ругаете, и он обращается в правозащитную организацию, и вас лишают родительских прав.

2. Пожаловаться на жестокое обращение с ребенком на вас могут ваши соседи, коллеги по работе, просто ваши недоброжелатели, которые позвонят в инспекцию по делам несовершеннолетних и скажут, что вы избиваете своего ребенка. Правоохранители явятся к вам домой для проверки сигнала, будут исследовать ваши материально-бытовые условия, и в случае, если им что-то не понравится, могут отобрать у вас ребенка и отдать его в государственное воспитательное учреждение.

Здесь открывается масса возможностей для коррупции, злоупотреблений, взяточничества, политического давления на неугодных режиму людей.

3. Несовершеннолетние, совершившие преступления, теперь из преступников превращаются в правонарушителей, что фактически приводит к их полной безнаказанности. В условиях нарастающего кризиса, безденежья родителей, города могут заполниться бандами, которые безнаказанно будут грабить и убивать прохожих, Запад по сравнению с такой перспективой покажется нам раем. Представьте себе стаю 13-14-летних подростков, напившихся пива, накурившихся, у которых нет никаких моральных принципов, отсутствует воспитание и социальные навыки, и представьте, что вы оказались у них на пути ночью, в темном переулке. Сейчас их от убийства еще сдерживает возможность наказания, в будущем такого тормоза уже не будет. Все эти явления могут усугубиться и привести к неконтролируемому росту подростковой преступности.

Согласно ювенальной юстиции, причины, по которым можно изымать ребёнка из семьи:

- бедность;
- малая жилплощадь;
- ребенку не были своевременно сделаны прививки;
- жилье в аварийном состоянии;
- квартира требует ремонта;
- квартира ремонтируется;
- наличие в доме домашних животных;
- в холодильнике недостаточно фруктов и овощей;
- несвоевременное прохождение врачей в детской поликлинике;
- на полу разбросаны игрушки и мусор;
- отсутствие детских игрушек в достаточном количестве;
- ребенок выполняет домашнюю работу, как-то: моет посуду, моет полы, стирает;
- ребенок не улыбается.

Согласно ювенальной юстиции, отныне вы не имеете права:

- Наказывать своего ребенка никаким образом, ни физически, ни морально;
- Оказывать психологическое давление, заставляя выполнять уроки, или работу по дому;
- Ограничивать его свободу, не отпуская на дискотеку, не позволяя употреблять спиртное или наркотики, лишать общения с противоположным полом, в какой бы форме оно не проходило;
- Ограничивать свободу доступа к информации, даже если эта ин-

формация порнографическая;

- Отказываться от прививок ребенку.

Согласно ювенальной юстиции отныне вы обязаны:

- Регулярно выдавать ребенку карманные деньги;

- Обеспечивать ребенка тем, что он пожелает, по первому его требованию и выполнять все его прихоти.

В Европе эта система приобретает абсурдные и нелепые формы. По абсолютно анонимным доносам, без каких-либо доказательств преступлений родителей и без учета мнения самого ребенка он изымается из абсолютно нормальных морально и материально благополучных семей, за не всегда совершенные противоправные действия, причем для лишения родительских прав даже не требуется доказательств. В то же время в реально неблагополучных семьях мало кто работает. Так же не менее абсурдны жалобы на родителей от детей, когда дети в 15-16 лет жалуются на то, что им приходится мыть посуду на кухне или что-либо другое делать по дому. Сейчас мы сталкиваемся с другой проблемой – ситуацией, когда дети становятся принудительными сиротами по каким – либо экономическим причинам.

Допустим, у родителей нет достаточных средств для содержания детей на должном уровне. Беда может случиться с каждым: закрыли завод, а другой работы в округе просто нет; прогорел бизнес, что в условиях кризиса – обычное дело; да просто заболел и временно потерял возможность трудиться... Не лучше ли вместо того, чтобы отбирать детей у таких родителей, просто оказать им материальную помощь из бюджета? В детдоме же на ребенка в любом случае расходуются государственные средства.

Одним из элементов ювенальной юстиции в классическом виде является обязательное требование предоставлять детям со стороны школ информацию сексуального характера. Ребенка могут забрать уже в том случае, если родители препятствуют получению вот этих т. н. «знаний». Более того, в странах Запада родителей, которые пытаются воспрепятствовать растлению детей под видом просвещения, могут лишить родительских прав (как, например, в случае немецкой школьницы Мелиссы Бусекрос, которую родители не пускали на уроки, где детям демонстрировались в качестве пропаганды здорового образа жизни и семейных ценностей видеозаписи. Девочку, несмотря на ее протест, изъяли из семьи, а когда она в приступе отчаяния попыталась покончить с собой, поместили в психиатрическую клинику). Кроме того, ювенальная юстиция подразумевает такое понятие, как насилие над детьми. В некоторых странах Евросоюза уже приняты законы, запрещающие любое телесное наказание, к которым относят в том числе

шлепок или постановку ребенка в угол. Практически все нетелесные наказания трактуются как психическое насилие. В Англии, например, родители не могут в наказание лишить детей карманных денег, поскольку законом предусмотрена некая сумма, которую они должны давать детям независимо от их поведения.

Ювенальная юстиция провозглашает принцип приоритетности прав ребенка. На практике это означает, что дети могут подавать на родителей в суд. А суд встает на защиту ребенка и старается оградить его от родителей-правонарушителей. Не так давно на русском языке вышла книга «Пастернак против Нидерландов». Автор — Григорий Пастернак, ныне живущий в Голландии. Его дочь-подросток начала прогуливать школу, требовать денег на развлечения и наряды, скандалить. При этом она жаловалась на родителей в службы защиты прав ребенка. Девочку забрали в приют, а отца лишили родительских прав за то, что он однажды стер косметику с ее лица. Пастернак дошел до Страсбургского суда, однако приговор остался в силе. Если родители попадают в поле зрения ювенальной юстиции, то, как правило, они обычно выступают в роли обвиняемых. Доказать свою правоту в большинстве случаев им не удается.

Сам принцип ювенальной юстиции, когда детей побуждают жаловаться на взрослых, когда вводят простейшие номера телефонов, по которым может позвонить даже малое дитя, а в школах устанавливают ящики для детских доносов, настраивает на своеволие и предательство. Выставляя родителей главными врагами собственных детей, ювенальная юстиция значительно расширяет права организаций, занимающихся защитой детских прав. Представители ювенальных служб могут без предупреждения явиться с проверкой в любую семью и, придравшись к чему-нибудь, отнять детей.

Лоббисты ювенальной юстиции говорят о необходимости упразднения детских домов и о повсеместном внедрении так называемых «фостерных» семей, неких «профессиональных родителей», которые получают за каждого ребенка немалые деньги. В западных странах в ведении таких профессионалов может находиться одновременно целый детский отряд. Очевидно, что когда опека над детьми запахнет деньгами, контингент приемных родителей существенно поменяется. Судьи порой даже не видят детей, которых собираются отобрать у родителей, а выносят решение на основании рапортов сотрудников ювенальных служб. Во многих странах люди нетрадиционной ориентации получили право усыновлять детей и брать их под опеку. При этом скандалы, связанные с педофилией, старательно замалчиваются. Мало того, против тех, кто пытается поднять шум, нередко фабрикуют уголовные дела.

В распространении ювенальной юстиции на территории стран бывшего СНГ чрезвычайно заинтересованы иностранные и международные организации, такие как ЮНИСЕФ, ЮНЕСКО, Департамент международного развития Великобритании (DFID), международная правозащитная организация HumanRightsWatch, американские, канадские, французские правозащитные организации. Они не скупятся на средства и пытаются оказывать политическое давление на власть, требуя соблюдения Конвенции о правах ребенка и укрепления демократии.

Представители ювенальных служб могут без предупреждения явиться с проверкой в любую семью и, придравшись к чему-нибудь, отнять детей. Широко известна история актрисы Натальи Захаровой, у которой французский ювенальный суд 11 лет назад отобрал трехлетнюю дочь, обвинив в «захватнической, удушающей материнской любви». Несмотря на все усилия Натальи, девочка до сих пор скитается по приютам, а в последние полгода ее местонахождение вообще неизвестно матери.

В 2000 году французское правительство под давлением профессионалов, забивших тревогу, обратилось к генеральному инспектору по социальным делам Пьеру Навесу и генеральному инспектору юридического отдела Брюно Катала с просьбой представить доклад о положении дел в судах по делам несовершеннолетних и социальных службах о разлучении детей с родителями. Доклад получился шокирующим. «Колоссальное количество детей отнято у родителей и помещено в приюты и приемные семьи. Судьи и сотрудники социальных служб постоянно нарушают закон. Между законом и практикой его применения огромная разница. В одном и том же суде практика одного судьи отличается от практики другого. Нет качественного контроля системы защиты детей и семьи. Никакого уважения к семье, никакой заботы о ней ювенальная юстиция не проявляет. Прокуратура не может вести наблюдение за всеми делами, так как их слишком много. Социальные работники и судьи имеют полную, безграничную власть над судьбой ребенка. Сотрудники социальных служб часто отнимали детей по анонимным телефонным звонкам. Якобы кто-то им позвонил и сказал, что та или иная семья в опасности.

А вот что пишет о ювенальной системе США проживающая там психолог Арина Липкина: «Чаще всего американские семьи сталкиваются с этой системой после того, как на них подают жалобы. Поводом для обращения в «органы» может быть как серьезный проступок, так и досадная оплошность родителей. Например, соседи могут позвонить в полицию и сообщить, что малолетний ребенок оставлен дома один, без

присмотра. Либо учительница расскажет о том, что родители одной из ее учениц не обеспечивают девочке достойных условий проживания. Скажем, не выделяют свой «учебный кабинет». Или воспитательница пожалуется на отца своего воспитанника, заметив на теле малыша синяки или царапины. Все эти действия родителей именуются в Америке «плохим обращением с ребенком». Формально плохое обращение — это любое действие или бездействие взрослого, которое приводит к риску для жизни и здоровья ребенка. Сюда же можно отнести и «эксплуатацию» детей, например, принуждение к домашним работам. И даже причинение эмоционального ущерба при выговоре за плохую отметку. Словом, в Америке можно найти массу поводов для вторжения государства в семейные отношения. И каждый родитель знает: любой неосторожный, «непедагогичный» шаг может повлечь за собой массу неприятностей».¹

Навязываемая нам ювенальная система предусматривает введение повсеместнодолжности «уполномоченных по правам ребёнка», собирающих доносы детишек, «обиженных» на родителей и учителей за «нарушение прав ребёнка». Теперь проталкивающие ювеналку люди, или скорее нелюди, решили влезть и в наши семьи и школы, поучая нас, как воспитывать наших детей. Они говорят нам, что ювеналка делается ради защиты детей от садистов и педофилов. Демонстрируют страшную статистику убитых извергами детей. Но при этом упорно молчат, что до 70% таких преступлений совершается лицами «нетрадиционной ориентации», права которых они же всегда защищают. Уверяют, что существующая система защиты детей не работает. Но предлагают не сделать её работающей, а построить ещё одну, новую систему, которая на Западе уже давно есть, и тоже не работает!²

Только не надо думать, что влезать в семьи будут исключительно к многодетным пьяницам и родителям-садистам, бьющим и насилующим детей! В той же Франции «ювеналы» уже отобрали сотни тысяч детей, причём их жертвами становятся семьи любой религии, любого социального положения и любого достатка. Ни связи, ни деньги не в состоянии их остановить. Более совершенную систему шантажа и вымогательства денег у родителей, не желающих лишиться детей, чем «ювенальная юстиция», придумать сложно. Причём бороться с этим злом уже «после...» или куда-то жаловаться, тоже сложно: ведь и у следователя, и у прокурора, и у судьи тоже есть дети, которых можно отнять, например, по доносу соседей.

¹ <http://analysisclub.ru/index.php?page=schiller&art=2733>

² http://genocid.net/news_content.php?id=174

Система ювенальной юстиции – это инструмент репрессий. Опыт проживающих в Финляндии женщин и детей показывает, что ювенальная юстиция представляет собой одно из главных орудий фашистизации общества и уничтожения семьи как основного института общественной жизни. Кроме того, ювенальная юстиция – это оружие в руках атеистов, используемое ими для новых гонений на христианство. Наглядным примером этого являются притеснения, которым подвергаются православные христиане в Финляндии. Одной из жертв этих преследований стала, например, Римма Салонен.

Организованная финскими СМИ агрессивная травля Риммы Салонен была частью антихристианской кампании, направленной против Русской православной церкви. Истинная причина того, почему Антон Салонен изолирован от своей матери, заключается в том, что этот мальчик, во-первых, русский, и, во-вторых – православный. Факт того, что Римма Салонен уехала в Россию вместе с собственным ребенком, который родился уже после ее развода, стал поводом для организации показательного судебного процесса и предложением для обвинения в серьезном преступлении. Согласно официальной версии финской полиции, ребенок был похищен и увезен в Россию не Риммой Салонен, а Русской православной церковью. Мы можем привести также в пример другую русскую мать, Анну Куусисто, у которой органы репрессии отобрали четверых детей, потому что семья соблюдала пост и дети вместе с матерью посещали ночные церковные службы. Финский закон о так называемом «похищении детей» на практике оказывается инструментом репрессий, применяемым к иностранцам. Так как согласно законодательству Финляндии никакого письменного разрешения для вывоза ребенка за границу не требуется, практически, кого угодно можно сделать преступником на основании того, что родитель отправился путешествовать за границу вместе с собственным ребенком. История Риммы и Антона Салонен хорошо известна: идет работа по «дерусификации» несовершеннолетнего гражданина России Антона Салонена. Ему запрещено разговаривать на родном русском языке, ему запрещено молиться, ему запрещено носить нательный крест. Все эти запрещения вынесены официально. В течение месяца мальчика прятали в петербургском консульстве Финляндии, а затем нелегально вывезли его в Финляндию в багажнике дипломатического автомобиля.

Истинным героем системы финской ювенальной юстиции стал школьник по имени Пекка-Эрик Аувинен. Он был образцовым учеником, и его родители никогда не замечали в нем ничего странного. В начале ноября 2007 года, в школе города Йокела, неподалеку от Хельсинки, восемнадцатилетний Пекка-Эрик застрелил девять человек, в том

числе и ректора школы. После чего застрелился. Все убийства были совершены им совершенно хладнокровно. Он был образцовым учеником, и никто никогда не заподозрил бы его ни в чем подобном. Накануне своего геноцида Аувинен разместил в Интернете философский манифест, в котором объявил о том, что ненавидит людей и общество. Менее чем год спустя, осенью 2008 года двадцатидвухлетний студент Матти ЮханиСаари застрелил в своем училище одиннадцать человек. Саари устроил настоящий Холокост, поскольку сначала он убил своих товарищей, а потом поджег их.

Как и в любой другой политической репрессивной организации, главным правилом функционирования ювенальной юстиции становится секретность: все материалы являются совершенно секретными, и доступ к ним невозможен якобы в интересах ребенка. Когда в Финляндии было начато расследование дела Роберта Рантала, то выяснилось, что начальник социальных служб города Турку был абсолютно не в курсе происходящих событий, поскольку у него не было права доступа к секретной информации.

Ювенальная юстиция – это путь к разрушению семьи, развалу образования, расцвету коррупции, разгулу преступности. Введение ювенальной юстиции можно смело рассматривать, как один из самых грязных и подлых способов геноцида народов!

Сама по себе “удушающая родительская любовь” уже может служить полным основанием для отъема у вас ребенка! При этом вместо права иметь семью, ребенку будут внушаться преимущества прав с детства заниматься сексом, употреблять наркотики, безнаказанно преступать закон (ювенальная юстиция запрещает наказание до 18 лет, безнаказанно совершая детскими руками чудовищные преступления).

Опыт актрисы Натальи Захаровой, близко познакомившейся с этой системой во Франции, показывает, что замалчивание подробностей в данном случае вполне оправдано. Но сперва напомним историю самой Натальи. В начале 90-х гг. она вышла замуж за француза, уехала в Париж и родила дочь. Однако жизнь не сложилась, так как супруг жестоко обращался с девочкой и употреблял наркотики. После развода, по решению суда по семейным делам, Маша осталась с мамой, и если бы дело происходило в России, так продолжалось бы и по сей день. Но во Франции существует еще и ювенальный суд. Когда Маше было 3 года, ее, по просьбе бывшего мужа, насильно разлучили с мамой, отдали в приют, а затем в приемную семью. И вот уже более 10 лет Наталья не может вернуть дочь. Причем, это женщина редкой целеустремленности. Она 18 раз лично встречалась с Николя Саркози, нынешним президентом Франции, по делу своей дочери. Когда господин Ширак, будучи

президентом Франции, приезжал в Россию, вопрос о возвращении Маши поднимался в беседе с В.В.Путиным. Патриарх Алексий II обратился к Кардиналу Франции (а во время своего недавнего визита во Францию еще и к Николя Саркози) с просьбой помочь воссоединению семьи. Но проблема до сих пор не решена, потому что ювенальная юстиция - это государство в государстве.

II. Ювенальная юстиция в Азербайджане.

Азербайджан в 1992 году ратифицировал Конвенцию о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. Согласно пункту 1 ст. 44 конвенции, Азербайджан представил 3 доклада о положении прав ребенка в АР. На сегодня в Республике в сфере защиты прав ребенка приняты десятки законодательных актов, основной из них - закон Азербайджанской Республики "О правах ребенка", принятый 19 мая 1998 года. У юристов и ученых существует разный подход к вопросу привлечения к ответственности детей и подростков.

Одна часть считает, что если закон будет применен в отношении детей-подростков, совершивших преступление, то это даст положительный результат. Другая часть, наоборот, считает, что это может способствовать совершению преступления подростками в дальнейшем, отрицательно скажется на формировании их личности и психологии.

Сегодня в Азербайджане нет необходимости создания ювенальных судов, поскольку детская преступность в стране не является злободневной проблемой. Тем не менее, уже сейчас в Азербайджане зарождается практика специализации судей на ювенальной юстиции. В стране в вопросе привлечения детей к уголовной ответственности должны учитываться и национальные особенности. Семья находится под опекой государства. Материнство, отцовство, детство охраняются законом. Государство оказывает помощь многодетным семьям. Азербайджанская Республика обязана оказать поддержку гражданам Азербайджанской Республики в получении и постоянном пользовании благоустроенным жилым помещением, заботиться об улучшении положения и социальной защите групп населения, находящихся в наиболее неблагоприятных условиях, стремясь обеспечить им уровень жизни. В Семейном Кодексе Азербайджанской Республики 2000 г. указывается о создании семьи на основе общечеловеческих принципов; воспитании детей в семье в органической связи с общественным воспитанием; всесторонней защите интересов матерей и детей и обеспечение счастливой жизни каждого ребенка; воспитании в детях чувства ответственности перед семьей и обществом.

С точки зрения воспитания детей, формирования их личности это является актуальной проблемой. В будущем, при принятии закона, связанного с ювенальной юстицией, к этому вопросу надо будет подойти очень осторожно. Надо будет изучить причину преступления, совершенного детьми, и статистику этих преступлений. Мы не должны спешить привлекать детей к ответственности.

В настоящее время в Азербайджане более 30 детей-подростков отбывают наказание в детских исправительных учреждениях. Нужно провести свои исследования на своих гражданах - не один год их проводить, а двадцать! Чтобы достоверно (хотя бы на 80%) знать, что тот или иной принимаемый закон приживется нормально. Нельзя копировать модель чужого общества и натягивать ее на свое. Как гласит пословица: что русскому хорошо, то немцу смерть. Европа насаждает свои порядки у нас ради своей безопасности. Но мы-то что от этого выиграем? Потеряем свое лицо, свою уникальность, свои традиции. В наших традициях - уважать старших. А о каком уважении может идти речь, если по звонку десятилетнего злые дядьки в погонах посадят его отца в тюрьму?

III. Ювенальная юстиция в России.

В последнее время началась шумная компания по введению ювенальной юстиции и в России. Её активисты уверяют, что принятие специального "ювенального" законодательства и создание органов, наделённых чрезвычайными полномочиями в этой области, — единственная возможность предотвратить случаи насилия над детьми в семьях, которые, по их словам, приобрели небывалый размах и стали едва ли не самой острой проблемой нашего общества. Противников же "ювенальной юстиции" пытаются представить в виде фанатиков — мракобесов, противников гуманного отношения к детям в семье.

Все это звучит вполне правдоподобно, но, во-первых, по данным полицейской статистики, никакого увеличения числа преступлений, совершаемых в семьях, против детей, за последние годы нет. А во-вторых, почему бы не взяться в первую очередь за решение проблемы сирот и беспризорников, которых в России то ли сотни тысяч, то ли миллионы — даже более-менее точное количество их неизвестно? А проблема подростковой преступности, наркомании, алкоголизма? Выступившая на слушаниях известный психолог и публицист Ирина Медведева сказала, что ювенальная юстиция совершенно не нужна, так как в действующем законодательстве России уже есть всё необходимое, чтобы обуздать родителей — извергов. Она обратила внимание на то,

что закон о ювенальной юстиции ещё не принят, а уже действует "ювенальный" репрессивный аппарат и уже есть жертвы. Успехи "ювенальщиков", по мнению Ирины Медведевой, вызваны полной неосведомлённостью общества об этом явлении. Кроме того, Ирина Медведева предупредила собравшихся, что негласное продвижение программ "сексуального просвещения" в школах России продолжается.

По мнению сопредседателя общественного движения "Народный Собор" Владимира Хомякова, сторонники ювенальной юстиции в России признают, что опыт её применения на Западе отвратительный, но другого опыта, говорят они, нет. Это ложь. Серьёзная система защиты детства была не только в советское время, но и дореволюционной России, и именно этот опыт и необходимо в первую очередь использовать.

Юрист О.Ю. Леткова предложила свою точку зрения в этом вопросе, основывая свою деятельность на принципах и практике защиты прав несовершеннолетних. На основании её слов складывалась следующая картина. Действующий в России "Семейный кодекс" защищает семью и право родителей на воспитание. Дети могут быть изъяты из семьи только по решению суда, в строго оговоренных законом случаях, делающих невозможными их пребывание в семье. В виде исключения, в случаях непосредственной угрозы жизни и нравственному здоровью ребёнка, возможно их изъятие из семьи по решению местного органа самоуправления с обязательным последующим подтверждением этого в суде.

Даже сейчас родители совершенно беззащитны в случае навязывания школой плохих, непрофессиональных, аморальных и вредных для психического здоровья детей учебников. Об одном таком случае рассказала СМИ Наталья Кокурина из подмосковного г. Фрязино. Её дочь в школе заставили изучать английский язык по учебнику, написанному под эгидой британского консульства, в котором не было никаких текстов из английских классиков, но зато в изобилии были ведьмы, вурдалаки, шприцы, скелеты, а по содержанию учебник зачастую напоминал «молодёжные» журналы. Но на защиту учебника выступила начальник РОНО, и дочери Н. Кокуриной пришлось уйти из школы, сейчас она учится дома. Пока это ещё возможно, но завтра, после принятия "ювенальных законов", – вряд ли.

В Конституции Российская Федерация провозглашена социальным государством, то есть государство обязано помочь в трудоустройстве родителям. А ювенальные органы, которые по факту уже существуют, вместо этого у безработных родителей отнимают детей. Более того, речь идёт о том, что за отнятых у безработных детей они ещё должны платить государству алименты. При этом изъятые из семьи дети содер-

жатся в так называемых социально-реабилитационных центрах, то есть детских домах, в условиях ограниченной свободы. Там они, как в тюрьме, перемещаются строем, им запрещены звонки родственникам. Дети оказываются в криминальной среде, поэтому они совершают похищения, попытки самоубийства и т. д.

В феврале 2010 года чиновники отдела опеки и попечительства Дзержинской администрации, комиссии по делам несовершеннолетних местного УВД и Департамента социальной защиты изъяли детей у многодетной семьи Пчелинцевых. Супруги вели абсолютно нормальный, трезвый и здоровый, образ жизни, и оказались виноваты только в том, что доходы семьи на тот момент составляли всего 11 тысяч рублей. Отнимая детей, чиновники цинично бросили отца семейства, Сергею Пчелинцеву: «У вас тут чисто, но слишком бедно». Семье тогда помогли всем миром, и детей все-таки вернули.

В марте 2011 года похожая история приключилась с 21-летней Евгенией Шохиной, матерью 3-летнего Матвея и полуторагодовалых близнецов Маши и Даши. Инспекторы забрали детей после того, как обнаружили, что в квартире Шохиных не сделан ремонт, горячей воды нет вообще, а мебели – почти. В больнице города Дзержинска малыши пробыли около трех недель и вернулись к родителям только после того, как об истории стало известно всему городу и абсолютно посторонние люди начали собирать деньги и вещи для обездоленной семьи. Сбор вещей и денег в Интернете тогда организовал как раз Сергей Пчелинцев.

Еще один случай отъема ребенка из-за бедности его родителей произошел в городе Кстово Нижегородской области. 20-летняя Ирина Демидова оказалась в трудной жизненной ситуации. Ее родители проживали в Лукояновском районе и злоупотребляли спиртным. Жить с ними молодая мама не захотела. В Кстово она проживала на квартире у своих знакомых. В этой же квартире вместе с ней жил и ее двухлетний сын Саша. Но местные чиновники решили, что мать, у которой нет собственного жилья и стабильной работы, не имеет права воспитывать собственного ребенка. Мальчика поместили в детскую больницу. Вернули его матери только после вмешательства общественных организаций и уполномоченного по правам ребенка.

«Тамбовское дело»: органы опеки пытались изъять ребенка на основании того, что первые два месяца, пока мать кормила его грудью, он недобирал веса, и поместили его в больницу.

«Ясеновское дело»: не дождавшись своей восьмилетней дочери после уроков, мать изумленно узнала от педагогов, что девочка «обнабужена» в школе «безнадзорной» и «беспризорной» органами опеки и

попечительства, в связи с чем отправлена в приют. Вернуть её смогли лишь через несколько месяцев; суды идут до сих пор.

«Питерское дело»: шестилетнюю девочку забрали в детдом по «свидетельству» опеки, что в день их визита девочка была грязная и неухоженная (хотя в этот день она вообще была с отцом на море), и «свидетельству» с работы матери, что та пьёт, хотя её начальница категорически утверждает обратное.

Детей изъяли из семьи и отправили в интернат, маму – сочли опасной для общества и присудили два года исправительных работ. Из социального жилья её выписали, а муж, прописанный по другому адресу, и вовсе остался при своих интересах. Но, к счастью, не сдался, что и сделало всю историю достоянием общественности.

В России с каждым годом увеличивается количество убийств детей – аборт; увеличивается количество разводов и разрушений семей и браков. Это первоначальная составляющая угасания этноса и геноцид народа (узаконенный геноцид, чтобы родить человека нужно платить, а чтобы убить – бесплатно). Но вместо того, чтобы направить силы на прекращения детоубийства – несколько миллионов в год, в стране пытаются ввести некую «силу», которая будет и в дальнейшем способствовать разрушению семей и браков, увеличению количества сирот и беспризорных детей при живых родителях! Но ещё, что не маловажно, здесь создаётся прецедент к раздору между родителями и детьми, а несовершеннолетние дети – ставятся выше родителей.

Вводится система «стукачества» детей на родителей, сбора компромата на родителей. А движущим фактором в этом будут «использоваться» не кто иной, как малые дети, которые никак не могут ещё сами себя защитить или заметить хитрость или подлость со стороны врагов. Не зря в Конституции России сказано: «Статья 60, Гражданин Российской Федерации может самостоятельно осуществлять в полном объеме свои права и обязанности с 18 лет». А до этого момента он находится под крылом и заботой родителей, против которых его будут «направлять» и шантажировать «ювенальные проходимцы», что противоречит вышеуказанной статье Конституции РФ.

С 2001 году в Ростовской области был запущен пилотный проект «Поддержка осуществления правосудия в отношении несовершеннолетних», направленный на внедрение в судах общей юрисдикции международно-правовых стандартов ювенальной юстиции. В результате в марте 2004 году в Таганроге был открыт первый в России ювенальный суд. По существу широко рекламируемый опыт свелся пока к введению специальных судей для несовершеннолетних. Наиболее ха-

рактерным для работы суда явилось активное привлечение к участию в судебных заседаниях детей.

IV. Ювенальная юстиция в Украине.

Сегодня у нарушившего закон подростка в Украине два пути. Первый – колония, куда легко можно отправиться на несколько лет даже за кражу еды. Второй – остаться безнаказанным. Сторонники ювенальной юстиции настаивают на третьем пути – перевоспитании. Основной принцип действий - забрать ребенка из семьи, а потом разбираться. Поводом может послужить анонимный сигнал соседей или учителей, жалоба ребенка на родителей, отказ от прививок, протокол агентов ювенальной юстиции о посещении вашего дома (не впустить которых вы не имеете права). Набор продуктов в вашем холодильнике, ваш внешний вид, синяки на теле ребенка, жилье, требующее ремонта или находящееся в ремонте, разбросанные игрушки, - вот немногие из причин, по которым дети забираются из семьи.

На возвращение ребенка могут уйти месяцы и годы, в течение которых ребенок живет в детдоме или в "параллельной семье". Отменить постановление ювенального суда может только Страсбургский суд (Европейский суд по правам человека).

Главным образом, преступления совершаются детьми, злоупотребляющими спиртным, сигаретами, наркотиками. Опять же, виной тому, что у детей появляются все эти "развлечения" – недисциплинированность родителей и неорганизованность следящих за распространением среди молодёжи сигарет, алкоголя и наркотиков служб.

Правительство Украины подписало ряд Европейских соглашений, в которые входит и обязательство о внедрении ювенальной юстиции. Создание системы ювенальной юстиции было прописано в пункте 4.9. законопроекта «Об общегосударственной программе «Национальный план действий по реализации Конвенции ООН о правах ребенка» на период до 2016 года», разработанного для выполнения Указа Президента Украины от 11.07.2005 года «О первоочередных мероприятиях по защите прав детей». Был принят приказ от 16.03.2010 Министерства юстиции о введении ювенальной юстиции на Украине.

Можно назвать следующие примеры о результатах деятельности ювенальной юстиции в Украине:

15 сентября 2010 в Полтавской обл., в Лохвицком районе молодая женщина бросилась под поезд вечером того же дня, когда у неё отобрали двоих детей. У Юлии Матяш сначала забрали старшего 7-ми летнего Максима. Сразу же Юлия пошла за ним в социальную службу, взяла с

собою младшую дочь (она никогда не оставляла детей одних дома). Когда она вошла в кабинет, на неё сразу набросились и стали отнимать полуторагодовалую дочь. Она хотела вырваться и убежать, но ей стали угрожать, что если не отдаст ребёнка, то приедут и заберут с нарядом полиции. Чтобы не напугать и не поранить ребёнка, отдала дочь. Документов ей не дали. Вышла из социальной службы без детей.

Целый день она просидела дома одна. Около одиннадцати она вышла из дома и, подойдя к железнодорожным путям, она увидела поезд и бросилась под локомотив.

Этот случай самоубийства матери не единственный в Лохвицком районе. До этого ещё две матери добровольно ушли из жизни после того, как социальная служба отобрала у них детей. Заметьте, матери, не пьющие и не наркоманки. Одна из них просила: «Не забирайте у меня детей - я покончу жизнь самоубийством!». После того, как забрали, - повесилась.

V. Ювенальная юстиция в Грузии.

В Грузии наблюдается аналогичная ситуация. На одном из веб-сайтов мне встретилась такая статья:

«Тюрьмы Грузии заполнены до отказа, и страна пытается удержать несовершеннолетних правонарушителей от тюрьмы с помощью программы, ставящей во главе угла своей ювенальной юстиции воспитательную составляющую. Грузия по отношению к преступности способствовала сокращению уровня преступности в стране, попутно приведя к тому, что места лишения свободы в Республике оказались заполнены почти на 100 процентов. Согласно статистическим данным Королевского колледжа лондонского Международного центра тюремных исследований, за период с 2004 по 2010 гг. численность заключенных в стране выросла почти вчетверо и достигла 23800 человек. В 2009 году лишь небольшая часть зарегистрированных в стране преступлений, а именно полтора процента (768 преступлений), были совершены правонарушителями моложе 18 лет. Представитель министерства юстиции Грузии АндроГигаури уверен, что тактика незаключения под стражу будет способствовать сдерживанию подростковой преступности. Высокопоставленный чиновник министерства разработал пилотную программу "Под руководством старшего товарища", в рамках которой 13 имеющих судимости несовершеннолетних прикрепляются к одному из профессиональных взрослых наставников. Эта инициатива опирается на опыт работы таких американских наставнических программ как PartnersMentoringYouth и BigBrothersBig Sisters ofAmerica. По имею-

щимся наблюдениям, подростки, участвовавшие в подобных программах в США, менее склонны употреблять наркотики, алкоголь и участвовать в действиях насильственного характера, более склонны регулярно посещать школу.

В стране предпринимаются и другие попытки либерализовать систему правосудия в отношении несовершеннолетних. Существует программа, предусматривающая работу по социальной адаптации жертв насилия. Кроме того, в стране пересматривается стратегия работы всей системы юстиции в отношении несовершеннолетних.

В этой связи один правозащитник полагает, что программа "Старший товарищ" обладает значительным потенциалом и в других проблемных областях, связанных с жизнью грузинских подростков. Чтобы дело продвинулось вперед, необходимо подключение к работе и других государственных агентств, занимающихся неблагополучными подростками, говорит руководитель Центра прав детей и женщин при аппарате омбудсмена Грузии АнаАрганашвили. Так, к работе уже начали подключаться агентства, занимающиеся борьбой с торговлей людьми и домашним насилием.

"Грузия, возможно, не располагает средствами для реализации подобных программ в более широком масштабе, но если правительство сделает ювенальную юстицию одним из своих приоритетов, то международные доноры могут оказать помощь в реализации этих инициатив", – подчеркивает АнаАрганашвили.¹

Многие высокопоставленные лица уже согласны с этими программами на пути введения ювенальной юстиции. Как уже было отмечено выше, государство ничуть не учитывает интересы общества, ведет свою политику, опираясь на Запад, что влечет ослабление и, порой, потерю традиционных семейных устоев. Запад же, наоборот, заинтересован во внедрении «ювеналки» в Грузии, готов любыми способами изменить жизнь в регионе, и даже спонсировать власть для продвижения этой системы вглубь страны.

Канцлер Германии Ангела Меркель предложила ужесточить наказания для малолетних преступников. Интересно, что ужесточила наказания для малолетних преступников даже Грузия, снизив возраст уголовную ответственности с 14 до 12 лет.

¹ <http://russian.eurasianet.org/node/58630>

Выводы

В настоящее время интересы семьи и детей представляют-защищают множество государственных и общественных структур: суды, Министерство образования, Министерство здравоохранения и социального развития, Министерство внутренних дел, органы опеки и попечительства, детские комнаты милиции, школы, комитеты и комиссии, общественные правозащитные организации.

Само понятие 'ювенальная юстиция' есть без сомнений плод западного образа мышления, построенного на расчленении всего и вся. Как можно отделить защиту семьи от защиты детей? А разве не надо защищать матерей? Необходима полноценная семейная политика, направленная на укрепление семьи, создание здоровых семей и условий, снижающих количество разводов. Что же касается государственной семейной политики, я предлагаю с участием родительских объединений и организаций работать над определенной программой в области защиты прав несовершеннолетних, насытить ее содержанием, учитывающим интересы семей, в т.ч. многодетных, и, доработав, совместными усилиями воплощать ее в жизнь. И таким образом:

1. Предлагаемая модель защиты прав несовершеннолетних ведёт к уничтожению института семьи, разрушению взаимоотношений между детьми и родителями.

2. Ювенальная система, в существующем виде, противоречит конституционным принципам в вопросе защиты семьи, исключают родителей из системы воспитания, разрушают единую судебную и правоохранительную систему.

3. Предложения сторонников ювенальной юстиции не касаются коренных проблем законодательства в области улучшения положения детей, не решают вопросов защиты прав несовершеннолетних, а в целом ведут к разрушению традиционных семейных ценностей.

4. Проекты по ювенальной юстиции отрицательно воспринимаются обществом в целом.¹ Я полагаю, что насильственное внедрение ювенальной юстиции, вмешательство в дела семьи, в независимость семьи ведет к общественной нестабильности, не будет поддержано обществом.

¹ <http://neuch.org/interest/yuvenalnaya-yusticiya>

Гегенава Дмитрий¹



Правовая природа Конституционного суда, как специального органа конституционного контроля и его место среди высших органов власти

Введение

Конституционный контроль и связанные с ним вопросы - неизменно актуальная тема. Конституционные суды или же эквивалентные (соответствующие) им органы всегда попадают в поле зрения общества. Они во многом обуславливают сохранение стабильной политической погоды и здоровой конкуренции среди политических сил в государстве.

Несмотря на то, что пишется много трудов по вопросам конституционного контроля, в Восточной Европе всегда избегали беседы о правовой природе конституционного суда, стараясь передвинуть на задний план эту очень важную и ключевую тему. У данной проблемы, конечно, имеются свои субъективные и объективные причины, однако в конечном счете, факт остаётся фактом - вопрос лишен соответственного научно-теоретического исследования и обработки.

Цель этого труда - обозрение правовой природы Конституционного суда - специального органа конституционного контроля, проблематика, связанная с его определением, также проанализирование статуса конституционного суда и того положения, которое он занимает среди высших органов власти, а также его функции в классической концепции разделения власти.

I. Конституционный суд - специальный орган конституционного контроля

Конституционный контроль - это специфическое полномочие государственных органов, которое обеспечивает верховенство конституции в иерархии нормативных актов и её прямое воздействие на субъектов

¹ Студент Юридического Факультета Тбилисского государственного университета имени Ивана Джавахишвилиб Грузии.

публичных отношений.¹ По общепринятому правилу, полномочие государственных органов, исполняющих конституционный контроль, это проверка соответствия законов основному закону страны (конституции).² Однако, данная тема у каждого учёного имеет свою оценку и свое объяснение.³

Основа конституционного контроля, как одного из направлений государственной деятельности, проявляется в проверке законов, принятых парламентом,⁴ к которой, в скором времени, добавились нарушение конституции главой государства и ответственность за государственную измену.⁵

Создание конституционного контроля связывается с 1803 годом, решением высшего суда Соединённых штатов Америки (далее «США») по делу *Marbury v. Madison*,⁶ которым верховный суд создал прецедент осуществления конституционного контроля общими судами.⁷ Данное обстоятельство судья Маршал закрепил без всякой критики и сопротивления.⁸

Идея создания специального органа конституционного контроля принадлежит Кельзену. Он разделял позицию Маршала и считал, что Конституция - высшая норма, которая имеет преимущественную юридическую силу в отношении любого другого правового акта и она должна исполняться.⁹ Идеи Кельзена основывались на американском опыте и европейском мышлении. Ещё в XVIII веке абат Сиес выступал

за формирование конституционного контроля и за аннулирование всех тех законов, которые противоречили Конституции, поскольку, по его мнению, «Конституция или - сборник обязательных законов, или - ничего.»¹ По его же словам, «Если Конституция это сборник общеобязательных правил поведения, ставится вопрос - где же институт его защиты?...»²

Модель Кельзена, та же австрийская модель,³ подразумевала создание специального органа в виде системы общих судов, который обеспечил бы «конституционную защиту» против неконституционных законодательных действий.⁴ Централизованная система конституционного контроля Кельзена отличалась двумя основными характеристиками: 1. конституционный контроль должен осуществить независимый орган и 2. конституционный суд должен стать органом вне системы общих судов,⁵ при полном размежевании от судебной власти.⁶ Именно но таким специальным органом является конституционный суд, который действует совершенно независимо и осуществляет конституционный контроль.

Специальный орган является обособленным государственным органом, который создаётся и функционирует только для осуществления конституционного контроля.⁷

Конституционный суд относится к категории «могущественных» государственных институтов.⁸ Он обеспечивает верховенство и прямое действие Конституции по всей территории государства,⁹ он один из

¹ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 23

² Кахиани Г., Конституционный Контроль в Грузии, Тбилиси, 2011, 31

³ Там же, 32; см: Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998; Мелкадзе О., Конституционализм, Тбилиси, 2006

⁴ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 24

⁵ Там же, 154

⁶ По делу «Мэрбери против Медисона» верховный суд США определил, что если закон конгресса противоречит Конституции, суд может признать его неконституционным, после чего он дал самому себе полномочие определения соответствия законов с Конституцией. Здесь же нужно заметить одно обстоятельство, что в Конституции США вообще ничего не сказано об исполнении конституционного контроля судами. См: William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, 1 Cranch 137; 2 L. Ed. 60; 1803 U.S. LEXIS 352; Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 28; Кверенчиладзе Г., Правовая Защита Конституции и Модели Конституционной Юстиции (Некоторые Теоретические Вопросы), на правах рукописи, Тбилиси, 2011,1; Кахиани Г., Конституционный контроль в Грузии, Тбилиси, 2011, 54-55

⁷ Кахиани Г., Конституционный контроль в Грузии, Тбилиси, 2011, 55

⁸ Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 52

⁹ Там же, 56

¹ Там же, 54

² Кверенчиладзе Г., Правовая защита Конституции (Некоторые Теоретические Вопросы) журнал «Человек и Конституция», №3, 2006, 44; См: Pasquino P., Sieyes et l'invention de la Constitution en France, Paris, 1998, 193-196

³ Hausmaninger H., Judicial Referral of constitutional questions in Austria, Germany, and Russia, Tulane European & civil law forum, vol.12, 1997, 26

⁴ Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К. Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 58

⁵ Garlicki L., Constitutional courts versus supreme courts, International journal of constitutional law, Vol. 5, # 1, 2007, 44

⁶ Hausmaninger H., Judicial Referral of constitutional questions in Austria, Germany, and Russia, Tulane European & civil law forum, vol.12, 1997, 25

⁷ Кахиани Г., Конституционный контроль в Грузии, Тбилиси, 2011, 55

⁸ Сергеев Д. Н., Конституционное правосудие в России: политико-правовое исследование, Диссертация на соискание ученой степени кандидата политических наук (На правах рукописи), Москва, 2005, 19

⁹ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 82

способов правовой защиты Конституции.¹ Именно данное условие является одной из главных целей конституционного суда, что выходит из самого статуса Конституции. Конституция занимает особое место в правовой системе, выполняя ту роль, которую не может взять на себя ни один другой акт,² одновременно являясь философией, политикой, обществом и правом.³ Исходя из этого, ясно, на сколько важно соблюдение верховенства Конституции.

Решение конституционного суда⁴ принимается от имени государства, действует на всей территории государства, имеет общеобязательную правовую силу и может быть приодалено только принятием новой Конституции или путём введения в силу соответствующих изменений и дополнений.⁵

Конституционное правосудие - высшая форма конституционного контроля, как правило, имеющее репрессивный и обязательный характер. Оно может быть конкретным и абстрактным, как материальным, так и формальным.⁶

Такой высокий статус конституционного суда обуславливает животворный интерес к нему. Он обладает реальными конституционными рычагами воздействия: в случае действия любого из них, в государстве может измениться политическое и правовое положение, поскольку не существует рационального пути уклонения от соблюдения его решений, а также такое умаление его конституционного статуса, которое нанесет ущерб истинной сущности и назначению конституционного контроля.

II. Место конституционного суда среди высших органов власти

2.1. Классическая модель деления власти в свете современного права

Классическая модель разделения власти связана с именем Монтескье, который учёл мнения своих предшественников - учёных и юристов, в

том числе Гоббса, Локка и сформулировал основы той концепции, которая в дальнейшем нашла отражение в конституциях многих развитых стран. Именно мнения Монтескье и Локка положили основы Конституции США.¹

Монтескье считал недопустимым слияние исполнительной и законодательной власти в одном лице, тем более - передачу ему судебных полномочий.² Мнение Монтескье о том что, «Власть должна сдерживать власть»,³ лежит в основе теории разделения власти а, в дальнейшем, эта идея дополнилась Медисоновской системой сдержек и противовесов.⁴

По принципу разделения власти, три ветви власти (законодательная, исполнительная и судебная) имеют эксклюзивное полномочие: создать (законодательное), исполнить (исполнительное) и применить законы.⁵ Исходя из этого, принцип разделения власти возлагает на каждую ветвь власти свои функции и обязанности.⁶

Современные государства, которые претендующие на статус демократического и правового государства, признают и основываются на теории разделения власти. Конечно, в соответствии с эпохой эта теория изменилась, модифицировалась, что по-своему логично. Правда, появились такие государственные органы, которые по своей сущности не принадлежат ни к какой ветви, что конечно же не означает невозможность претворения этого принципа на практике.

Паунд говорит, «Принцип разделения власти с безупречной точностью ещё нигде не осуществлялся и те гипотетические пределы, которые проводятся между ветвями власти более исторические, чем - аналитические».⁷ Трудно не согласиться с этим постулатом, однако каждое государство само решает насколько безупречно оно использует этот принцип. Можно найти некие средние позиции, но в основных случаях, власть демократического и правового государства делится на три вет-

¹ Tamanaha B. Z., On the Rule of Law History, Politics, Theory, New York, 2004, 53-54

² Там же

³ Монтескье Ш. Л., Разум Законов, перевод с французского Д. Лабучидзе, Тбилиси, 1994, 181

⁴ System of Checks and Balances - система, разработанная Мэдисоном на основе теории Монтескье, по которой разные ветви власти должны сдерживать и балансировать друг друга. Без этой системы разделение власти не имеет смысла.

⁵ Pound R., Courts and Legislation, Science of Legal Method, Selected Essays of Various Authors, The Modern Legal Philosophy Series, Translated by Ernest Bruncken and Layton B. Register, with introductions by Henry N. Sheldon and John W. Salmond, New York, 1921, 204

⁶ Зоидзе Б., Конституционный Контроль и Порядок Ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007, 60

⁷ Там же

¹ Кверенчхладзе Г., Правовая защита Конституции (Некоторые Теоретические Вопросы) журнал «Человек и Конституция», №3, 2006, 39

² Barak A., Purposive Interpretation in Law, translated from Hebrew by Sari Bashi, Princeton, New Jersey, 2005, 371

³ Там же, 370

⁴ Эти решения значительно отличаются от решений других органов власти. См: Нишнанидзе Н., Для вопроса философского познания конституционной юстиции, журнал «Человек и Конституция», №2, 1997, 42

⁵ Там же

⁶ Там же, 28

ви,¹ а Конституция старается максимально регулировать их полномочия и отношения между ними, чтоб «власть реально сдерживала власть».

2.2. Взаимонаправление высших органов власти и конституционного суда

2.2.1. Ветви власти - цель системы сдержек и противовесов

К высшим органам государства относятся главные ведущие силы всех трех ветвей власти, которые на самом деле осуществляют главную сущность и назначение государства.

В каждой власти доминирует один, представляющий данную власть конкретный институт. Для законодательной власти - это парламент - высший представительный и законодательный орган, для исполнительной ветви - правительство, как коллегиальный орган или президент, смотря с какой моделью государственного правления имеем дело, а для судебной - верховный суд.

Очевидно и то каковы полномочия ветвей власти. Исходная точка их функций право и закон, на основе которых осуществляется рациональное перераспределение полномочий соответственно принципу разделения власти: законодательная - создаёт, исполнительная - исполняет, а судебная применяет (использует) закон.²

Каждая ветвь власти должна сдерживать и балансировать друг друга, что и осуществляется путем использования заранее вложенного в Конституцию механизма, однако необходимо существование нейтрального наблюдателя, который в случае противостояния между ветвями власти, разрешит спор или кризисную обстановку. В целом ряде моделей правления таким институтом является глава государства, стоящий за пределом трех ветвей власти, но и он не осуществляет реальную функцию «мирового судьи»: 1. Он - политически должностное лицо и подразумевается, что в основном поддерживает парламентские силы, или - правительство, что делает его решения и функцию чисто политическими; 2. Глава государства может решить конфликт между исполнительной и законодательной властью применением конституци-

онного механизма, но он не имеет никакого рычага воздействия на судебную власть; 3. Разрешение спора между разными ветвями власти не происходит путём решения проблемы, а происходит отставкой или роспуском одной из них, что, конечно, является конституционным путем, хотя не столько не правовым, сколько - политическим.

Конституционный контроль это деятельность компетентных государственных органов, который направлен на защиты баланса между ветвями власти.¹ Более того, в некоторых государствах институты конституционного контроля создавались специально с целью политического баланса между законодательными и исполнительными властями,² что укреплялось конституционным полномочием разрешения спора между этими органами.³ Соответственно, конституционный суд исполняющий эту функцию, является реальным способом для практического действия системы сдержек и противовесов.

2.2.2. Законодательная и исполнительная власть и конституционный суд

Единственный орган, который может исправить некоторые ошибки другой власти, это конституционный суд. Ответственность власти подразумевает максимальное усилие с ее стороны для принятия правильного и справедливого решения.⁴

Конституционное правосудие не относится ни к какой ветви власти,⁵ чем и определяется особое место конституционного суда в системе государственных органов.

Высокий статус органов конституционного надзора и мнение, что они стоят над законодательными органами, в американских и европейских моделях развито по-разному.⁶

Все три ветви власти, в частности, «подчиняются» конституционному суду. Он интегрирован в систему публичной власти и занимает некую автономию, осуществляет важное влияние на все три ветви власти.⁷

¹ Кахиани Г., Конституционный Контроль в Грузии, Тбилиси, 2011, 34-35

² Кверенчиладзе Г., Конституционный Контроль во Франции, журнал «Человек и Конституция», №2, 1997, 67

³ Тамже, 59

⁴ Зоидзе Б., Конституционный Контроль и Порядок Ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007, 60

⁵ Мелкадзе О., Конституционализм, Тбилиси, 2006, 372

⁶ Мелкадзе О., Государственное Право Зарубежных Стран, Тбилиси, 1996, 49

⁷ Сергеев Д. Н., Конституционное правосудие в России: политико-правовое исследование, Диссертация на соискание ученой степени кандидата политических наук (На правах рукописи), Москва, 2005, 19

¹ Но это не означает необходимость такого деления, как гаранта демокративности государства. В Великобритании только последними переменах выделилась высшая судебная власть от законодательной.

² См: ix: Pound R., Courts and Legislation, Science of Legal Method, Selected Essays of Various Authors, The Modern Legal Philosophy Series, Translated by Ernest Bruncken and Layton B. Register, with introductions by Henry N. Sheldon and John W. Salmond, New York, 1921, 204

Из распространённых полномочий интересен абстрактный контроль норм, который всегда даёт возможность представителю одной ветви власти, требовать признание неконституционности нормативного акта, принятого органом, представляющим вторую ветвь власти.¹ Очевидно, что в механизме разделения власти принцип взаимосдержек и противовесов играет важную роль.² Однако полномочный орган, который может признать норму неконституционной, это государственный институт, исполняющий конституционный контроль. Во Франции конституционный совет не только вышестоящий орган парламента, но он также решает спорные вопросы между правительством и палатами.³

Хотя, конституционный суд и не принимает нормы, но путем аннулирования неконституционных норм (функция неготивного законодателя) помогает законодателю в формировании правильной законодательной воли,⁴ способствует ее совершенствованию и утонченности.⁵ Более того, у судов некоторых стран есть даже право обнаружить неконституционность несуществующей нормы и указать парламенту о её упразднении.⁶

Законодатель, скованный конституцией, подразумевается, что скован также и решением конституционного суда,⁷ который не нуждается в каком-нибудь дополнительном регулировании (согласии) со стороны парламента.⁸ Конституционный суд может дать парламенту определённый срок, чтобы он сам изменил закон и привел его в соответствие с конституцией.⁹

По отношению к исполнительной власти дело обстоит гораздо проще. Если в случае законодательного органа парламента – орган, полномочный издать закона, в том числе принять конституцию, внести в нее изменения и дополнения, соответственно установить пределы деятельности самого конституционного суда, то исполнительная власть

уполномочена лишь исполнять закон. При исполнении своих полномочий со стороны последней, при рассмотрении конституционности принятых ею нормативно-правовых актов, с целью исполнения закона, она подчиняется конституционному суду, который может причинить существенный ущерб ее правовому и политическому имиджу.

2.2.3. Судебная власть и конституционный суд

Подобно судебной власти, назначение конституционного суда заключается в том, чтобы другие ветви действовали в пределах правового поля, обеспечивая «господство» права над государственной властью.¹

Существует мнение, что если конституционный суд рассматривает споры специальным путём конституционного правосудия, то на основе этого элемента мы можем его причислить к судебной власти.² По формально-догматическому мнению, судебная власть является чисто правовой, а не политической властью.³ С учётом этого принципа, ему нет никакого дела в процессе разрешения споров, возникших между политическими силами.

В государстве, где существуют специальные органы конституционного контроля, нельзя их рассматривать частью судебной власти, несмотря на то, стоят ли они, по конституции, во главе судебной власти. Этот последний – вопрос законодательной техники и вкуса и нельзя ему дать глубокоосмысленное назначение.⁴ Австрийская модель ставила целью именно формирование независимого от ветвей власти, централизованного и специализированного органа контроля,⁵ существенно отличного бы от американской модели, по которой сама судебная власть и наделена полномочием конституционного контроля.

В Великобритании, в результате реформирования законодательства, был создан верховный суд, но ему не передали новые полномочия и

¹ Кахиани Г., Проблема Абстрактного Контроля Норм в Деятельности Конституционного Суда Грузии, Журнал Права №1, Тбилиси, 2009, 62

² Там же

³ Кверенчиладзе Г., Мелкадзе О., Государственная Система Франции, Тбилиси, 1997, 133

⁴ Зоидзе Б., Конституционный Контроль и Порядок Ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007, 61

⁵ Кверенчиладзе Г., Правовая Защита Конституции (Некоторые Теоретические Вопросы) журнал «Человек и Конституция», №3, 2006, 41

⁶ Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К. Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 144

⁷ Зоидзе Б., Конституционный Контроль и Порядок Ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007, 63

⁸ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 27

⁹ ⁹ Handbook of Polish Law, edited by Dajczak W., Szwarc A.J., Wilinski P., Adam Mickiewicz University, Poznan, 2011, 152

¹ Барак А., Судейское Усмотрение, Перевод с английского, Под редакцией В. А. Кикоты и Б. А. Страшуна, Москва, 1999, 304

² Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 84

³ Сергеев Д. Н., Конституционное правосудие в России: политико-правовое исследование, Диссертация на соискание ученой степени кандидата политических наук (На правах рукописи), Москва, 2005, 13

⁴ В Конституциях ряда государств конституционный суд выделен отдельной главой и не объединяется с нормами, регулирующими судебную власть, что вполне обоснованно и логично. См: Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 83; Constitution of Republic of France, October 4, 1958; Constitution of Austria, 1920, Reinstated in: 1945

⁵ Hausmaninger H., Judicial Referral of constitutional questions in Austria, Germany, and Russia, Tulane European & civil law forum, vol.12, 1997, 25

в отличие от верховного суда Соединённых Штатов Америки, поскольку конституция не ставила целью создание органа, лишаящего законы юридической силы действия.¹ В Англии парламентарная гегемония началась с 1688 года и всегда мешала развитию специального конституционного права, ничего не говоря уже об основании европейского механизма конституционного контроля, что несомненно ограничило бы власть парламента.² Британские консерваторы избежали передачу судебной власти дополнительных функций конституционного контроля, который свернул бы суд со своего реального назначения.

Модель Кельзена подразумевала создание специального органа вне системы общих судов, который обеспечил бы «конституционную защиту» против антиконституционных законодательных действий.³ Исходя из политико-правовой специфики конституционного суда, мы можем его рассмотреть независимо от судебной власти, как одного из высших органов государственной власти.⁴

Специальные органы, осуществляющие конституционный контроль не могут поручить общим судам выполнение конкретных действий, но они могут разработать специальные указания и рекомендации для формирования правильной судебной практики и толковании норм закона. В некоторых государствах конституционный суд уполномочен отменить решения общих судов, если они нарушают права и свободы человека.⁵

Конституционный суд развивает и создаёт конституционно-правовую доктрину, играет значительную роль в разделении власти, в системе сдержек и противовесов. Конституционный суд, в случае конфликта между законодательными и исполнительными властями, выходит как орган компромисса и умиротворения, как гарант политического мира и стабильности в обществе, защитник конституционных ценностей, институт, стоящий на страже конституционного порядка.⁶

III. Правовая природа конституционного суда

3.1. Правовые элементы

Для того, чтоб избежать функцию создания политики конституционным судом, что являлось полномочием законодательной власти, Кельзен сначала извлёк из конституции права и свободы человека, чем деятельность трибунала ограничилась отрицательным правосозданием (негативным законодательством) и дал только ограниченному кругу лиц право обращения к трибуналу.¹

Кельзен был основателем нормативизма и считал, что право должно быть свободным от всякого наружного, дополнительного элемента, оно должно быть неизвращенным и «святым!», поэтому неудивительно, почему он старался удалить всякий политический элемент из конституционного трибунала.²

Конституционный суд использует характеризующую общие суда, необходимую для принятия решения трёхэтапную схему действий: 1. Выискивание соответственного правила (нормы); 2. Толкование нормы; 3. Применение нормы к конкретному случаю.³

Значительное внимание уделяется толкованию нормы, как обязательному условию права. Судья не должен толковать норму конституции по-своему усмотрению. Его толкование должно быть объективным,⁴ потому, что в это время под сомнение ставится сам факт законности и беспристрастности решения.

Конституционный суд, по общему правилу, занят правотворчеством - определяет развитие законодательства, путём рассмотрения прецедентами конституционности соответствующих актов и заполнением пробелов и «отверстий» в конституции.⁵

¹ Скит Ш., Конституционализм и Судебный Прецедент в Великобритании, Обзор Конституционного Суда №3, Батуми, 2011, 54

² Starck C., Constitutional Review in the Federal Republic of Germany, Notre Dame international and comparative law journal, vol. 2:81, 1984, 84

³ Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 58

⁴ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 83

⁵ Согласно статье 130. п.3 конституции Азербайджана, в определённых законом случаях, конституционный суд рассматривает вопрос конституционности решений верховного суда Азербайджана. См: Constitution of the Azerbaijan Republic, 12 November 1995, Art. 130 (3)

⁶ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998 82

¹ Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 57

² См: Kelsen H., Pure Theory of Law, translated from the second (revised and enlarged) German edition by M. Knight, Los Angeles, London, 1970

³ Pound R., Courts and Legislation, Science of Legal Method, Selected Essays of Various Authors, The Modern Legal Philosophy Series, Translated by Ernest Bruncken and Layton B. Register, with introductions by Henry N. Sheldon and John W. Salmond, New York, 1921, 208

⁴ Barak A., Purposive Interpretation in Law, translated from Hebrew by Sari Bashi, Princeton, New Jersey, 2005, 393

⁵ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 82

Конституционный суд характеризуется следующими правовыми элементами:

1. Он является специальным органом, созданным на конституционной основе, полномочия которого определяется законом.

2. При рассмотрении конституционных споров используют специальный порядок судопроизводства, которое принадлежит только конституционному суду.

3. Его решения общеобязательны и на него распространяется правопорядок промульгации.

4. Члены конституционного суда пользуются высоким статусом и соответствующими социальными гарантиями и льготами.

5. Конституционный суд независим и не существует какого-нибудь рода правового механизма, чем можно бы его упразднить или распустить и т.д., если этого не учитывает сама конституция, что было бы её нарушением, как сущности данного института.¹

6. Суд выносит решение с учётом общепринятых правовых принципов, конституции, правовой доктрины и теории, существующей практики.

7. Для обоснования используются решения мировых авторитетных, как общих, так конституционных судов, рассуждения. Напр: верховный суд США, федеральный конституционный суд Федеральной Республики Германии, европейский суд по правам человека и др.

8. Осуществляет толкование нормы, используя правовые методы и их адаптацию к конкретным случаям, использует методы субсумции, дедукции и индукции, а также приспособленные к науке права все известные методы, чтоб принять объективное и правильное решение.

Можно сказать, что конституционный суд основывается на правовой норме, создаёт, исполняет и защищает право. Он главнейший гарант верховенства конституции и закона в государстве.²

¹ Такая попытка была у президента США Ф.Д. Рузвельта, но его попытка закончилась полным крахом

² Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 82

3.2. Идеологические и социальные элементы

Конституционный суд опирается только на конституцию, она главный документ его действия и он подчиняется только ей, проверяет конституционность любого другого нормативного акта, что означает установление соответствия акта с конституцией, толкование нормы конституции.

Разные государственно-правовые системы признают, что конституция должна толковаться, исходя из её целесообразности.¹ При толковании конституции гораздо важнее мнения суда, чем приведённого действующего, руководящего принципа (директивы) о толковании конкретного конституционного текста.² Соответственно, необходимо обратить должное внимание на сущность и значение конституции, как многозначного документа.

По мнению Барака, «конституция отражает прошлое, обосновывает настоящее и формирует будущее,... она одновременно является философией, политикой, обществом и правом».³ Конституция - плод конкретной идеологии, она основана на культурных достижениях нации. Конституция США является слиянием идеологий американских и европейских просветителей, которая отрозила в себе лучшие достижения цивилизации того времени в сфере свободного мышления и права.

Конституционный суд охватывает предусмотренные именно в конституции идеологические и социальные элементы, поскольку он служит конституции и защищает основанный на конституции стабильный порядок.

Конституционный суд отображает:

1. Систему разделения власти, сдержек и противовесов.

2. Идеи демократического, правового и социального государства.

3. Верховенство конституции и закона.

4. Независимость и беспристрастность суда.

5. Основные гарантии защиты прав и свобод человека, как свободного лица, в том числе, возможности восстановления и реализации нарушенных прав.

6. Гарантии обеспечения безопасности и политического спокойствия общества.

¹ Barak A., Purposive Interpretation in Law, translated from Hebrew by Sari Bashi, Princeton, New Jersey, 2005, 371

² Тамже, 380

³ Тамже, 370

3.3. Политические элементы

По мнению большинства европейских и американских юристов, конституционный суд играет важную роль в сфере решения политических конфликтов, особенно, когда дело касается спора между субъектами федерации и федерального правительства. При таком обстоятельстве конституционный суд выступает гарантом политического мира, уполномоченным органом при беспристанном разрешении споров.¹

Политическая функция органов конституционного контроля не стоит под вопросом в западных типах демократии.² Не только конституционные, но и общие суды уже давно активно участвуют в процессе формирования государственной политики и часто судам приходится решать вопросы, имеющие глубоко политическое значение.³ По мнению Миллера, «вопрос не в том, занят суд политикой или нет, а в том, где, в каких случаях, на сколько и каким результатом осуществляет её».⁴

В общем, судебная политика это политическая деятельность судебной власти, то есть она «политическая» настолько, насколько эта последняя означает суд, как осуществление государственной власти одной из ветвей власти.⁵

Тут же надо заметить, что понятие «политическая деятельность» (Politics) не определено точно, оно гораздо смутнее, чем яснее. Это изначально вызывает отрицательное отношение, поэтому гораздо лучше, если судьи будут держаться подальше от нее.⁶ Правда, суд должен держаться подальше от политики, но в этом случае подразумевается общий суд, а не конституционный, главное назначение которого состоит в рассмотрении и решении дел политической важности.

Верховный суд США - важный игрок в политике США. Он может вызвать значительные движения в сфере внутренней или внешней политике. Напр., в период президента Ф.Д. Рузвельта суд заблокировал несколько важных политических предложений. В ответ на это прези-

дент так не нашёл ни одного действенного правового или политического рычага воздействия на суд.¹

Причина того, на сколько безболезненно судья Маршал основал конституционный контроль в США,² очень проста: в этом случае, мнения администрации президента Джонсона и Верховного суда совпали: первый желал выиграть дело, а второй - узаконить полномочие конституционного контроля для суда, достичь которое возможно было не удовлетворением иска.

О политичности вопроса говорит также и то, что Верховный суд США спустя 54 лет после дела «Мэрбери против Мэдисона» рассмотрел следующий конституционный иск.³

Во Франции долгое время старались отнять у общих судов полномочия интерпретации закона и создания прецедента. Максимально было ограничено также полномочие Государственного Совета (Conseil D'etat) в установлении законности актов, пока в 1958 году конституция Франции не совершила значительные системные перемены,⁴ в результате которых во Франции обосновался конституционный контроль, однако уникальной французской формой,⁵ (по конституции 1958 года, конституционный совет сформировался надпарламентским органом).⁶

Специальные органы конституционного контроля часто становятся предметом политических манипуляций и «торгов», что обусловлено их сильным политическим характером.⁷ Напр., председателя конституционного совета Республики Франции, чей голос является решающим при голосовании, в случае деления голосов, назначает президент Республики, который может назначить на этот пост любого члена совета, в том числе бывшего президента.⁸

¹ Артемьев М., Как Работает Америка, Москва, 2009, 99-100

² См: Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 52

³ Там же

⁴ Там же, 53

⁵ Там же, 55

⁶ Кверенчиладзе Г., Конституционный Контроль во Франции, журнал «Человек и Конституция», №2, 1997, 59

⁷ Кверенчиладзе Г., Мелкадзе О., Государственная Система Франции, Тбилиси, 1997, 137-138; Кверенчиладзе Г., Конституционный Контроль во Франции, журнал «Человек и Конституция», №2, 1997, 63

⁸ Кверенчиладзе Г., Мелкадзе О., Государственная Система Франции, Тбилиси, 1997, 136

¹ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 83

² Сергеев Д. Н., Конституционное правосудие в России: политико-правовое исследование, Диссертация на соискание ученой степени кандидата политических наук (На правах рукописи), Москва, 2005, 13

³ Там же, 15-16

⁴ Miller A., The Supreme Court and American Capitalism, New York, 1968, 4

⁵ Барак А., Судейское Усмотрение, Перевод с английского, Под редакцией В. А. Кикоты и Б. А. Страшуна, Москва, 1999, 301

⁶ Там же, 302

Политическая наука (политология) не только произошла из юридической науки, но и до сих пор взаимодействует с ней.¹ Самый наглядный пример этого - конституционное право, которое называют также политическим правом. Оно представлено конституционными институтами, в том числе, в первую очередь, нужно отметить конституционный суд.

Характер споров, рассматриваемых конституционным судом, определяет неизбежное соприкосновение с политикой, так, как при рассмотрении дела всегда идёт речь об определении отношений между государством и обществом.²

Конституционный суд характеризуется следующими политическими элементами:

1. Является конституционным органом, цель которого - правовое решение существующих споров между политическими органами и должностными лицами.

2. Комплектуется одной, двумя или тремя ветвями власти. Напр., парламент и президент,³ только парламент;⁴ парламент, президент и суд.⁵ Комплектовать конституционный суд может и глава государства, по представлению законодательного органа и суда.⁶

3. Часто принимает политические решения, которые могут изменить политическую погоду в государстве. При этом, он - значительный гарант демократичности власти.⁷

4. Рассматривает вопросы импичмента и ответственности политических (и не только политических) должностных лиц.

¹ Сергеев Д. Н., Конституционное правосудие в России: политико-правовое исследование, Диссертация на соискание ученой степени кандидата политических наук (На правах рукописи), Москва, 2005, 17

² Там же, 19

³ Law on the Constitutional Court of the Republic Armenia, art. 1(1), 9 December 1997; Кверенчиадзе Г., Конституционный Контроль во Франции, журнал «Человек и Конституция», №2, 1997, 61

⁴ Law on the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, art. 5(1), 12 March 1951, Federal Law Gazette I p. 243; Constitution of the Republic of Latvia, art. 85, 15 February 1922; Constitutional Court Law of the Republic of Latvia, art. 4(1), 14 June 1996

⁵ Конституция Грузии, ст.88.2, №768-66, Ведомости Парламента Грузии №31-33, 1995; Органический закон Грузии о «Конституционном Суде Грузии», ст.6.1, №1059 Ведомости Парламента №45, 19997; Constitution of Ukraine, art. 148(2), 28 June 1996; Law on the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, art. 4, 3 February 1993, No. I-67

⁶ Tanchev E., Constitutional control in comparative and Bulgarian prospective, World Conference on Constitutional Justice, Cape Town, 23–24 January 2009, 21

⁷ Sekhniashvili E., Economic consequences of the constitutional control and the impact of the constitutional justice on the transitional economy in Georgia; Constitutional court as political actor in the political system, National Council for Eurasian and East European Research Carnegie Research Fellowship Program Research Paper, 27

5. Может значительно задержать текущие политические реформы.¹

6. Рассматривает спор между лицами и органами государства, которые в любом случае носят политический характер. Именно из-за политичности таких споров Кельзен извлёк из полномочий конституционного трибунала рассуждение по ним в конституции Австрии 1920 года.²

7. Толкует конституцию и его толкования обязательны для любого лица или органа. Толкование же конституции, как политически-правового документа, со своей стороны, обуславливает включение в ее политику.³ Этим суд, фактически, творит политическое право.⁴

IV. Конституционный суд – на грани органа правосудия, исполняющего политику и политического органа, исполняющего правосудие

Конституционный суд как орган, входящий в механизм осуществления власти, имеет признаки, характеризующие орган государственной власти, но существуют разные основания для того, чтоб мы рассуждали об особенной политическо-правовой природе конституционного суда.⁵

Нельзя воспринять конституционный суд, как чисто правовой или чисто политический институт.⁶ Он является некой компиляцией, чью обусловленность осуществлением его особых полномочий.

С одной стороны, конституционный суд орган правосудия, который имеет очень много признаков, характеризующих судебную власть: он осуществляет правосудие, имеет специальное поведение, его члены пользуются высоким статусом судей, с соответствующими социальными гарантиями и гарантией независимости и др. С другой сторо-

¹ См: Решение конституционного суда Грузии 3 ноября 1998 года по делу №2/80-9 «Автандил Чачуа против парламента Грузии». это решение значительно задержало правовую реформу в Грузии. Артемьев М., Как Работает Америка, Москва, 2009, 99-100

² Шварц Г., Укрепление Конституционного Правосудия в Посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, с предисловием Патриции М. Валдис и редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 57

³ См: Sekhniashvili E., Economic consequences of the constitutional control and the impact of the constitutional justice on the transitional economy in Georgia; Constitutional court as political actor in the political system, National Council for Eurasian and East European Research Carnegie Research Fellowship Program Research Paper, 26

⁴ Schlüter H., The German constitutional court, Journal for South African law, #2, 1998, 284

⁵ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 82

⁶ Сергеев Д. Н., Конституционное правосудие в России: политико-правовое исследование, Диссертация на соискание ученой степени кандидата политических наук (На правах рукописи), Москва, 2005, 16

ны, конституционный суд, как специальный орган, исполняющий конституционный контроль носит политический статус и является неким квазисудом, который в тоже время имеет право осуществления правосудия. Он, подобно другим органам конституционного надзора (квазисуды), осуществляет конституционный контроль, опираясь на вечных началах (он вечный орган).¹

Мнения французских учёных раздвоилось по отношению правовой природы конституционного совета. По мнению Ж. Веделя, М. Прэло и Л. Фаворэ, совет - судебный орган. Напротив этого, Ж.Бурдо считает его политическим органом, что обусловлено полномочиями совета.²

Мнение М. Дюверже - среднее, хотя он склоняется к политичности совета. По его словам, «конституционный совет - это орган, который осуществляет высшую юрисдикцию политического характера, что выражается контролем конституционности законов, принятых парламентом и правильного проведения парламентских или президентских выборов.»³

«Юрисдикция политического характера» Дюверже ясно передаёт двойную природу конституционного совета: осуществление им судебного полномочия в сфере политики, для политических целей и передачи статуса судьи членам совета, но в тоже время его комплектование носит политический характер.⁴

Конституционный суд - это как и орган правосудия, исполняющий политику, так и политический орган, исполняющий правосудие. Он включает в себе значительные элементы, характеризующие обоих. С их учётом суд осуществляет, так называемое, «смешанное» политическое правосудие.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что конституционный суд - это гибридный государственный орган, который создан для того, чтобы осуществить конституционный контроль над тремя ветвями власти, сдержать и уравновесить их, обеспечить в государстве политический мир и существование стабильности в обществе. Свои права-обязанности суд осуществляет как правосудием, так и политикой, поэтому мы можем его назвать политическим органом правосудия.

Заключение

В работе была рассмотрена правовая природа конституционного суда, как специального органа, осуществляющего конституционный контроль, составляющие его правовые, идеологические и политические элементы.

Было подчёркнуто место конституционного суда в классической модели разделения власти, здесь же отмечается его отношения и взаимонаправления к законодательной, исполнительной и судебной власти.

В работе велось рассуждение о гибридной природе конституционного суда, которая в нём обуславливается противоборством двух характеров — органа правосудия, исполняющего политику, и политического органа, исполняющего правосудие - в результате чего было сделано заключение, что конституционный суд является важнейшим государственным институтом, который осуществляет политическое правосудие и цель которого обеспечение в государстве политического мира и существование стабильности в обществе.

¹ Витрук Н. В., Конституционное Правосудие, Судебное Конституционное Право и Процесс, Москва, 1998, 24

² Кверенчиладзе Г., Мелкадзе О., Государственная Система Франции, Тбилиси, 1997, 133

³ Тамже

⁴ Тамже, 133-134



Магеррамов Зохраб Вилаят оглы¹

Система сдержек и противовесов в организации государственной власти

Введение

Знания о власти и границах ее применения сегодня необходимы каждому гражданину. Сверхдинамичное развитие общественных институтов и отношений требует владения не только определенными прикладными навыками, но и концептуальными представлениями о среде, в которой приходится существовать. Особенно часто такая необходимость возникает у политиков и юристов, часто сталкивающихся с различными проявлениями власти, поэтому знание ее природы, сущности, структуры и форм проявления для них является профессионально необходимым.

На протяжении веков существования человеческой цивилизации, власть является одним из самых загадочных и в то же время самым важным и распространенным в своих проявлениях феноменом социального бытия. Даже в современном мире при всем его многообразии трудно найти что-то более противоречивое и сложное чем властные отношения, пронизывающие все общество, влияющие на жизнь и судьбу каждого человека, подчиняющие его своим законам.

I. Теории разделения властей

Идеи, положенные в основу современного принципа разделения властей, высказывались еще **Аристотелем**. В четвертой книге своего трактата «Политика» он формулирует идею разделения властей в государстве на три части: законодательную, должностную, судебную. Каждую из властей представляет отдельный орган.

Несмотря на череду реставраций и исторических компромиссов в виде конституционных монархий, новая, более эффективная и гибкая форма правления все больше утверждалась на политическом и теоретическом поле. Именно с распространением республиканских взглядов связано окончательное становление доктрины разделения властей. Одним из ее авторов, как принято считать «отцом-основателем» научной теории, был уроженец Бристоля, сын судейского чиновника **Джон Локк**.

Дж.Локк в своем учении утверждает, что государство было создано по взаимному согласию людей для защиты их жизни, свободы и имущества. Для выполнения этой задачи политическая власть наделяется правомочием издавать законы и применять для исполнения этих законов силу сообщества. Законодательная и исполнительная власти в своей деятельности независимы, но обе эти власти имеют над собой высшего судью в лице народа, обладающего правом требовать к ответу всякую власть. Законодательной власти в лице народа принадлежит исключительное право издавать законы, обязательные для всех. Отличаясь друг от друга своими функциями, эти власти, по Локку должны быть разделены и переданы в разные, ибо в противном случае правители получают возможность освобождать себя от подчинения законам и приспосабливать их к своим частным интересам.

Таким образом, разделение властей являлось для Дж.Локка делом практического удобства и практической целесообразности. Он обозначает основные направления и принципы исследования политической власти: разделение и взаимодействие властей, необходимость их связи и соподчинения, представительный характер законодательной власти, верховенство закона, независимость судей.

Существует также классическая теория разделения властей, основанная на учении о разделении властей **Ш.Л. Монтескье** и предполагающая именно эти три рода, или отрасли, и три ветви власти - законодательную, исполнительную и судебную. (Такая классификация государственных властей ведет свое начало именно от Монтескье, - первого, кто разделил их на законодательную, исполнительную и судебную, хотя у Монтескье было немало предшественников, в числе которых особенно выделяется Дж. Локк. Однако в учении Локка еще нет классической триады). Соответственно, любые интерпретации разделения властей, которые предполагают именно классическую триаду - законодательная, исполнительная, судебная - считаются интерпретациями классической теории.

¹ Магистрант Юридического Факультета Бакинского Государственного Университета, Азербайджанская Республика.

II. Системы сдержек и противовесов как гарантии баланса власти

Сдержками и противовесами Мэдисон называл частичное совпадение полномочий трех властей. Авторы «Малой Энциклопедии Конституционного права» видят в системе сдержек и противовесов одно из конкретных проявлений принципа разделения властей, считая, что конституционная система должна предусматривать правовые способы сдерживания каждой власти двумя другими, то есть содержать взаимные противовесы для всех властей.

Однако стоит отметить, что никогда не существовало, и вряд ли будет существовать общепринятой на все времена системы сдержек и противовесов. Крупный исследователь американской правовой системы А.А. Мишин анализируя конституционную систему США пишет: «исследование системы «сдержек и противовесов» не может быть ограничено рамками треугольника, вершинами которого являются Конгресс, Президент и Верховный Суд. Современная социальная база системы «сдержек и противовесов» в этой стране качественно иная, чем почти два столетия назад, когда эта система лишь создавалась. Поэтому научно обоснованный анализ системы «сдержек и противовесов» невозможен без учета той роли, которую играют в нынешней политической системе США такие внеконституционные «центры власти», как федеральный бюрократический аппарат, двухпартийная система, группы давления и средства массовой информации, за каждым из которых незримо, но вполне осязаемо действует монополистический капитал».

Разделение государственной власти на ветви, самостоятельные по отношению друг к другу, призвано обеспечить в конечном счете тот необходимый баланс, который и делает власть цельной и единой. Этот баланс должен конституционно гарантироваться полномочиями законодательных, исполнительных, судебных органов, а споры властей разрешаться конституционным путем и через правовую процедуру (посредством Конституционного Суда). Конечно, следует учитывать, что упомянутый баланс не является величиной постоянной и неизменной. Он достаточно динамичен в обстановке часто меняющихся политических условий и факторов. Однако общей исходной точкой для исследования проблемы оптимального соотношения законодательной, исполнительной и судебной властей является положение, что парламент (конгресс, национальное собрание) принимает законы, президент (правительство, кабинет) проводит их в жизнь, а суд на основе закона разрешает споры. Причем это правило закрепляется законодательно и редко подвергается сомнению.

Довольно сложно однозначно назвать причины упомянутого выше дисбаланса властей. Изменение баланса властей, с точки зрения некоторых авторов, объясняется существованием длительной тенденции поочередного усиления одной и соответственно ослабления другой ветви власти, этой позиции противопоставляется тезис о том, что имеет место лишь эпизодическое нарушение баланса законодательной и исполнительной властей, которое объясняется возникающими время от времени критическими для той или иной ветви власти ситуациями или же субъективными качествами глав государств. Отдельные исследователи видят причину нарушения баланса властей в практике делегирования законодательства. С их точки зрения такой процесс подвергает «эрозии и, в конечном счете, разрушает принципы разделения властей». Однако, несмотря на это, принципиальная значимость баланса, в рамках которого функционируют ветви власти, сохраняется.

В качестве гарантии от всевластия государства, выступают системы сдержек и противовесов. Они реализуются в различных формах управления. Принцип разделения властей является одним из основополагающих в организации деятельности и функционировании каждого демократического и правового государства. В каждой демократической стране создан свой механизм реализации принципа разделения власти. Различия между современными формами правления выявляются на основе установления взаимоотношений между высшими органами государства. В конституционно-правовой науке все разновидности организации государственной власти принято сводить к нескольким типологическим моделям в зависимости от формы правления¹.

Выделяют следующие способы организации и взаимодействия органов государственной власти:

- разделение властей, характерное для президентских республик («жесткое» разделение властей);
- разделение властей, характерное для парламентских монархий и республик («мягкое» разделение властей);
- «смешанные» варианты разделения властей;
- отсутствие разделения властей².

¹ Энтин Л.М. Разделение властей: опыт современных государств. М., 1995. С. 24.

² Дмитриев Ю.А., Николаев А.М. Система государственной власти в России и в мире: историко-правовая ретроспектива. М., 2002. С.121–122.

V. Разделение властей в Азербайджанской Республике

Статья 7. Азербайджанское государство

I. Азербайджанское государство — демократическая, правовая, светская, унитарная республика.

II. В Азербайджанской Республике государственная власть ограничивается во внутренних вопросах только правом, во внешних вопросах — только положениями, вытекающими из международных договоров, участницей которых является Азербайджанская Республика.

III. Государственная власть в Азербайджанской Республике организуется на основе принципа разделения властей: законодательную власть осуществляет Милли Меджлис Азербайджанской Республики; исполнительная власть принадлежит Президенту Азербайджанской Республики; судебную власть осуществляют суды Азербайджанской Республики.

IV. Законодательная, исполнительная и судебная власти взаимодействуют в соответствии с положениями настоящей Конституции и независимы в рамках своих полномочий.

После объявления своей независимости в Азербайджанской Республики (после это о А.Р.) была принята общенародным референдумом новая конституция Азербайджана, которая закрепляет юридические основы независимости государства. Кроме этого эта конституция закрепляет принцип разделение властей, которого до этого не было в Азербайджане. Как во всех других конституциях, закрепляющих это принцип, в конституции Азербайджана он предусмотрен своеобразно. В общем-то, отметим, что только сам факт закрепления должен оцениваться в пользу демократии. Уже само собой реальное разделение властей представляет собой способ, защищающий граждан от произвола бюрократии и власти. При закреплении этого принципа в любой конституции всегда учитывается государственность, национальные традиции и баланс политических сил в данном обществе. Естественно, что при разработке этого принципа учтена местная обстановка, и в результате принцип разделение властей получил свою специфику.

На самом деле, в Азербайджане до принятия этой конституции уже были учреждены основы принципа разделение властей. Так, впервые 18 октября 1991г. был принят Верховным Советом Азербайджана "Конституционный акт о государственной независимости Азербайджанской Республики". Этот акт состоит из 32 статей и содержит оценки некоторых исторических явлений, предусматривает положение о народе и государстве А.Р. Здесь урегулируются поли-

тические, экономические основы общества. В настоящей конституции А.Р. в преамбуле предусмотрено, что это конституция основывается на данном акте. Именно в этом акте впервые в Азербайджане закреплён принцип разделение властей. Ст.13 третьего раздела конституционного акта посвящена принципу разделения властей. Частично в ст.15 есть положение касающееся разделение властей. Отметим, что не только в этом акте, но и в конституции Азербайджана этот механизм закреплён в максимальной степени соблюдая общую концепцию. В ст.13 указано, что в А.Р. государственная власть организуется на основе разделение властей. Законодательная власть осуществляется Милли Меджлисом А.Р., исполнительная власть осуществляется главой государства, то есть президентом, а судебная власть осуществляется общими судами А.Р. В ст.15 определено, что законодательная власть ограничивается конституцией, исполнительная и судебная власти ограничиваются конституцией и законом. Оба положения с изменениями закреплёны в конституции А.Р. Ст.7 конституции Азербайджана называется "Основы государства" и в этой статье характеризуется государство Азербайджана, и указываются основы организации государственной власти. По ч II этой статьи государственная власть в Азербайджане организуется на основе разделение властей. Как это указано в ст.13 конституционного акта, законодательная власть осуществляется Милли Меджлисом, исполнительная власть принадлежит президенту А.Р., Судебная власть осуществляется общими судами. Как продолжение этого принципа III раздел конституции построен по этому принципу. В V, VI, VII главах соответственно этому принципу предусмотрены основы организации, юридические акты высших государственных органов. Кроме этого, глава VIII ст.135 содержит нормы, которые определяют разделение властей в Нахичеванской Автономной Республике(после этого НАР). Здесь законодательная власть осуществляется Али Меджлисом, исполнительная власть осуществляется Кабинетом Министров, а судебная власть осуществляется судами. Все государственные органы просматриваются сквозь призму разделение властей. В соответствующих разделах сперва определяются основы организации органов, потом иммунитет и индемнитет, компетенции и основы прекращения деятельности. В механизме разделение властей главная роль принадлежит компетенции. Именно через эти элементы, через их соотношения, возможно определить наличие разделение властей. Поэтому анализируя систему сдержек и противовесов необходимо обратить основное внимание на эту компетенцию. Но не все компетенции госу-

дарственных органов считаются элементами разделение властей. Сюда относятся только те полномочия государственных органов, которые дают возможность вмешиваться, воздействовать и контролировать деятельность органов, участвующих в механизме разделение властей. Эти полномочия должны дать возможность вмешиваться именно с целью достижения сбалансированной деятельности государственных органов. Другими словами, такие полномочия направлены на деятельность других органов, а самым главным является возможность влиять на другие органы. Но это еще не все. Для точного определения места органов в механизме разделение властей должны учитываться нормы, содержащие основы организации, предназначения.

Соответственно ст.85 законодательная власть осуществляется Милли Меджлисом. Он состоит из 125 депутатов и избирается на основе мажоритарной и пропорциональной избирательных систем и всеобщих, равных и прямых выборов путем свободного, личного и тайного голосования. В конституции А.Р. компетенции связанные с разделением властей только по отношению к одной ветви власти закреплено четко в выделенной форме. Эта является законодательная власть. Все компетенции законодательного органа предусмотрены в ст.94 и 95. В ст.94 предусмотрены те сферы деятельности, по которым Милли Меджлис принимает законы. Эта статья называется "Общие правила устанавливаемые Милли Меджлисом". По этим вопросам Милли Меджлис принимает только законы. Эта статья никак не связана с механизмом разделение властей, ибо в перечне не содержится ни одного полномочия, дающего возможность воздействовать на деятельность других органов. По сути в этой статье перечислены вопросы, в которых Милли Меджлис реализует самые основные полномочия, то есть принимает законы. Другими словами здесь определено содержание законодательствования. В отличие от этой статьи, ст.95 называется "Вопросы решаемые Милли Меджлисом Азербайджанской Республики". Она содержит перечень вопросов, которые, так или иначе связывают законодательную власть с другими ветвями властей. Исключая некоторые вопросы, предусмотренные в этой статье, все остальные, так или иначе связывают ветви властей друг с другом. В действительности эта статья является главной нормой, обеспечивающей действия механизма разделение властей, потому что не в одной другой норме высшие государственные органы так сильно не связаны друг с другом. По конституции в этой норме закреплены вопросы, решение которых принадлежит Милли Меджлису. На самом деле Милли Меджлис

самостоятельно ни когда не может реализовывать основные полномочия, предусмотренные в этой статье, ибо это исключает тесную связь между высшими государственными органами.

В ст.99 содержится норма об исполнительной власти. Другая статья определяющая статус президента - ст. 8. Здесь президент предусмотрен как глава государства. Пункт III ст.9 определяет главы государства как командующего вооруженными силами. Компетенция президента Азербайджана установлена в ст.109 конституции. В этой статье не различаются полномочия на основе критерия отношении к разделению властей. Из 32 вопросов относящихся к юрисдикции президента, только 9 связываются законодательной властью, о которой мы и говорили. Самым главным полномочием исполнительной власти для воздействия на деятельность законодательной власти является промульгация- подписывать и обнародовать законы и кроме этого, право на вето президента. Несмотря на то, что право на вето президента прямо не предусмотрено в конституции, в ч.1 ст.110 определяет, что если закон вызывает возражение президента, тогда он может возвратить закон в Милли Меджлис вместе со своими возражениями. В ч.II этой статьи предусмотрено, что если Милли Меджлис вновь примет большинством в 95 голосов законы, принятые ранее большинством в 83 голоса и большинством в 83 голосов законы, принятые ранее большинством в 63 голоса, то эти законы вступают в силу после повторного голосования. Причем для конституционного закона не установлено такое правило. Очень вероятно, что это правило установлено как эквивалент взамен положению, установленному в ч.III ст.118 (в случае не дачи согласия 3 раза на назначение на должность премьер-министра президент сам без согласия парламента назначает его) и для предотвращения недостаточности в системе сдержек и противовесов. То есть, обладая этими полномочиям Милли Меджлис "рассчитывается" с исполнительной властью. Кроме этого, установление такого полномочия может оцениваться как взаимоисключение в случае злоупотребления своих преимуществ. Эти полномочия являются своего рода запасным ходом. Но в осуществлении этих полномочий есть некоторые различия, которые нецелесообразны. Так, в случае назначения премьер-министра без какого-либо вмешательства после отказа в 3-ий раз Милли Меджлисом со стороны президента, для реализации своих полномочий законодательный орган нуждается в квалифицированном большинстве голосов. Другими словами для реализации однотипных полномочий, установлены не равные условия. Эти условия со-

ставляют ядро реализацией этих полномочий. Определение таких условий, которые в пользу одной из ветвей власти отдают преимущество перед другими не как не оправдано. Другими словами, если конституционно установленный кворум отсутствует, тогда Милли Меджлис не как не сможет использовать свои полномочия и ему придется принимать требования исполнительной власти. Иначе закон не санкционируется. Учитывая, что назначить премьер-министра без какого-либо затруднительного условия легче, чем принимать законы большинством голосов приближающиеся до абсолютного большинства (из 125 депутатов соответственно 85 и 95), тогда сразу бросается в глаза уровень сбалансирования разделение властей. Это правило устанавливаемое для Милли Меджлиса позволяет нам полагать, что президент в А.Р. только формально имеет право на отлагательное вето.

Судебную власть в Азербайджанской Республике осуществляют посредством правосудия только суды. Судебную власть осуществляют Конституционный Суд Азербайджанской Республики, Верховный Суд Азербайджанской Республики, апелляционные суды Азербайджанской Республики, общие и специализированные суды Азербайджанской Республики. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского и уголовного судопроизводства и других форм, предусмотренных законом. В уголовном судопроизводстве участвуют Прокуратура Азербайджанской Республики и защита. Применение не предусмотренных законом правовых средств в целях изменения полномочий судов и создания чрезвычайных судов запрещается. Суды выносят решения от имени государства, исполнение этих решений обязательно. Конституционный Суд Азербайджанской Республики состоит из 9 судей. Судьи конституционного Суда Азербайджанской Республики назначаются Милли Меджлисом Азербайджанской Республики по представлению Президента Азербайджанской Республики. Конституционный Суд Азербайджанской Республики на основе запроса Президента Азербайджанской Республики, Милли Меджлиса Азербайджанской Республики, Кабинета Министров Азербайджанской Республики, Верховного Суда Азербайджанской Республики, Прокуратуры Азербайджанской Республики, Али Меджлиса Нахичеванской Автономной Республики решает вопросы соответствия нормативно-правовых документов Конституции Азербайджанской Республики. Верховный Суд Азербайджанской Республики является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и другим делам, отнесенным к производству общих и специализированных судов; он

осуществляет правосудие в кассационном порядке, установленном законом; дает разъяснения по вопросам, касающимся практики судов. Судьи Верховного Суда Азербайджанской Республики назначаются Милли Меджлисом Азербайджанской Республики по представлению Президента Азербайджанской Республики. Апелляционные суды Азербайджанской Республики являются судами вышестоящей инстанции по делам, отнесенным законом к их полномочиям. Судей апелляционных судов Азербайджанской Республики назначает Милли Меджлис Азербайджанской Республики по представлению Президента Азербайджанской Республики.

VI. Разделение властей в Российской Федерации

Статья 10 Конституции Российской Федерации устанавливает самостоятельность и абсолютную независимость ветвей власти друг от друга. Это основа и ценность конституционного строя России. В делении властей по горизонтали в современной России преобладает, доминирует исполнительная власть во главе с Правительством Российской Федерации. Сегодня в России законы принимаются Федеральным Собранием РФ, в состав которого входит Совет Федерации, состоящий из представителей исполнительной власти субъектов РФ и находящихся под их влиянием представителей законодательно-представительных органов субъектов РФ. В настоящее время, основная часть законопроектов готовится в стенах министерств, ведомств, агентств и служб.

По сути, исполнительная власть формирует законы, которые должна исполнять. А ведь законы должны обладать высшей юридической силой, готовиться и приниматься только законодательным (представительным) органом. На практике это, порою приводит к различным политико-административным казусам. Так, например, после внесения Правительством в Государственную Думу законопроекта о рыболовстве в марте 2011 года по всей стране прошли массовые выступления рыбаков против отмены бесплатной рыбалки. В то время, премьер-министр В.В. Путин поручил главе Росрыболовства А.А. Крайнему вместе с депутатами ГосДумы и общественностью в самые короткие сроки доработать закон о рыболовстве. Но проблема, на мой взгляд состоит, в том, что не Росрыболовство должно определять «правила игры» в обсуждаемой сфере общественной деятельности, и даже не Правительство России, а законодательная власть в лице депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ!

Данный пример наглядно показывает, что законодательную политику в России определяет не парламент, а высший орган исполнительной вла-

сти, что противоречит принципу разделения властей. При этом доминирование в государственной системе исполнительной власти происходит при слабости парламентского контроля и практическом неучастии парламента в формировании правительства, недореформированных судебной и правоохранительной системах, попытках вмешательства в государственную деятельность крупных финансово-промышленных групп, которое предопределило расцвет коррупции, в государственных органах.

Однако есть и властные структуры, доминирующие над органами исполнительной власти, например, Администрация Президента Российской Федерации. Президент наделен полномочиями, позволяющими ему обеспечивать согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти (ст. 80 Конституции РФ). При этом Президент, являющийся гарантом Конституции, прав и свобод человека, выступает, в некоторых случаях, как самостоятельная ветвь государственной власти. Так, статья 90 Конституции РФ предполагает подзаконный характер указов Президента, но в ней не говорится об их следовании федеральным законам. Отсутствует и перечень вопросов, подлежащих регулированию исключительно законом. Президент России неоднократно издавал указы по вопросам, отнесенным к ведению правительства. Учитывая подобную практику, способствующую возникновению правовых коллизий, а также частое несоответствие одних нормативных актов другим, представляется необходимым законодательно решить проблему разграничения компетенции этих государственных органов. Принимая во внимание опыт зарубежных стран, давно использующих такую модель государственного устройства, важен определенный баланс полномочий между главой государства и органом, контролирующим правительство. В Российской Федерации присутствие данного баланса в настоящее время слабо выражено.

Верховенство Президента РФ в системе государственных органов подтверждается целым рядом конституционных формулировок. Так, ст. 80 подчеркивает его право определять основные направления внутренней и внешней политики государства в соответствии с Конституцией и федеральными законами. Данное положение весьма абстрактно, а отсутствие специального закона о Президенте дает основание для широкого толкования этой нормы. Президент обладает мощными рычагами воздействия на законодательную и исполнительную ветви государственной власти. На законотворческую работу парламента он вправе влиять, пользуясь правом отлагательного вето, причем Конституция не требует юридически обосновывать это действие. Кроме того, целый ряд законопроектов был возвращен в Государственную Думу без рассмот-

рения. Подобное затягивание процесса законотворчества, связанное с отклонением законопроектов лишь по мотивам нецелесообразности их принятия, не способствует конструктивному взаимодействию Президента и Федерального Собрания. Конституция России определяет одну из главенствующих ролей Верховного Суда Российской Федерации в судебной системе государства. Верховный Суд РФ имеет право законодательной инициативы, то есть участвует в образовании и формировании законодательной базы страны. Так как глава Верховного Суда назначается Советом Федерации по представлению Президента России, то это создает механизм влияния, прежде всего, президентской администрации и самого Президента РФ на деятельность Верховного Суда России. Исходя из практики и специфики политической жизни России, мы можем отметить, что у Верховного Суда нет рычагов административного воздействия и влияния на принятие государственных решений. Кроме того, через структуру и практику деятельности всех судов общей юрисдикции (городских, районных, областных, военных) Верховный Суд получает возможность косвенного контроля за выполнением государственных решений.

Конституционный Суд Российской Федерации, как Верховный Суд России занимает одну из главенствующих ролей в судебной системе государства и имеет право законодательной инициативы. Однако в отличие от того же Верховного Суда у него нет в подчинении структуры нижестоящих судов, поэтому Конституционный Суд не имеет возможностей контроля за исполнением государственных решений и механизмов административного воздействия. Но в то же время Конституционный Суд, разрешая спорные вопросы о соответствии Конституции Российской Федерации различных законодательных документов, оказывает этим влияние на последующее принятие государственных решений.

VII. Разделение властей в Грузии

в ноябре 2003 года, после т. н. «революции роз» и отставки президента Шеварднадзе политические лидеры, пришедшие к власти, разработали проект конституционных поправок, который после недолгого и формального обсуждения 6 февраля 2004 года одобрен и парламентом. Эти поправки полностью изменили модель разделения властей и, соответственно, систему государственной власти в Грузии. Основным результатом поправок явилось значительное расширение полномочий президента, значительное ослабление парламента, конституционность нового исполнительного органа власти – правительства – и выведение прокуратуры из системы судебной власти. Исходя из содержания изменений

мы видим, что к традиционным трём ветвям власти прибавилась ещё одна – власть главы государства в лице президента. В данной системе не существует разделения полномочий между президентом и исполнительной властью. Президент:

назначает премьер министра при формальном участии Парламента;

даёт согласие премьер министру назначать министра;

полномочен по своей инициативе отправлять в отставку правительство, освобождать от занимаемых должностей министров внутренних дел, безопасности и обороны;

полномочен созывать заседание правительства и председательствовать на нём;

полномочен приостанавливать и аннулировать акты правительства и учреждений исполнительной власти, если они противоречат Конституции Грузии, международным договорам, законам и нормативным актам президента.

Всё это лишает правительство независимости и противоречит доктрине парламентского конституционализма. Такой дисбаланс полномочий президента и правительства характерен для суперпрезидентской системы, в которой игнорируется один из основных принципов правового государства – принцип разделения властей.

Но спустя 6 лет после поправки 2004 года, в 2010 году грузинское правительство предприняло огромные меры по изменению политической ситуации в стране.

Так в 2010 году Парламент Грузии, 112 голосами "за" против пяти "против" принял в пятницу вечером, 15 октября, изменения и дополнения в Конституцию, согласно которым страна с 2013 года перейдет на новую модель государственного управления.

Работа над новой Конституцией Грузии шла более полутора лет. Проект был разработан Государственной конституционной комиссией, в которую входили представители академических кругов, власти и части оппозиции, а также неправительственного сектора.

Новая модель Конституции предусматривает сокращение полномочий президента и перераспределение их между парламентом и правительством. В соответствии с Конституцией в стране будет сильная законодательная и исполнительная власть, а также сильный президент. Кроме того, предусмотрено усиление независимости судебной власти.

Нововведения в Конституции Грузии коснулись в наибольшей степени тех статей, которые касаются полномочий президента, парламента, правительства и судебной власти. При этом, по новой модели Конституции лица с двойным гражданством не смогут занимать должность президента, премьер-министра и председателя парламента Грузии.

Изменения полностью вступят в силу до конца 2013 года, после очередных парламентских (2012) и президентских (2013) выборов.

В представленном варианте усложняются процедуры пересмотра Конституции, включая то, что изменения основополагающих принципов Конституции в будущем должны утверждаться парламентами двух созывов.

Часть Конституции войдет в силу с января 2011 - глава об основных принципах полномочий местного самоуправления отделена от "полномочий государственных органов". Согласно новой модели, местное самоуправление обладает собственным имуществом и финансами, однако центральные власти обеспечивают создание соответствующих правовых и материально-финансовых условий необходимых для местных органов.

Выводы

В моей работе я рассмотрел основные моменты принципа разделения властей в государстве и показал систему сдержек и противовесов как одно из конкретных проявлений принципа разделения властей, считая, что конституционная система должна предусматривать правовые способы сдерживания каждой власти двумя другими, то есть содержать взаимные противовесы для всех властей. Я рассмотрел данное положение на примере конкретных стран:

Азербайджан – конституционно соблюдены все принципы разделения властей, но на практике наблюдается определённый дисбаланс власти. Так я наблюдаю более властное положение президента в стране, но не смотря на малейшее нарушение принципа сдержек и противовесов в разделении властей, данная практика ведётся ввиду надобности такого положения в нашей стране. Тем самым никак не усугубляется политическое положение в стране. В А.Р. законодательная и исполнительная власть получают мандат от народа и они не несут ответственность друг перед другом. Судебный контроль за деятельностью законодательного и исполнительного органа осуществляется специальным субъектом -Конституционным Судом и через специальную процедуру -конституционное судопроизводство.

Россия - Статья 10 Конституции Российской Федерации устанавливает самостоятельность и абсолютную независимость ветвей власти друг от друга. Это основа и ценность конституционного строя данной страны. Но соблюдается ли это положение на практике в деятельности всех органов государственной власти? Согласно выше сказанного

мною можно сделать вывод, что на практике реальное разделение властей в данной стране только лишь складывается.

Таким образом, в Российской Федерации почти весь набор государственно-властных полномочий сосредоточен у Президента РФ и Правительства России. Законодательная и судебная ветви власти находятся в подчиненном состоянии по отношению к исполнительной власти, что нарушает конституционный принцип разделения властей.

Грузия – на сегодняшний день, пока действует согласно поправкам с 6 февраля 2004 года, согласно вышесказанному можно сделать вывод, что существующая конституционная модель государственной власти Грузии не соответствует ни одной признанной демократической модели разделения властей. Деформированы те компоненты разделения властей, которые подразумевают рациональное размежевание полномочий властей и взаимоконтроль разных ветвей власти (систему сдержек и противовесов). Такой подход необходимо было изменить, что и сделало правительство Грузии, приняв изменение конституции 15 октября 2010 года, которая частично вступила в силу с января 2011 года, а полностью вступит в силу к концу 2013 года, после очередных парламентских и президентских выборов. Согласно новым изменениям Грузия должна перейти к полупарламентской форме государственного правления и в итоге должны быть исчерпаны все негативные нюансы нынешнего правления.

Месхишвили Кетеван¹

Обращение к конституционному суду, Как конституционно-правовое средство защиты права.

Введение



Право справедливого суда и его важнейший аспект- обращение к суду, всегда актуальная и чувствительная тема. Обозначенная наиболее бросается в глаза т.н. в «Новых демократиях». Адекватная реализация судебных прав вызывает доверие правосудия и служит политической или правовой стабильности государства.

Цель этого труда, использованием нормативного и логического метода проанализировать, что представляет собой обращение к суду, как оно разъясняется Грузинским или международным законодательством и в каком отношении с конституционным судом, а так же насколько является обращение к конституционному суду реализацией права обращения к суду.

I. Обращение к суду – основа реализации права справедливого суда

1.1. Право обращения к суду конституции Грузии и по практике конституционного суда Грузии.

Защита прав и свободы человека самая главная задача каждого демократического и правового государства, которое непосредственно исходит из конституционных обязательств государства, в согласии которого, государство признаёт и защищает общепризнанные права и свободу человека, как вечную и высшую стоимость человека. В осуществлении правительства люди и государство ограничены этими правами и свободой, как непосредственно действующим законом.²

¹ Студентка Юридического Факультета Тбилисского государственного университета имени Иване Джавахишвилиб Грузия.

² Статья- 7 Конституции Грузии, повестки парламента Грузии, 1995, №31-33

Исходя из такого значения прав и свободы человека, конституция Грузии учитывает обязательные правовые гарантии их защиты, из которых самый действительный защита человека с помощью суда.

Согласно первому пункту статьи 42, конституции Грузии, у каждого человека есть право для защиты своей свободы и своих прав обратиться к суду. Право защиты суда является одно из независимых прав человека, вместе с этим, все другие права и гарантии свободы, Средство защиты.¹ Претензия физического лица на защиту суда, или обращения к суду часто называют наистарейшим процессуальным правом.² У указанной нормы есть важное основанное значение для функционирования демократического и правового Государства³, так как уже было отмечено первичная функция правового Государства адекватная защита и реализация всех прав человека.⁴

Право справедливого суда, как измеритель осуществления принципа правового Государства, подразумевает возможность защиты в суде всех тех вопросов, которые по своей сути представляют право,⁵ поэтому право справедливого суда наиболее важный механизм, который регулирует индивид и государство,⁶ так же существующие между частными лицами спорные отношения, обеспечивает эффективную реализацию конституционных прав и защищает в защищённой сфере от неоправданного вмешательства.⁷ Обеспечение гарантии полного использования этих или иных прав есть возможность их защиты в суде. Право если при нём нету возможности его защиты судом, представляет собой только теоретическое и ложное и оно не может быть реальным средством защиты легитимных интересов лица.⁸ Больше использование прав поставить под вопросом, если не будет возможностью избежания на-

рушения прав или восстановлением нарушенных прав - правовой берет.¹

Эта обязанность представляет с одной стороны средство защиты других прав и интересов, но с второй стороны, важную архитектурную часть воздержания между ветвями власти.² Обращение индивидов к суду то средство, которое вызывает иницирование судебной власти.³ Отмеченное право представляет основу на которой можно построить целый ряд правовых конструкций. Вот почему, «конституционный вес» обращения к суду связан с эффективным осуществлением судебной власти.

Право доступности суда – обращения к суду утверждено в конституции многих государств, в том числе в таких как Федеральная республика Германии,⁴ Испания,⁵ Украина⁶, Российская Федеральная Республика⁷, Бенин и т.д.

Владельцы обсуждаемого права все физические лица. Вместе с этим опираясь на 45-ую статью конституции Грузии, которая позволяет распространение прав и свободы на юридические лица, и исходя из содержания гарантии защиты суда, можно сказать, что в случае необходимости правом обращения к суду воспользуются и юридические лица.⁸ Здесь так же надо отметить, что в отношении этого или того неконституционного акта право обращения к суду с 2002 года 5 марта получили юридические лица.⁹

Право обращения к суду лицо имеет в том случае, когда оно спорит о нарушении своих прав и свободы, но не тогда когда он принципиально хочет обжаловать тот акт или действие, которые посягают на права других¹⁰

¹ Решение пленума конституционного суда Грузии 2010 года 28 июня №1/466 дело, «Народный защитник Грузии против парламента Грузии».

² Решение конституционного суда Грузии 2009 года 10 ноября №1/3/421,422 дело, «Граждане Грузии –Гиорги Кипиани и Давид Унгиадзе против парламента Грузии».

³ Там же

⁴ «Если права кого-нибудь нарушились публичными властями, он может обратиться к суду» - Федеральная Республика Германии, статья 19(4). См Конституции зарубежных стран, часть3, редактированием В. Гонашвили.

⁵ Там же177, Конституция королевства Испании, глава 4, статья 53(2) см. www.senado.es/constitu i/index.hnvl

⁶ там-же636,Конституция Украины отделение2, статья 55

⁷ Конституция РФ, гл.2. ст55

⁸ Кублашвили К. Основные права, Тбилиси 2003,337

⁹ «Об конституционном суде Грузии» в законе органа Грузии в соответствии изменений 2002 года 12 февраля.

¹⁰ Мchedлидзе Н. Право справедливого суда в законодательстве Грузии и в практике конституционного суда Грузии, право собственности и право справедливого суда, исследовательские – практические международные материалы, Тбилиси 2005.61.

¹ Хецуриани Дж. Полномочие конституционного суда Грузии, в сфере основных прав защиты человека, обзор конституционного закона IV,2011, 52

² Кублашвили .К. основные права Тбилиси 2003, 336

³ См.решение пленума конституционного суда Грузии 2010 года 28 июня, дела № 1/466 «Народный защитник против парламента Грузии».

⁴ Sachs.M. Grundgesetz:Kommentar,Munchen 2003,94

⁵ См.решение пленума конституционного суда Грузии 2010 года 28 июня, дела № 1/466 «Народный защитник против парламента Грузии».

⁶ Права человека, Комиссия при Президенте Российской Федерации, Институт Государства и права РАН ,Москва 2001,317

⁷ См. Решение конституционного суда Грузии 2008 года 19 декабря №1/1/403, дело 427, «Гражданин Канады Хусейн Али и гражданка Грузии Елене Киракосиан против парламента Грузии».

⁸ Решение конституционного суда Грузии 2009 года 10 ноября №1/3/421,422 дело, «Граждане Грузии –Гиорги Кипиани и Давид Унгиадзе против парламента Грузии».

Данное предположение разделил и конституционный суд Грузии, когда в вердикте 10 января 1997 года разъяснил, что каждый человек имеет право обратиться к суду только за защитой своих прав и свободы, т.е. когда нарушены его, как конкретного лица, права и свободы. Конституционный суд в заключении указал, что так называемое народное обращение *acnion popularis* недопустимо как для общих судов, и так в контексте обращения к конституционному суду. Лицо может спорить только для защиты своих прав и свободы или восстановления.¹

Несмотря на большую значимость права обращения к суду, не абсолютно доступность лица к суду.² Оно может ограничено условиями обращения к суду, что должно быть оправдано легитимным общественным интересом существующем в демократическом обществе.³

Право обращения к суду в отношении прав человека статьи -6 Европейской конвенции и прав человека по практике Европейского суда.

Европейскую конвенцию (в последствии «Евроконвенция») защиты прав и основной свободы человека многие считают самым эффективным международным соглашением защиты прав человека, которое создало развитый международный наблюдательный механизм.⁴ Именно этот механизм есть европейский суд прав человека, который со дня его создания эффективно осуществляет наложенную на него миссию.

Несмотря на то, что для членов-государств не обязательны *erga omnes* решения европейского суда, государства должны учитывать принятые решения в отношении других стран, чтобы обеспечить соответствие внутреннего законодательства в отношении европейской конвенции. Статья-46 Европейской Конвенции Защищает право справедливого суда, у которого имеется фундаментальное значение в демократическом обществе, центральное место в системе конвенции занимает статья 6 Европейской конвенции. Объект защиты указанно статьи представляет принцип верховности закона, на котором основыва-

ется всё общество. Оно отражает ту часть традиций, которые согласно преамбуле конвенции, общее для стран подписавших конвенцию.¹

По определению Европейского суда по правам человека, 6- (1) –ая статья по своей сути включает в себя право на судебное рассмотрение, один из аспектов которого представляет право обращения к суду.

Апелляцию на ограничение на право обращения к суду могут подать все те лица, которые жалуются, что ему не была дана возможность обращения к тому суду, у которого имеется фактическое и правовое полномочие рассмотрения и решения обстоятельств.²

Суд это право впервые признал в 1975 году, в оглашенном деле «Голдер против объединённого Королевства»³, где в отношении спора о Гражданских правах, Европейский суд при рассмотрении дела судом в отношении предела Гражданских прав сделал заключение и решил, что по 6-ой статье гарантированное право справедливого суда потеряет смысл, если не будет существовать право обращения к суду.⁴

Суд так же решил, что 6 (1)-ая статья вместе с правом обращения к суду содержит на осуществление справедливости принцип отказа,⁵ на основании которого, можем заключить, что обеспеченное право лица на первый пункт 6-ой статьи, что в отношении его прав и обязанностей любой спор суд может сделать предметом обсуждения. Этим путём статья включает в себя право на суд и право на доступность.⁶

Европейский суд подчёркивает, что право на доступность не абсолютно и, что кроме других неограниченных границ основных прав, могут подразумеваться и ограничения.⁷ По делу «Ашингдейн против объединённого Королевства»⁸ суд дополнительно установил, что относи-

¹ Виткаускас Д. Энтони С.Л. Право рассмотрения справедливого суда в отношении Европейской конвенции по правам человека (6-ая статья), руководство для юристов, Тбилиси 2008, 8

² Le Compte, Van Leuven and De Meyere v, Belgium [ECHR] Application no 6878/75; 7238/75 judgment of 18/10/1982

³ Согласно обстоятельств дела, заявитель отбывал наказание в одной из Английских тюрем, где случались серьёзные беспорядки. Его обвинил на покушение сотрудник тюрьмы, для чего хотел начать производство мотивом клеветы, но это было запрещено порядком тюрьмы.

⁴ Golden v. United kingdom [ECHR] Application no 4451/70, judgment of 21/2/1975

⁵ Виткаускас Д. Энтони С.Л. Право рассмотрения справедливого суда в отношении Европейской конвенции по правам человека (6-ая статья), руководство для юристов, Тбилиси 2008, 47

⁶ Golden v. United kingdom [ECHR] Application no 4451/70, judgment of 21/2/1975 см. Керкелли Л. Мчедлидзе Н. Налбандов Ал; Соответствие законодательства Грузии к стандартам Европейской конвенции прав человека и к стандартам их протоколов, Информационное бюро совета Европы в Грузии, Тбилиси 2005, 130

⁷ Здесь, пункт 38

⁸ В вышеуказанном деле суд установил, что для физически больных лиц ограничение обращения к суду служит законной цели, так как этим путём ответственные за них лица защищены от необоснованных судов. Ограничение ответственности лиц за пациентов из за небреж-

¹ Мчедлидзе Н. Право справедливого суда в законодательстве Грузии и в практике конституционного суда Грузии, право собственности и право справедливого суда, исследовательские – практические международные материалы, Тбилиси 2005.62.

² Mole N. Harbi. C The right to a fair trial, A guide to the implementation of article 6 of the European Convention on Human Rights, handbooks, no. 3, 2006,

³ Решение конституционного суда Грузии 2009 года 10 ноября №1/3/421,422 о деле «Граждане Грузии – Гиорги Кипиани и Давид Унгиадзе против парламента Грузии».

⁴ Керкелли К., Курдадзе. И. Международное право прав человека по Европейской конвенции, Тбилиси 2004, 10

тельные ограничения не должны ограничивать и уменьшать разрешённое для лица право до той границы, чтоб не исказить суть права.¹ Исходя из этого, ясно, что у государств есть право установить некоторые ограничения на право обращения к суду, если у ограничения легитимная цель, защищены принципы умеренности и нету такого широкого характера, чтобы посягать на суть этого права.

По делу «Горнсби против Греции» - Европейский суд установил, что право на суде было бы иллюзионное, если внутренняя государственная система разрешила бы в ущерб какой ни будь стороны неисполнение вошедшего в силу решения.² Нелогичным было бы, детально учитывать 6-ую статью, для спорных сторон назначенными процедурными гарантиями так, чтоб не защитить исполнение решения суда. Такое разъяснение 6-ой статьи, что она касается только доступности суда и судебного производства, привело бы в правовом Государстве до недопустимого случая, обязательства уважения которого наложили Государства во время ратификации. Поэтому, исполнение решения любого суда для целей 6-ой статьи первого пункта должно рассматриваться как неотъемлемая часть суда.³

Обращение к суду не только должно существовать, но и должно быть деятельно, потому что существование права на обращение не является достаточным гарантом.⁴

Указанную позицию разделил и Европейский суд прав человека, когда по делу «Эири против Ирландии»⁵ постановил, что Государства должны обеспечить действительную доступность.⁶ Суд повторил много раз намерение конвенции, обеспечил не теоретические и иллюзионные, а практические и эффективные права и постановил, что указанное осо-

бенно касалось права обращения к суду, учитывая то место, где стоит обсуждения справедливого суда в демократическом обществе.¹

Важно, что 6 –ая статья конвенции не применяется на производство дела в конституционном суде, если производство закона не включает в себя слушание и касается только конституционных прав, соответствия с национальной конституцией с местным законом.² Однако, деятельность 6-ой статьи распространяется на производительность дела в том случае, если решение конституционного суда может повлиять на тот спор, который входит в сферу действия 6-ой статьи.³

II. Конституционный суд- орган защиты прав человека

2.1. Правозащитная деятельность Конституционного суда

Как неоднократно обозначалось, защита прав и свободы человека задача любого правового государства, которая осуществляется разными правовыми механизмами. На этом пути важная роль отводится специализированным органам конституционного контроля, конституционным судам.⁴ Подтверждение обозначенному «О конституционном суде» первая статья Грузинского закона, в соответствии которой конституционный суд есть судебный орган конституционного контроля, который обеспечивает защиту конституционных прав и свободы человека.

Достижение этой цели зависит от полномочий данных конституционному суду и их границ, что в разных странах упорядочивается по разному. Компетенция конституционных судов, как правило, определена конституцией. В большинстве случаев конституции содержат полный список полномочия,⁵ отражение которых может осуществиться в законах, однако тем условием, что закон не поменяет установленные конституцией пределы компетенции. Кроме указанного, существует целый ряд государств, конституции которых не содержат полный спи-

ных и бессовестных действий, вместе с теми требованиями, что для продолжения судебного производства обязательно представить в суд основанные аргументы об небрежности и бессовестности не противоречило первому пункту 6-ой статьи. См *Коркелиа К. Мчедлидзе .Н. Налбандов Ал.* Соответствие Грузинского законодательства с Европейской конвенцией по правам человека и к стандартам протоколов, Информационное бюро совета Европы в Грузии, Тбилиси 2005,131

¹ *Ashingdane v. the United Kingdom* [ECHR] *Application no 8225/78*, judgment of 21/2/1985

² *Norhsy v. Greece* [ECHR] *Application no 183575/91*, judgment of 19/03/1997

³ Там же пункт 40

⁴ Там же 132

⁵ *Airey v. Ireland*, [ECHR] *Application no 6289/73*, judgment of 9/10/1979

⁶ В соответствии вышеуказанных обстоятельств, заявитель хотел занести иск на развод, осуществление обозначенных процедур лично, без адвоката было невозможно. У заявителя не было возможности покрыть юридические услуги собственными расходами. См. *Bertuzzi v.* judgment of 13/2/2003; *Staroszczyk v. Poland*, judgment of 2007 and *Morris v. United Kingdom*, judgment of 15/2/2005

¹ *Airey v. Ireland* judgment of 9/10/1979 см. *Коркелиа К. Мчедлидзе .Н. Налбандов Ал.* Соответствие Грузинского законодательства с Европейской конвенцией по правам человека и к стандартам протоколов, Информационное бюро совета Европы в Грузии, Тбилиси 2005,132

² *Valasinas v. Lithuania*, [ECHR] *Application no 4555/988*, judgment of 16/3/2000

³ *Deumeland v. Germany* [ECHR] *Application no 9384/81*, judgment of 29/5/1986

⁴ Кахиани .Г. Конституционный контроль в Грузии, теория и анализ законодательства, Тбилиси 2011, 198

⁵ Там же 164

сок осуществляющих полномочий специализированных органов, в соответствии закон даёт возможность расширить объём полномочий.¹

Конституция Грузии устанавливает список принадлежащей конституционному суду компетенции полномочий,² в то же время определяет, что конституционный суд осуществляет установленные конституцией Грузии и органическим законом другие полномочия.³ Компетенция конституционного суда Грузии определена как конституцией, так же – «О конституционном судк Грузии» органическим законом.

Функцию защиты прав человека конституционный суд Грузии осуществляет проверкой тех нормативных актов на конституционность, которые получены в отношении второй главы конституции Грузии.⁴ Нормативный акт в пределах полномочия конституционного суда может быть обсужден в том случае, если существует органическая связь, непосредственное отношение между этим нормативным актом и признанием второй главы конституции Грузии о правах и свободы человека. Существование этого обращения, со стороны хорошо видно в предмете регулирования нормативных актов,⁵ что гарантировано второй главой конституции Грузии что должно быть какое - нибудь основное право или свобода человека.

В сфере защиты прав человека для лучшего понятия роли конституционного суда обязательно надо определить какие права оказываются в категории основных прав и свободы, какое взаимоотношение существует между правами и свободой и с какой формой урегулирования мы имеем дело в случае 39-ой статьи конституции Грузии, которая указывает, что вторая глава конституции Грузии не даёт весь список прав человека, что со своей стороны в судебной практике создаёт проблемы связанные с отношением прав человека признанного второй главой конституции спорного акта.

¹ Там же 165, Эта форма урегулирования встречается в Испании, в России и Германии. См. Конституции государства Европы, Том2, под общей редакцией Л.А.Окунькова, Москва 2001, 89-90

² См. 89 статью конституции Грузии 1-ый пункт, повестки парламента Грузии 1995, №31-33

³ См. Статью 89 конституции Грузии 1-ый пункт «з» подпункт, повестки парламента Грузии 1995, №31-33

⁴ Конституция Грузии в отмеченной сфере полномочие конституционного суда определяет следующим образом: Конституционный суд Грузии «На основании иска лица рассматривает конституционность нормативных актов признанных второй главой конституции Грузии в отношении основного права и свободы человека. 89-ая статья конституции Грузии, 1ё-ый пункт «в» подпункт.

⁵ Хецуриани Дж. Полномочие конституционного суда Грузии в сфере защиты основных прав человека, обзор конституционного суда IV, 2011, 52

Определяют в разной жизненной сфере пределы социальной возможности человека, которые обеспечены государством, с точки зрения их юридическим характером и систем гарантий, «права» и «свободы» идентичное понятие.¹ Нюансы которыми они отличаются от друг друга, не могут привести к специфике выполнения полномочия конституционного суда по отношении того, случается ли проверка спорного нормативного акта в отношении основных прав или свободы.²

Что касается отношения 39-ой статьи конституции Грузии и основных прав, здесь вопрос – Какое основное право человека и признаны или нет все основные права человека второй главой конституции? В согласии преобладающего в юридической литературе мнения, основные только те мнения, которые гарантированы конституцией. Тогда когда, в соответствии 39-ой статьи конституции, конституция Грузии не отрицает общепризнанные права человека и гражданина, свободу и гарантии, которые здесь не упомянуты, но сами по себе исходят из принципов конституции.

Исходя из вышеуказанного, если какое - нибудь право не учитывается во второй главе конституции, но оно общепризнано, напр. силой какого-нибудь международного правового соглашения, в случае его нарушения нормативным актом, конституционный суд может обсудить конституционность спорного нормативного акта только тогда, если обосновывается, что это право само по себе исходит из принципа конституции и относится к категории основных прав и свободы.³

Конституционным судом для определения непредвиденного конституцией этим или другим основным правом человека, он должен обосновать, что это право есть неотчуждаемое право человека и оно принадлежит всем людям от рождения, недопустимо отнятие этого права государством и оно исходит из принципов утвержденной в конституции демократии, правового государства, социального государства, разделения правительства.⁴

¹ Права человека, Отв. Ред. Е.А.Лукашева, Москва 2002, 133, надо отметить, что часть учённых, развивает отличающее мнение на вышеуказанный вопрос, в соответствии которого, большая часть основных прав права свободы, в которых государство не может вмешаться на основании специального обоснования – только на основании закона в точно определенных случаях. См. Кублашвили .К. Основные права Тбилиси 2003, 41-42

² Хецуриани Дж. Полномочия конституционного суда Грузии в сфере защиты основных прав человека, Обзорение конституционного суда IV 2011, 54

³ Хецуриани Дж. Прлномочия конституционного суда, Журнал «Человек и конституция» №4 2006

⁴ См. Изория .Л.; Коркелиа К; Кублашвили К; Хубуа Г. Коментарии конституции Грузии основные права и свободы человека, Тбилиси 2005, 334-336

Правозащитная деятельность конституционного суда значительно эффективна тогда, когда законодательство оборудует полномочием рассмотрением индивидуальные жалобы граждан конституционного суда.

Обращение к конституционному суду.

89-ая статья конституции Грузии определяет тот круг субъектов, которые могут, иском или представлением обратиться к суду.¹ У круга субъектов у которых есть право обращаться к конституционному суду есть принципиальное значение и не случайно, что соответствующее многим государствам мира законодательство точно определяет круг этих субъектов.² У физических и юридических лиц есть право, напрямую обратиться с иском к суду.³

Обращение частных лиц в конституционный суд может осуществляться в следующих трёх контекстах: 1. Иск будет представлен конституционному суду на том основании, что спорная неконституционная норма, будет это закон, указ, или декрет нанёс ущерб истцу.⁴ 2. Иском, основа которого использование государственным служащим текущего закона против конституции, чем нанесён ущерб истцу.⁵

3. Иском, который ставит под сомнение конституционность закона или нормативного акта, несмотря на то, нанесён ли истцу какой-нибудь ущерб то есть так называемый **action popularis**, который разрешён только в Венгрии, Болгарии, Румынии и Армении и в нём вообще не предвидено внесение иска непосредственно физическими или юридическими лицами, но первые два государства считают допустимым косвенную доступность в лице обращений из общих судов.⁶

¹ Исходя из цели диссертации, в контексте доступности конституционного суда идёт речь только о праве обращения к конституционному суду только физическим и юридическим лицам, которые только они могут осуществить, когда считают, что спорная норма непосредственно нарушает или может нарушиться в будущем её право, учтённое 2-ой главой конституции Грузии.

² Хецуриани Дж. Уполномоченные субъекты обращением в конституционный суд, журнал «Человек и конституция» №4, 2002, 9.

³ Шварц Г. Укоренение конституционного правосудия в посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, Предисловие Патриция М. Валди и редактированием К.Кублашвили, Тбилиси 2003, 81

⁴ Это довольно распространённая процедура и встречается в конституциях следующих стран: Конституция 1997 года Польши, 79.1. статья; Конституция Чешской республики 87.1. (Д подпункт), Основной закон Германии 93.1. (4а) статья; Конституция Испании, 161.1. (б) статья.

⁵ Обозначенное в многих случаях выходит за пределы полномочий конституционного суда; Конституция Словакии, 127-ая статья; Конституция Чехии, 87.1.(д) статья.

⁶ Конституция Болгарии, 150.2. статья (надо отметить, что представления может только Верховный кассационный суд и верховный административный суд) так же см. *Шварц Г.*, Укоренение конституционного правосудия в посткоммунистической Европе, Перевод К.Алексидзе, Предисловие Патриция М. Валди и редактированием К.Кублашвили, Тбилиси 2003, 81

В Польше конституционный трибунал осуществляет конституционное правосудие. Здесь у физических лиц совсем нет прав обратиться к конституционному суду по поводу нарушения человеческих прав и просить защиту их прав.¹

В Великобритании вообще не существует институт конституционного надзора, по той простой причине, что у страны не имеется один акт, который был бы объявлен основным законом Государства. Надо отметить и то обстоятельство, что судами Великобритании не происходит заявление того или иного акта «незаконным» и в том случае, если в законе есть недостатки, их устранение происходит более «мягкими» методами.²

Некоторые страны в том числе, Чешская Республика, Словакия и Грузия,³ для нарушения конституционных прав учитывают прямое представление иска индивидами в суд, только в случае нарушения их конституционных прав.

Во время разговора об индивидуальных исках, обязательно учитывать практику Западной Европы, иски такого типа налегали тяжким грузом на конституционный суд многих стран Европы.⁴

С целью сокращения численности дел, в Германии действует порядок, в соответствии которого до предъявления иска в конституционный суд обязательно исчерпать все другие средства защиты права.⁵ В Восточной Европе тоже сравнивались с Западной моделью, только с тем исключением, что в Чешской и Словацкой республиках не обязательно исчерпать правовое средство в том случае, когда содержание иска влияет на индивидуальные интересы истца, или если существует опасность, что перенесение рассмотрения дела может вызвать непоправимый ущерб.⁶

В связи с упомянутым вопросом, в грузинской юридической литературе имеется мнение, что для конструктивного действия механизма

¹ Шургаи С. Конституционные суды Европейских Государств – последняя инстанция ведения дела на национальном уровне в Европейском суде прав человека до инстанции, современные отзывы защиты прав человека, редактированием К.Коркелли, Тбилиси 2009, 247

² О.Мелкадзе Конституционное право зарубежных стран, том 1, Тбилиси, 1999г. 122

³ Конституция Чешской Республики 87.1. (д подпункт) статья, акт Словакии 127-ая статья, конституция Словакии 18.1 (в подпункт) статья, Конституция Грузии, статья 89.

⁴ Шварц Г. Укоренение конституционного правосудия в посткоммунистической Европе, Перевод К.Алексидзе, Предисловие Патриция М. Валди и редактированием К.Кублашвили, Тбилиси 2003, 81

⁵ О федеральном конституционном суде Германии акт, статья 90.2. исключение из требования, если имеется «Серьёзный и неизбежный ущерб истцу»

⁶ Шургаи С. Конституционные суды Европейских Государств – последняя инстанция ведения дела на национальном уровне в Европейском суде прав человека до инстанции, современные отзывы защиты прав человека, редактированием К.Коркелли, Тбилиси 2009, 254

решения индивидуальных исков граждан обязательно принятие и решение укоренение рациональных **процесных** форм. В противном случае действие лиц желающих защитить свои права примет стихийный характер и работа конституционного органа юстиции практически станет невозможной.¹ С этой точки зрения можно сказать, что законодательство Грузии в отношении конституционного иска «Лица» устанавливает три обязательные назначения: Конституционный иск допустим, если спорный правовой акт нормативного характера. Контролю подлежит любой нормативный акт и его отдельная норма, которая может опубликоваться на территории Грузии, исключение конституция Грузии и конституционный закон. Т.е. в данном случае конституционный контроль универсального характера.

Занесение в конституционный суд конституционного иска допустимо только в том случае, когда истцы считают, что спорный нормативный акт непосредственно перечит допустимой 2-ой главой конституцией Грузии признанному праву или свободе.

Спорный нормативный акт непосредственно должен нарушать право истца, то есть эта норма исключит право лица, оспаривать в случае нарушений прав другого лица.²

Надо отметить, что первичной редакцией 39-ой статьи органического закона «о конституционном суде Грузии», право заносить конституционный иск в конституционный суд истцы имели только в том случае, если они считали спорным актом уже были нарушены их права и свобода признанная второй главой конституции. Отмеченное правило исключало возможность избежания предвиденного нарушения прав лиц действием неконституционного нормативного акта.³ В это время действующая норма даёт истцу право обратиться к конституционному суду даже в том случае, если лицо считает, что даже в будущем, по отношению к нему может нарушиться признанное второй главой конституции право и свобода.

Кроме вышеупомянутого, первичной редакцией 39-ой статьи право вносить в конституционный суд конституционный иск кроме граждан Грузии, проживающих только в Грузии присваивала только прожи-

вающих в Грузии физическим лицам и юридических лицам.¹ Стало отмечено правило предметом правового спора, конституционный суд установил, что 42-ой статьей конституции Грузии, который определяет пределы и содержания допустимости к суду, как независимых, так и основных принципов конституции Грузии, в результате совместного чтения, единолично и недвусмысленно считает допустимым субъектом к суду всех людей и одновременно подразумевает в конституционном суде возможность защиты прав всех людей как общей юрисдикции.²

Цель регламентных норм правоведения определяющих компетенцию конституционного суда создать адекватный беркет для защиты прав человека признанный 42-ой статьёй реализации прав и признанную конституцией полных фундаментальных прав. В соответствии назначения этих прав не может стать нарушением фундаментальных прав человека и нарушением права обращения к суду. В одной и той же норме конституции не может быть путь достижения конкретной цели и вычисляющие основы для достижения этой цели.³

Таким образом действующей редакцией органического закона Грузии «О конституционном суде Грузии», обратиться иском в конституционный суд могут как и граждане зарубежных стран и граждане не имеющие гражданство, а так же юридические лица которые зарегистрированы за пределами Грузии, если защищены требования установленные для внесения иска.

Конституционный суд Грузии – Эффективное правозащитное средство защиты права?

Европейский суд прав человека о деле «Апостол против Грузии», вполне подробно обсудил о конституционном суде Грузии как о эффективном внутрегосударственном средстве защиты прав человека.⁴ В решении суд отметил, что «в» подпункт первого пункта 89-ой статьи конституции Грузии обеспечивает индивидуальное право обращения к конституционному суду, т.н. «нереальной» формой конституционной жалобы. В практике это означает, что отдельные лица могут поставить под сомнение конституционный вопрос действующего законодательства, даже

¹ Это означало, что иностранный гражданин, если он не жил в Грузии, не мог обратиться иском к конституционному суду. Этим правом не могло воспользоваться и юридическое лицо, если оно не было зарегистрировано на территории Грузии.

² См. Решение пленума конституционного суда Грузии 2010 года 28 июня о деле №1/466 «Защитник народа Грузии против парламента Грузии».

³ Там же

⁴ Apostol v. Georgia [ECHR] Application no 40765/02, judgment of 28/11/2006

¹ См. Мелкадзе. О, Двали Б., Компетенция конституционных судов, журн. «Человек и конституция» №3, 1999,64

² Отмеченное не распространяется на народного защитника Грузии. См. Кахиани Г., Конституционный контроль в Грузии, теория и анализ законодательства, Тбилиси 2011,202

³ Там-же

тогда когда его осуществление не влияет на них в данный момент. Однако они не могут обжаловать принятые решения приняты судами или гражданскими повестками, которые напрямую влияют на их конкретное состояние.

По мнению суда, эта модель индивидуального конституционного иска похожа на модель Венгерского конституционного суда, которая в как в деле «Вени против Венгрии» оказалась неэффективным средством для целей 35-ой статьи конвенции.¹

Причиной такого заключения стало то, конституционный суд Венгрии был уполномочен только на контроль конституционности законов, и не мог отменить или исправить принятые Государством мероприятия против частных лиц.²

Конституционная модель Грузии отличается от практик других стран, например, от Германской, Испанской и Чешской республик. Существующий в этих странах «реальные» конституционные иски дают возможность, исправить доступность фактов прав и свободы официальных лиц, или где нарушение прав обеспеченности конституцией не решения суда, а результат другого вмешательства, запрещает официальным повесткам, продолжать нарушение прав и так же указывает этим повесткам, восстановить **status quo** если это возможно.³

Европейский суд так же отметил, что конституционный суд Грузии не уполномочен аннулировать индивидуальные решения вынесенные гражданскими повестками или судом, которые напрямую влияют на права истца (как физического так юридического лица). В результате объявления правового или другого нормативного акта неконституционным не следует на основании спорного акта аннулирование уже принятого решения суда.⁴ Европейский суд по делу Апостола так же отметил, для того чтоб средство защиты было эффективным, оно просто не только косвенно должно защитить предвиденные конвенцией права⁵, но должно обеспечить быстрое удовлетворение исковых претензий существующие для конкретного ущерба.

¹ 35-ая статья Европейской конвенции определяет те обязательные порядки, защита которых обязательна, чтоб Европейский суд прав человека принял на рассмотрение жалобу конкретного лица.

² См. Вени против Венгрии, 30/06/1993

³ См. Hartman v. Czech Republic, [ECHR] Application no 53541/99, judgment of 03/12/2003, Surmeli v. Germany, [ECHR] Application no 75529/01, judgment of 08/06/2006

⁴ «О конституционном суде Грузии» органический закон Грузии, 22-ая статья, повестки парламента, №001, 27.02.1996

⁵ Deweer v/ Belgium, [ECHR] Application no 6903/75, judgment of 27/2/1980

Исходя из вышеуказанного, по делу Апостола суд решил, что существующая в настоящее время в Грузии система индивидуального конституционного иска, у которой не хватает эффективного механизма, предложить жалующемуся прямое и конкретное средство для исправления нарушений защиты прав человека, не может рассматриваться соответствующим средством защиты прав.

Надо сказать что об отмеченной проблеме говорят не только за пределами страны. Бывший член конституционного суда Грузии проф. Б. Зоидзе заявляет: «У конституционного суда нету возможности контролировать общие суды, суд аннулирует нормативный акт, но «умоет руки» для пересмотра принятых на основании этих актов решения. Законодательство не даёт возможность пересмотреть решения судов. А контроль решения судов снимает эту проблему.»¹

Новейшее прецедентное право конституционного суда сделало эту проблему более видимой. По делу «Народный защитник Грузии, гражданин Грузии Элгуджа Сабаури и гражданин Российской Федерации Звиад Маниа против парламента Грузии» конституционный суд общие суды, фактически, обвинил в неконституционном действии и в нарушении человеческих прав, но результат не последовал, причиной был конституционный мандат, по которому он не может осуществить контроль решений общих судов.²

Что касается опыта других стран. Надо принимать во внимание мнение, что «Законодательство некоторых стран защищает не только законодательное и исполнительное правительство, но и возможный произвол от стороны правительства. В частности у граждан есть возможность, обжаловать не только законы, акты президента или правительства, но и те решения общих судов, которые посягают на их конституционные права».³

Правом контроля решения общих судов оборудованы три страны постсоветского пространства: Азербайджан⁴, Республика Беларусь⁵ и

¹ Зоидзе. Б. Конституционный контроль и порядок достойный в Грузии, Тбилиси 2007,187

² Решение конституционного суда Грузии 2009 года 13 мая №1/1/428,447,459 дело «Народный защитник Грузии, гражданин Грузии Элгуджа Сабаури и гражданин Российской Федерации Звиад Маниа против парламента Грузии»; об этой же проблеме рассуждал конституционный суд о делах: «Ассоциация молодых юристов Грузии и гражданка Русудан Табатадзе против парламента Грузии».14/07/2006; «Гражданка Грузии Нино Бурджанадзе против парламента Грузии»(вердикт), 22/03/2010.

³ Кверенчиладзе Г., Правовая защита конституции и модели конституционной юстиции: некоторые теоретические вопросы, журнал «Человек и конституция», №3, 2006, 40

⁴ Конституция Азербайджана, 130-ая статья, 4-ый пункт.

⁵ Конституция Республики Беларусь, статья 1160-ая,

Таджикистан.¹ Среди стран Европы классический пример аналогистической системы конституционного контроля конституционное право Федеративной республики Германии². Полномочие осуществления контроля над решениями общих судов дано конституционному суду Испании.³

Контроль судебной власти, а не ещё одна ступень лестницы правосудия После рассмотрения конституционным судом разных моделей конституционного контроля решений общих судов, результатом могут сформироваться несколько тех особенностей, которые могут быть у такого подхода: Это еще один механизм защиты прав человека.⁴

Эту модель теоретики оправдывают тем, что акты верховного суда носят «Квазинормативный» характер, содействует установлению единообразного определения и включает не прямые указания для судов.⁵

Между судами и конституционными судами сформируется однообразная «конкуренция», что обеспечит повышение качества и ответственности в решениях общих судов.⁶

У общих судов в «новой демократии» меньше традиций независимости, что если учесть значение институциональной памяти, решающее в процессе формирования конституционализма. А конституционный суд от такой традиции свободен.⁷

¹ Конституция Таджикистана, статья 89-ая (Конституционное право зарубежных стран, редактированием В.Гонашвили).

² Менабде В. Парадигма конкретного контроля в конституционализме, конституционные и международные механизмы защиты прав человека, под редакцией К.Коркелиа, Тбилиси 2010, 140

³ Шварц Г.. Укоренение конституционного законодательства в посткоммунистической Европе, перевод К.Алексидзе, предисловие Патриции М. Валди и под редакцией К.Кублашвили, Тбилиси, 2003, 67

⁴ Менабде В. Парадигма конкретного контроля в конституционализме, конституционные и международные механизмы защиты прав человека, под редакцией К.Коркелиа, Тбилиси 2010, 142

⁵ Конституционные изменения «Ассоциация молодых юристов Грузии». 5

⁶ В данном случае можем иметь дело с двойным эффектом, когда кроме отмеченного произойдет стимуляция представлений конституции- у судей общих судов будет ещё больше мотивации и интереса непосредственно рассмотрению конкретного дела, они не могут обратиться к конституционному суду. См. Шарашидзе М. Перспективы присваивания полномочий на рассмотрение «реальных» конституционных исков конституционному суду Грузии., конституционные и международные механизмы защиты прав человека, под редакторством К. Коркелиа, Тбилиси 2010, 210

⁷ Менабде В. Парадигма конкретного контроля в конституционализме, конституционные и международные механизмы защиты прав человека, под редакцией К.Коркелиа, Тбилиси 2010, 143

Конституционный суд, который сегодня отличается от системы общих судов, исполняет важную функцию, но было бы более эффективно расширение этих функций, полномочий, и соответственно основу обращения к

Заключение

В труде было рассмотрено право обращения к суду, как фундаментальный аспект реализации права справедливого суда, в соответствии грузинского и международного законодательства, так же выявилось значение опираясь на прецедентное право.

Внимание обратилось на обращение и связь в правовой системе Грузии и зарубежных стран. В труде так же обсуждалось расширение пределов обращения к конституционному суду и его полномочий и был сделан вывод, что желательно, чтоб в Грузии конституционному суду было присвоено компетенция контроля решений принятых общими судами, чем создадим однообразный фильтр, который доведёт до минимума численность дел посылаемых в Страсбург за счёт эффективного рассмотрения дел на национальном уровне. Вместе с этим похожей системой станет возможным нагрузка конституционного суда как правозащитного органа и создание для лиц больше правовых гарантий в направлении практической реализации их прав.



Михайлова Екатерина¹

**Конституционно-правовые особенности
регулирувания
приграничного сотрудничества
в федеративных государствах**

Введение

Традиционно при изучении вопроса разграничения предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами экспертное сообщество фокусируется на сфере внутренней политики государства, отказываясь от рассмотрения внешних связей, видя в них предмет исключительного ведения федерации². Однако, в последнее время все чаще звучат утверждения о частичной международной правосубъектности членов федерации. Такое наложение прямо противоположных точек зрения по поводу конституционно-правовых особенностей регулирования внешних связей в федеративных государствах создает почву для дискуссий и новых исследований.

Наиболее серьезно проблемы разграничения предметов ведения федерации и ее субъектов проявляются в осуществлении такого вида международной деятельности регионов, как приграничное сотрудничество. Это обусловлено многоуровневой структурой и стратегической значимостью этого компонента внешних связей государства. Приграничное сотрудничество, находящееся на стыке внешней и внутренней политики, должно рассматриваться как неотъемлемая часть внешнеполитической доктрины государства и эффективный способ обеспечения национальной безопасности путем создания «пояса добрососедства» по периметру его границ.

Ключевой потенциал развития сотрудничества между приграничными регионами, заложен в непосредственной близости их территорий, в прекрасном знании «соседа», в общности инфраструктуры, а также

многих проблем и вопросов, непосредственно затрагивающих людей, проживающих по обе стороны государственной границы.

Смежность экономического, экологического и культурного пространства должна стимулировать построение такой модели отношений, которая устраивает и ту и другую сторону¹. В конечном счете, приграничное сотрудничество может позитивно влиять и на характер двусторонних межгосударственных отношений, что отвечает долгосрочным интересам государств.

Россия как федеративное государство, число государств-соседей которого насчитывает 16, а протяженность сухопутной и морской границы превышает 60 тысяч километров, весьма заинтересована в изучении апробированных моделей и механизмов приграничного сотрудничества с целью эффективного использования возможностей для развития, существующих в этой сфере.

Учитывая, что 76,6% территории Российской Федерации, на которой проживает свыше 43% населения, имеет статус приграничных регионов можно с высокой долей уверенности прогнозировать, что актуальность тематики приграничного сотрудничества и его использования для целей регионального развития будет нарастать.

Цель данной работы состоит в исследовании влияния федеративной формы государственного устройства на регулирование приграничного сотрудничества как компонента системы международных и внешнеэкономических связей субъектов федерации.

Для достижения поставленной цели предполагается решение следующих задач:

- обобщение теоретических знаний по тематике федеративного государства и международной правосубъектности членов федерации;
- анализ конституционно-правовых способов распределения компетенции между федерацией и ее субъектами;
- соотнесение юридически закрепленного распределения полномочий в сфере международного сотрудничества между федерацией и ее субъектами с практикой осуществления внешних связей субъектами федерации;
- уточнение основных понятий по тематике приграничного сотрудничества;
- рассмотрение истории и эволюции приграничного сотрудничества в Европе;

¹ Студентка Факультета Государственного Управления Московского Государственного Университета имени М.В. Ломоносова, Россия.

² Толстых В.Л. Международная деятельность субъектов Российской Федерации. – М.: Международные отношения, 2004. – с. 7.

¹ Толстов В.К. Приграничное сотрудничество: опыт, проблемы и перспективы. Барнаул: Изд-во АлтГТУ, 2008. – С.5

- анализ нормативно-правовой базы приграничного сотрудничества в федеративном государстве и выявление ее специфики;

- освещение развития федеративных отношений в России через призму изменения практики и правовых основ осуществления внешних связей субъектами РФ;

- изучение комплексного национального российского законодательства по регулированию внешних связей и приграничного сотрудничества регионов;

- выявление имеющихся проблем, пробелов и коллизий в конституционно-правовой базе приграничного сотрудничества в РФ, поиск путей устранения этих недостатков.

Для решения этих задач применялись методы аналогии, синтеза, сравнительно-правового и сравнительно-исторического анализа.

В ходе подготовки работы были изучены федеральные конституции ряда государств (России, Германии, США, Канады, Индии), международные нормативные акты в области приграничного сотрудничества (Европейская рамочная конвенция о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей от 21 мая 1980 г., Дополнительный протокол от 9 ноября 1995 г. и Протокол №2 от 5 мая 1998 года к ней), федеральные законы в области международных связей и внешнеэкономической деятельности субъектов РФ, законопроекты «О приграничном сотрудничестве в РФ» (в редакции 2004 и 2008 годов), а также концепции внешней политики и приграничного сотрудничества России.

При ознакомлении с теоретическим материалом по теме федерализма и федеративных отношений, реализации принципа разделения предметов ведения и полномочий между центром и регионами, приграничного сотрудничества и приграничных регионов были использованы монографии и учебные пособия для высшей школы конституционно-правовой, международно-правовой и политологической направленности, литература по европейской интеграции и региональному взаимодействию.

Интернет-ресурсы, привлеченные в ходе написания данной работы, представляют собой электронные публикации статей экспертов-международников и электронные версии авторефератов на соискание кандидатской степени.

Подводя итоги этапу исследования литературы, отметим, что анализ специфики регулирования приграничного сотрудничества в федеративных государствах с точки зрения конституционного права встречается довольно редко, чаще он заменяется описанием практики участия членов федерации в международном общении. Феномен междуна-

родной деятельности субъектов федерации игнорируется в учебных пособиях и освещен исключительно в монографиях, что свидетельствует об отсутствии консенсуса по этому вопросу в академической среде. Из этого следует, что тема разграничения полномочий в сфере международного сотрудничества в федеративном государстве еще не перешла в позицию конституционно-правовых постулатов и сегодня находится в состоянии верифицируемого научного знания.

Таким образом, усвоение накопленного в теории международного и конституционного права анализа распределения полномочий между федерацией и ее субъектами в сфере международного сотрудничества, интерпретация и дополнение этого материала с учетом особенностей приграничного сотрудничества, наряду со сравнением полученных выкладок с действующим российским законодательством представляется достаточно ценной исследовательской работой.

I. ФЕДЕРАТИВНОЕ ГОСУДАРСТВО КАК УЧАСТНИК МЕЖДУНАРОДНЫХ СВЯЗЕЙ

1.1. Особенности федеративной формы государственного устройства

Большинство университетских учебников по курсу конституционного права под термином «*государственное устройство*» понимают внутреннюю структуру государства, его статус в целом, положение его отдельных частей и их взаимоотношения¹. По степени централизации полномочий в порядке убывания формы государственного устройства подразделяются на унитарное государство; унитарное государство с автономиями; федерацию; союзное государство². Остановимся на первой и третьей формах государственного устройства как на основных и принципиально важных для нашей работы.

Унитарное (лат. *unitas* – единое, слитное) государство имеет в своем составе административно-территориальные единицы, управление которыми носит централизованный характер³.

Федерация (лат. *federatio* – союз) представляет собой государственный союз, в который входят государственные образования, имею-

¹ Авакьян С.А. Конституционное право России: учебный курс. – 2 изд., перераб. и доп. – в 2 т. Т.2. – М.: Юрист, 2006. – 21 с.

² Безруков А. В. Конституционно-правовые аспекты взаимодействия Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. - Екатеринбург, 2001.

³ Толстых В.Л. Международная деятельность субъектов Российской Федерации. – М.: Международные отношения, 2004. – 9 с.

щие юридическую самостоятельность, формально ограниченную лишь правами этого союза¹.

Взаимодействия с федеральными органами характеризуются наличием двух самоорганизующихся и самостоятельных уровней государственной власти. Сложность и многогранность отношений позволяет классифицировать их по различным основаниям: по субъектам (горизонтальные и вертикальные отношения, между органами одного уровня и разных уровней); по характеру взаимоотношений (отношения субординации, кооперации, координации, конкуренции или конфликта); по содержанию (политические, административные, финансовые).²

В унитарном государстве возможна большая доля вмешательства («интервенции») центра в дела территорий. В федеративном государстве масштабы вмешательства меньше и происходит оно только в экстремальных условиях или при явном нарушении субъектом законодательства федерации. Вместо директивных средств воздействия в федеративном государстве субъекту скорее будут предлагать самому исправить положение либо оспорить его акт в органе конституционного правосудия и контроля³.

1.2. Характеристика правосубъектности членов федерации в международном сотрудничестве

Федерации создавались суверенными государствами, как правило, на основании международного договора. Члены федерации сохранили в определенной степени свою самостоятельность в рамках федеративного государства, но со временем утратили международную правосубъектность. Федерация как государство приобрела свойство субъекта международного права⁴. Это обусловлено суверенной основой государства, выраженной в полноте полномочий во внешнеполитической деятельности, а также в том, что юрисдикция федеративного государства подразумевает реализацию принадлежащих ему международных прав и принятых на себя международных обязательств на всей территории государства.

¹ Конституционное право зарубежных стран: учебник для студентов вузов – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2009. – 178 с.

² Осавелюк А.М. Государственная организация субъектов федераций, местное управление и самоуправление в зарубежных странах. - 161 с.

³ Конституционное право: энциклопедический словарь. - 617 с.

⁴ Особенности международной правосубъектности простых унитарных и сложных государств // Международное право: учебник. М.: Издательство Юрайт, 2011. - . С.127

Доказывая тезис о том, что договоры субъектов федерации не могут рассматриваться иначе как в рамках государственного права той или иной страны, Вемельянов Г.В. подчеркивает, что «государства-члены федерации не могут быть полноправными субъектами международного права в силу того, что они не обладают исключительной территориальной юрисдикцией, разделяя ее с федерацией». Без подтверждения федеральной Конституцией выход на международную арену субъектов федерации должен быть признан не правовым, то есть не влекущим определенных юридических последствий. При наличии прямого запрета в федеральной Конституции участвовать субъектам Федерации в заключении международных договоров, подобные правовые акты являются юридически ничтожными¹.

Однако, международный статус федеративного государства не идентичен статусу унитарного государства. Форма государственного устройства в определенной степени отражается в международном праве как через особый порядок исполнения международных обязательств федеративными государствами, так и через возможность субъектов федерации самим участвовать в международных соглашениях.² Среди международных договоров, предусматривающих для федеративных государств особый порядок выполнения договора можно назвать Конвенцию о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (ст.93), Конвенцию о статусе апатридов 1954 (ст.37) и др. Таким образом, анализ международного законодательства дает основания утверждать, что субъекты федеративных государств могут обладать частичной международной правосубъектностью и имеют право в пределах своих полномочий вступать в международные связи.³

В прогнозах ученых-международников все чаще звучит идея «перехода к конвенциональному методу регулирования комплекса норм о международных договорах с участием субъектов федеративных государств, обладающих ограниченной международной правосубъектностью»⁴.

На сегодняшний день во всех федеративных государствах принцип главенства федерации в международных отношениях является базовым конституционно-правовым принципом. Таким образом, в сфере внешних сношений полномочия федерации должны быть более обширными,

¹ Остапенко О.Ю. Внешняя политика Российской Федерации: конституционно-правовой анализ. – Калуга: Изд-во АКФ «Политоп», 2004. – 13 с.

² Толстых В.Л. с.25

³ Ягудаев Р.С. Приграничное сотрудничество в системе международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации: политико-правовой аспект. М.: 2006.

⁴ Игнатенко Г. В. Международно-правовой статус субъектов РФ. с.20

чем ее внутренние полномочия. А субъекты федерации, напротив, не могут участвовать в международных отношениях более того, чем им позволяют внутренние полномочия. Они обязаны действовать в рамках своих внутренних полномочий и не могут иметь в международной сфере больше полномочий, чем в плане внутреннем. Другими словами в современных международных отношениях действует базовая формула федерализма «единство в отношении внешнего мира и внутреннее многообразие»¹.

II. ПРИГРАНИЧНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В ФЕДЕРАТИВНОМ ГОСУДАРСТВЕ

2.1. Определение основных понятий в сфере приграничного сотрудничества

Термин «*приграничный регион*» имеет три аспекта: пространство, сообщества и отношения, существующие между ними, которые могут быть нарушены или заблокированы существованием границы.

Специфика приграничной территории является следствием различий и пересечений двух соприкасающихся систем (соседних государств). Приграничье представляет собой область, где такие различия нивелируются, образуя зону со специфическими свойствами, присущими как одной, так и другой стороне².

Дени де Ружмон, швейцарский философ, основоположник концепции «Европы регионов», в 1978 году писал, что приграничный регион «един с точки зрения географии, истории, экологии, этнических групп, экономических возможностей, но разбит на части суверенитетом правительств, управляющих по обеим сторонам границы»³.

Приграничные регионы занимают двойственное положение в экономическом пространстве государства, будучи одновременно и центром связей и периферией своей страны. В американской трактовке основной несущей конструкцией этого понятия является концепт форпоста (*frontier*): пространство, являющееся пределом освоенных/заселенных территорий страны.

Авторы коллективной монографии «Безопасность и международное сотрудничество в поясе новых границ России» выделяют такие характеристики приграничного региона, как:

- примыкание к сухопутной границе, либо к пограничным или территориальным водам, по которым проходит линия разграничения территории государства;
- наличие участка пограничной зоны;
- наличие на своей территории структур (в первую очередь погранслужбы), задействованных в обеспечении пограничного режима данной территории;
- нахождение на стыке цивилизаций (например, для западных регионов РФ это выражается в стратегической нацеленности на интеграцию в евро-атлантическое пространство, что приводит к необходимости соответствовать более высоким правовым, политическим и иным стандартам)¹.

Размеры приграничного региона определяются двумя понятиями: граница как физическое понятие и приграничный регион как территория новых договорных отношений.

Исследователи выделяют несколько уровней приграничья:

□ *Микроуровень* – населенные пункты, непосредственно выходящие на государственную границу. Они входят в пограничную зону («шириной до 5 км вдоль государственной границы на суше, морского побережья РФ, российских берегов пограничных рек, озер и иных водоемов и острова на указанных водоемах»). На микроуровне приграничья сосредоточены пограничные пункты пропуска.

□ *Мезоуровень* – административные районы в составе субъектов Федерации, часть внешних границ которых совпадает с государственной границей, а также предприятия и организации, дислоцирующиеся в пределах данных районов.

□ *Макроуровень* приграничья – это субъекты РФ, имеющие выход к государственным границам России. Исходя из задач данной работы, мы будем рассматривать приграничные регионы третьего уровня.

Термин «*приграничное сотрудничество*» закреплён в многочисленных международных соглашениях. Среди терминов-аналогов, используемых различными международными организациями, встречаем «кросснациональное»², «межрегиональное», «межтерриториальное», «сотрудничество приграничных территорий», «сотрудничество пригра-

¹ Ягудаев Р.С.

² Болотов Д.А., Межевич Н.М., Шураев В.В. Приграничное (международное) сотрудничество в системе межмуниципального взаимодействия. СПб: Изд-во Политехнического ун-та, 2005. с. 31

³ Яровой Г.О. Регионализм и трансграничное сотрудничество в Европе. СПб: НОРМА, 2007. С.61

¹ Безопасность и международное сотрудничество в поясе новых границ России Под ред. Л.Б.Вардомского и С.В.Голунова. - М. - Волгоград: НОФМО, 2002.

² Доронина П.Е. с.19

ничных областей», «сотрудничество через границы», «международное внешнеэкономическое сотрудничество»¹. С разными оттенками вышеперечисленные понятия подразумевают сотрудничество между административно-территориальными единицами, находящимися под юрисдикцией двух и более государств.

Первое официальное определение приграничного сотрудничества было опубликовано в Мадридской европейской рамочной конвенции 1980 г. Оно гласит: приграничное сотрудничество – это «любые согласованные действия, направленные на усиление и поощрение отношений между соседними территориальными сообществами и властями, находящимися под юрисдикцией двух и более договаривающихся сторон, а также заключение любых соглашений и договоренностей, необходимых для достижения вышеуказанных целей».²

Такая широкая формулировка приграничного сотрудничества постулирует, что любые действия по налаживанию сотрудничества должны поддерживаться властями государства (государство должно «поощрять любую инициативу территориальных сообществ и властей» (ст.3), «разрешать юридические, административные или технические проблемы, которые могут затруднить развитие и нормальный ход приграничного сотрудничества» (ст.4), «проводить необходимые консультации с договаривающейся стороной»). То есть климат межтерриториальных отношений должен способствовать развитию трансграничных инициатив (согласно ст.5, необходимо конструировать такие условия, «как если бы договаривающиеся стороны сотрудничали на национальном уровне»).

В комплексном российском законодательстве единственное легальное определение приграничного сотрудничества, находящееся в Концепции приграничного сотрудничества РФ 2001 г., трактует его как «согласованные действия федеральных органов исполнительной власти, органов власти субъектов Федерации, органов МСУ, направленные на укрепление взаимодействия РФ и сопредельных государств, повышения благосостояния населения приграничных территорий РФ и сопредельных государств, укрепления дружбы и добрососедства с этими государствами». Эта интерпретация фактически «оторвала» приграничное сотрудничество от границы³.

Исследователи, анализирующие сферу приграничья через призму европейских принципов сотрудничества, первостепенную роль в осуществлении межрегиональных связей отдают органам местного самоуправления (или их объединениям)¹.

Обращаясь к российской практике, видим, что сотрудничество в поясе новых границ РФ развивается, прежде всего, на уровне административных регионов, тогда как другие уровни в большинстве случаев имеют вспомогательное значение². Это объясняется тем, что если в государстве не развито местное самоуправление, акторами приграничного сотрудничества выступают его административно-территориальные образования³.

2.2. Историческая справка по приграничному сотрудничеству

Колыбелью приграничного сотрудничества по праву считается Европейский континент, характерной чертой которого на протяжении многих столетий являлось не только богатство и древность культурных традиций, но и существование значительного количества границ.

Территории с большой плотностью населения, лежащие вблизи границ, а также хорошо развитые промышленные регионы не раз становились причиной политических конфликтов и войн. Жители приграничных регионов, наиболее вовлекаемые в исторические конфликты, чувствовали по отношению к себе отторжение и непонимание. Боязнь военной агрессии приводила к слабому, немногочисленному заселению приграничных территорий. Природные преграды (реки, озера, моря и горы) дополнительно усиливали существующие барьеры. Эти условия не благоприятствовали образованию контактов и открытому сотрудничеству приграничных регионов различных европейских государств.

Начало сотрудничества в Европе связывают с окончанием Второй мировой войны, когда в 50-ые гг. представители приграничных регионов стали активно встречаться и обсуждать способы ликвидации пограничных преград⁴.

На первых стадиях развития еврорегионов преобладали прагматичные факторы стремления к сотрудничеству, в частности стремление властей Германии сформировать позитивный имидж страны. Неслучайно не только первый (1958 г. – EUROREGIO), но и несколько по-

¹ Там же: 49 с.

² Безопасность и международное сотрудничество в поясе новых границ России Под ред. Л.Б.Вардомского и С.В.Голунова. - М. - Волгоград: НОФМО, 2002.

³ Болотов Д.А., Межевич Н.М., Шураев В.В. с. 49

⁴ Толстов В.К. с. 59

¹ Болотов Д.А., Межевич Н.М., Шураев В.В. с.39

² Европейская рамочная конвенция о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей от 21 мая 1980 г. Ст.2

³ Болотов Д.А., Межевич Н.М., Шураев В.В. с.42

следующих еврорегионов появились на государственной границе ФРГ и стран Бенилюкса¹.

В 80-е гг. еврорегионы превратились в действенный инструмент адаптации к нормам и правилам Евросоюза государств, претендующих на вступление в него в ближайшей или более отдаленной перспективе. Для этого был организован отбор и финансирование конкретных проектов сотрудничества с регионами таких государств в области культуры, экологии и науки².

Несмотря на давние традиции трансграничного взаимодействия на приграничных территориях, в некоторых государствах Европы (таких как Испания, Португалия, Греция) сотрудничество смогло начать развиваться только в 80-ые годы в результате глубоких политических перемен, после возникновения демократических систем и вхождения в ЕС. В странах Центральной и Восточной Европы аналогичный процесс начался в 1989 г.

История приграничного сотрудничества в России началась в 1991 году. Границы СССР приграничное сотрудничество не предполагали, барьерная функция абсолютно преобладала над контактной. После распада СССР пограничными стали населенные пункты, находившиеся ранее на межреспубликанских границах³.

За счет разнообразия шестнадцати граничащих с Россией стран выделяются три типа приграничных территорий – европейский, азиатский и постсоветский – каждый из которых имеет свою выраженную специфику и требует своих подходов в нормативном регулировании⁴.

Приграничное сотрудничество по принципам и подходам, выработанным в Евросоюзе в ходе устранения внутренних границ, развивается в России с 2000 г. силами Северо-Западных регионов. Лидерами по организации такого взаимодействия являются республика Карелия и Калининградская область, которые участвуют в деятельности четырех еврорегионов⁵.

2.3. Нормативно-правовая база приграничного сотрудничества

Вне зависимости от формы государственного устройства правовая база приграничного сотрудничества является многосоставной, что отражает

многоуровневую структуру этого вида деятельности. На межгосударственном уровне правовое регулирование осуществляется с помощью международных актов трех категорий.

Первая группа представляет собой соглашения общего характера, которые устанавливают стандарты приграничного сотрудничества, но не содержат конкретных международно-правовых обязательств участников. Сюда относятся Европейская рамочная конвенция 1980 г., Дополнительный протокол к ней 1995 г. и Протокол № 2 1998 г.

Вторая группа состоит из конкретных межгосударственных и межрегиональных соглашений о приграничном сотрудничестве и/или создании еврорегиона. Фактически эти акты закрепляют сферы осуществления сотрудничества и санкционируют заключение международных соглашений тем или иным регионом.

Третья категория включает юридические акты, заключаемые региональными и местными органами власти со своими аналогами в соседних странах о партнерстве и сотрудничестве, например, по созданию совместных органов для решения определенного круга вопросов¹.

Согласно разделу 2 Приложения 2, межрегиональные и межмуниципальные соглашения могут использоваться сразу либо после заключения межгосударственного соглашения, регулирующего их использование. «В целях официального признания законности процедур межрегионального и межмуниципального сотрудничества» и «устранения правовых неопределенностей»² СЕ рекомендует заключать межгосударственные соглашения даже тогда, когда это не выглядит необходимым.

В целом сегодня как ратифицировавшие Конвенцию, так и не участвующие в ней государства используют методику выстраивания вышеупомянутой двухэтажной системы международных соглашений в сфере приграничного сотрудничества на межгосударственном и межтерриториальном уровнях.

Значительную роль играют нормы внутреннего законодательства федеративного государства, определяющие систему распределения полномочий и режимы отдельных территорий. То есть практика приграничного сотрудничества каждой конкретной территории при федерализме складывается из комплекса норм федерации, субъекта федерации и муниципалитета.

¹ Яровой Г.О. с.180

² Толстов В.К. с.65

³ Болотов Д.А., Межевич Н.М., Шураев В.В. С.105

⁴ Доронина П.Е. с.7

⁵ Колосов В. Как изучать «новое российское пограничье»? <http://www.intertrends.ru/sixth/008.htm>

¹ Доронина П.Е. с. 95

² Рекомендация Комитета министров № (2005) «О хорошей практике приграничного и межтерриториального сотрудничества территориальных сообществ и властей

Зачастую нормы национального законодательства, регулирующие приграничное сотрудничество, могут быть выделены только косвенно путем применения тезиса касательно имплицитной связи понятий «приграничное сотрудничество» и «международные связи» и включения содержания первого в объем второго¹. Следовательно, разграничение полномочий федерации и ее субъектов в сфере приграничного сотрудничества аналогично разграничению полномочий центра и регионов в сфере международного сотрудничества.

2.4. Конституционно-правовые механизмы разграничения полномочий между федерацией и ее субъектами в сфере международного сотрудничества

Современное международное право признает право членов Федерации на самостоятельное осуществление внешних сношений, ставя решение этого вопроса в зависимость от постановлений федеральной конституции, которая определяет возможные механизмы участия субъектов федерации в международном общении.

Традиционно конституции зарубежных государств относят внешние дела к компетенции Федерации, руководствуясь той логикой, что право государства на внешние сношения вытекает из его суверенности и не может делегироваться отдельным его субъектам. При этом с точки зрения закрепления внешнеполитической компетенции федерации можно разделить на две группы: к первой относятся федерации, в которых конституционный законодатель полностью лишает входящие в это государство субъекты федерации всякой внешнеполитической самостоятельности. К таким государствам относятся США, Канада, Австрия.

Ко второй группе относятся зарубежные федерации, где тенденция централизации сферы внешних сношений проявляется в ослабленном виде. Так, основной закон ФРГ предусматривает в ст.32 ч.3 что «с согласия Федерального правительства земли могут заключать договоры с иностранными государствами».

Заключению договора с иностранным государством со стороны субъекта федерации должно предшествовать согласие Федерального правительства. В ряде случаев (при наличии в подготавливаемом международном соглашении политических аспектов, затрагивающих интересы Федерации в целом) согласие должно быть получено еще до начала переговоров о заключении соглашения. В круг вопросов, по которым

германские земли на данный момент уже заключали соглашения, входят вопросы охраны окружающей среды, приграничного водопользования и рыболовства, культурного сотрудничества. В числе исключений можно назвать землю Бавария, которая самостоятельно решает вопросы торгово-экономического сотрудничества с Австрией¹.

В то же время жесткий контроль со стороны центра за внешнеполитической деятельностью субъектов федерации характерен для всех федеративных государств.

Говоря о механизмах приграничного сотрудничества в федеративных государствах, надо помнить, что разговор может протекать в двух плоскостях: фактической (сложившейся) и юридически закреплённой.

Так, конституционное регулирование распределения внешнеполитической компетенции в федерациях первой группы не полностью соответствует реально сложившейся практике. Штаты, провинции и земли этих государств все же принимают участие в международном общении, хотя в ограниченном объеме и строго по вопросам их исключительной компетенции². Иллюстрацией этого может послужить взаимодействие австрийских земель с региональным объединением «Арге Альп» (Альпийское рабочее объединение) или американско-канадское сотрудничество.

Основным партнером англосаксонских провинций Канады являются США. Так на 1974 г. между ними действовало 766 различного рода соглашений со всеми штатами США. На 14 штатов, непосредственно граничащих с провинциями, приходилось 61,7% существовавших соглашений. Кроме того провинции Канады сотрудничают с федеральным правительством США в сфере охраны природной среды, использования водных ресурсов и судоходства на Великих Озерах.

Наиболее активной в международных отношениях провинцией является Квебек. Заключение между Квебеком и Францией в первой половине 60-х годов нескольких соглашений в области образования и культуры послужило толчком к разработке Оттавой специального механизма («зонтичного» соглашения), санкционирующего вступление провинций в договорно-правовые отношения с иностранными государствами. То есть правительство Канады заключило договор с Францией (например, соглашение от 17 ноября 1965 г. в области культуры), в соответствии с которым последняя может вступать в соглашение с любой

¹ Конституционное право зарубежных стран: учебник для студентов вузов/ под ред. Лучина В.О., Василевича Г.А., Прудникова А.С. с.438

² Лейбо Ю.И. Конституционное разграничение внешнеполитических полномочий между Федерацией и ее субъектами. С.316

канадской провинцией, и это соглашение автоматически получает статус международно-правового документа. Аналогичное «зонтичное» соглашение было заключено между Францией и Бельгией в мае 1967 г.¹

III. ПРИГРАНИЧНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

3.1. Эволюция федеративных отношений в России через призму распределения полномочий между Центром и регионами в сфере внешних связей

В начале 90-х годов ученые-государствоведы писали о возрастании роли территориальных органов в федеративных государствах.² В России этот период характеризуется термином «ельцинский федерализм», главным принципом которого было «берите суверенитета, сколько хотите». Этой стадии была свойственна взрывная ВЭД субъектов РФ, многие из которых в условиях слабости федеральной власти фактически повысили свой статус до статуса субъектов международного права. Некоторые члены Федерации активно вторгались в компетенцию совместного ведения - внешнеэкономический экспорт и импорт. Положительным в этой стадии развития российского федерализма можно считать опережающее формирование эффективного регионального законодательства в сфере ВЭД, на основании которого в дальнейшем формировалось федеральное. С другой стороны, чрезвычайно углубившийся разрыв в социально-экономическом положении российских регионов и уровне жизни их населения ставил под вопрос экономическую и политическую безопасность государства.

Ответом на эти угрозы стала путинская политика «выравнивания регионов», включавшая систематизацию ВЭД субъектов РФ, переход их международных и внешнеэкономических связей в плоскость конституционно-правовых норм, значительное снижение доли договорных способов разграничения предметов ведения и полномочий между федеральными и региональными органами государственной власти в осуществлении субъектами Федерации внешних сношений³.

Главным инструментом обеспечения увязки международных и внешнеэкономических интересов регионов с приоритетами развития страны долгое время выступал Консультативный совет субъектов фе-

дерации по международным и внешнеэкономическим связям при МИД России, являвшийся основным звеном механизма взаимодействия Центра и регионов в сфере международных связей¹.

Тенденция к дальнейшей централизации в отношениях между Москвой и регионами не способствует развитию «европейских» форм приграничного сотрудничества, предполагающих значительную самостоятельность региональных и местных властей.

Сегодня в приграничной деятельности доминируют интересы силовых ведомств, объективно мало заинтересованных в усилении трансграничных взаимодействий. Преобладающий ныне политический дискурс не оставляет сомнений в том, что функции границ по обеспечению национальной безопасности в ее традиционном понимании будут в обозримой перспективе приоритетнее контактных. Это отвечает и геополитической культуре большинства россиян, которые видят решение проблем безопасности в возведении «стен» на границах².

Таким образом, развитие приграничного сотрудничества является серьезным вызовом для федерального центра, не изжившего настороженности (иногда вполне обоснованной) в отношении самостоятельности регионов как новых субъектов внешнеполитической деятельности.

3.2. Нормативное регулирование внешних связей и приграничного сотрудничества субъектов Российской Федерации

Присоединение России к Европейской рамочной конвенции о приграничном сотрудничестве территориальных сообществ и властей состоялось 3 ноября 1999 года в Страсбурге, а ратификация Федеральным Собранием – 22 июля 2002 года. Этот международный акт привнес «определенный идеологический инструментарий по заполнению правового вакуума в этой сфере»³.

В РФ приграничное сотрудничество не имеет законодательного определения, хотя этот термин употребляется в ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органах государственной власти субъектов РФ» от 6 октября 1999 г. (п.47 ч.2 ст.26.3).

¹ Внешнеполитическая и дипломатическая деятельность Российской Федерации в 2007 году. Обзор МИД России.

² Колосов В. Как изучать «новое российское пограничье»? <http://www.intertrends.ru/sixth/008.htm>

³ Доклад рабочей группы Совета глав субъектов Российской Федерации при Министерстве иностранных дел РФ «Состояние и задачи законодательного регулирования приграничного сотрудничества субъектов РФ». М., 2004. с.7

¹ Толстых В.Л. С.36

² Осавелюк А.М. с.154

³ Ягудаев Р.С.

Вклад в основу правового режима приграничного сотрудничества в РФ вносят следующие источники права:

1. Конституция РФ 1993 г. (п. «о» ч.1 ст.72 относит вопросы координации международных и внешнеэкономических связей субъектов РФ к предметам совместного ведения РФ и ее субъектов). В ней сформулированы нормы о приоритете международных договоров, определены предметы ведения Российской Федерации, ее субъектов и полномочия органов местного самоуправления.

2. Федеральные юридические акты:

№ 4730-1 «О государственной границе Российской Федерации» от 1 апреля 1993 г.;

№ 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» от 15 июля 1995 г. (предусматривает процедуру согласования позиций центра и региона в тех случаях, когда международный договор РФ затрагивает вопросы, относящиеся к ведению субъекта РФ - п.1 ст.4, либо полномочия субъекта РФ по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ – п.2 ст.4);

№ 4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» от 4 января 1999 г. (определяет перечень сфер осуществления международного сотрудничества, очерчивает круг возможных иностранных партнеров и описывает порядок заключения соглашений органов государственной власти субъектов РФ с ними об осуществлении международных и внешнеэкономических связей);

Согласно этому закону, соглашения, заключенные в результате переговоров органов государственной власти субъекта Федерации с иностранными партнерами, не могут содержать положения, ущемляющие законные интересы другого субъекта Федерации. Федеральные органы власти не несут ответственности по такого рода соглашениям, за исключением их заключения с органами государственной власти иностранных государств с согласия либо под официальные гарантии Правительства РФ¹.

№164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешне-торговой деятельности» от 8 декабря 2003 г. (дает легальное определение «приграничной торговли» - ст.41).

3. Акты гражданско-правового и комплексного гражданско-административного характера (Гражданский кодекс, Таможенный кодекс РФ и др.)

4. Подзаконные акты.

Например, Постановление Правительства РФ от 1 февраля 2000 г. № 91 «О принятии Правительством РФ решений о согласии на осуществление субъектами РФ международных и внешнеэкономических связей с органами государственной власти иностранных государств». В нем указывается, что данное решение Правительства РФ принимается на основании обращения органов исполнительной власти субъектов федерации, содержащее обоснование таких связей и положительные заключения МИД, Министерства юстиции РФ и других федеральных органов исполнительной власти в соответствии с их компетенцией.

Важны и юридически необязательные документы, определяющие цели, задачи и этапы развития той или иной государственной политики (стратегии РФ).

Концепция приграничного сотрудничества РФ была утверждена Распоряжением Правительства РФ от 9 февраля 2001 года. Примечательно, что главными инициаторами принятия концепции выступали регионы северо-запада России, более других заинтересованные в сотрудничестве с сопредельными территориями¹.

Согласно Концепции, МИД России (а именно Департамент по связям с субъектами федерации, парламентом и общественно-политическими организациями, а также сеть региональных представительств МИД РФ) и другие федеральные органы исполнительной власти обязаны оказывать содействие субъектам РФ в осуществлении ими международного сотрудничества «при строгом соблюдении суверенитета и территориальной целостности РФ».

Концепция осуществила разграничение полномочий органов государственной власти Федерации и субъектов РФ – в противоречии с ч.2 ст.26.1 и ч.4 и 5 ст.1 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ», которые не предусмотрели акты Правительства РФ в числе правовых актов, на основе которых осуществляется разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти федерального и субфедерального уровней.

Концепция сочетает черты акта инкорпорации и легитимации норм межгосударственного договора, однако, обе эти процедуры должны осуществляться так, чтоб итоговый акт обладал статусом закона, а не акта Правительства. То есть регулирование вопросов приграничного сотрудничества, освещаемых Концепцией, необходимо поднять на уро-

¹ Научно-практический комментарий к Конституции Российской Федерации/ Отв.ред.В.В.Лазарев. 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Спарк, 2001. с. 278

¹ Александров О.Б. Регионы во внешней политике России. Роль Северо-Запада. М.: МГИМО (У) МИД России, 2005. С.100

вень ФЗ. То есть факт разработки и принятия Концепции приграничного сотрудничества РФ может служить иллюстрацией того, как восполняются пробелы в российском законодательстве.

Дополнительным инструментом решения вопросов создания правового поля приграничного сотрудничества и расширения его финансовых ресурсов выступают федеральные целевые программы, реализующиеся на приграничной территории РФ. К примеру, ФЦП «Модернизация транспортной системы России (2002-2010 гг.)» и ФЦП «Сокращение различий в социально-экономическом развитии регионов РФ (2002-2010 гг. и до 2015 года).

3.3. Проблемы и перспективы совершенствования конституционно-правового регулирования приграничного сотрудничества субъектов Российской Федерации

Приграничное сотрудничество является одним из элементов права субъекта РФ на поддержание международных и внешнеэкономических связей. Вследствие того, что, по результатам текстуального анализа положений ст.72 и 73 Конституции РФ, таковое право относится к предметам ведения субъектов РФ, а координация такого сотрудничества – к предметам совместного ведения, у субъектов, в соответствии с ч.4 ст.76 Конституции РФ и ч.1 ст. 26.1 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации» наличествует правообязанность принятия законов и иных нормативных правовых актов, определяющих полномочия органов государственной власти субъекта РФ и осуществляющих правовое регулирование в сфере приграничного сотрудничества.

Другое нормативное основание требований принятия специального закона о регулировании приграничного сотрудничества следует из необходимости выполнения обязательств РФ, вытекающих из присоединения к Европейской рамочной конвенции 1980 г. Отсутствие в РФ такого закона является нарушением п. «а» ч.1 ст.15 ФЗ «О международных договорах РФ», согласно которому «ратификации подлежат международные договоры РФ, исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов».

Отсутствие регламентации на законодательном уровне приграничного сотрудничества регионами, активно в нем участвующими, можно рассматривать как результат отсутствия политического консенсуса федерального Центра и субъектов РФ в определении ключевых позиций в сфере осуществления такого сотрудничества (к примеру, вопрос раз-

граничения полномочий, безопасности границ, регулирования миграционных потоков, закрепления механизма контроля деятельности субъектов в данной области).

Принятие Федерального закона «О приграничном сотрудничестве» способно разрешить концептуальные противоречия и даст «зеленый свет» процессу достраивания правовой базы в области международного сотрудничества в регионах¹.

Разработка законопроекта «О приграничном сотрудничестве в РФ» предусматривалась в Перечне мероприятий по реализации Концепции приграничного сотрудничества в РФ (п.6), утвержденном распоряжением Правительства РФ от 3 июля 2003 г. №907-р.

Судьба первого законопроекта решилась в течение шести месяцев 2004 г.: к марту он был рассмотрен на парламентских слушаниях в Совете Федерации и прошел экспертизу в СЕ, в июле внесен в ГД РФ, а 28 сентября по нему уже было принято последнее решение – право обобщить замечания и предложения по законопроекту, чтоб внести его на рассмотрение на следующей сессии, предоставлялось Комитету по международным делам ГД совместно с комитетами-соисполнителями (по вопросам местного самоуправления, по делам Федерации и региональной политике, по безопасности и делам СНГ, по связям с соотечественниками).

На деле альтернативный вариант законопроекта был внесен в ГД лишь в 2008 г. В его разработке принимали участие такие министерства и ведомства, как МИД, Минэкономразвития, Минфин, МПР, Минтранс, Минобрнауки. Ключевую роль сыграли рабочая группа Совета Федерации и Минрегиона.

Сегодня проект закона «О приграничном сотрудничестве в РФ», в принятии которого заинтересованы больше половины субъектов РФ и значительная часть ее муниципальных образований, прочно обосновался в категории «зависших».

Оба законопроекта относятся к категории законов конституционно-правового содержания, поскольку нацелены на определение порядка взаимоотношений между тремя уровнями публичной власти в России – федеральным, региональным и муниципальным – при осуществлении международной и сопутствующей ей внутригосударственной деятельности особого вида. Положения будущего закона будут разграничивать полномочия органов власти, что автоматически классифицирует его как

¹ Доронина П.Е. 134 с.

нормативный правовой акт, развивающий положения глав 3 и 8 Конституции¹.

Доронина П.Е. полагает, что будущий федеральный закон о приграничном сотрудничестве должен включать такие разделы, как: 1) понятийный аппарат приграничного сотрудничества, 2) его задачи и принципы; 3) основные формы осуществления; 4) разграничение предметов ведения и полномочий федеральных органов власти, органов власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в сфере осуществления приграничного сотрудничества; 5) статус совместных органов приграничного сотрудничества (включая правило определения компетентного правопорядка - национального права, на основе которого наряду с учредительными документами действуют данные органы; наличие/отсутствие у органов сотрудничества статуса юридического лица; объем правоспособности данных органов) и 6) круг органов власти, осуществляющих контроль за деятельностью его участников и меры данного контроля.

В целом оба законопроекта следуют данной структуре, но требуют детализации в вопросах, отраженных в пунктах 5 и 6 (Сравнительно-правовой анализ положений проектов закона «О приграничном сотрудничестве в РФ» см. в Приложении 1).

Задача правового регулирования на уровне субъектов РФ состоит в конкретизации используемых видов и направлений сотрудничества, территориальной и субъектной привязке (установлении «странового приоритета»)², закреплении моделей финансирования и пр. Хорошим подспорьем для активизации международного сотрудничества субъектов РФ, фактически являющихся приграничными территориями, может стать юридическое закрепление этого статуса в своих конституциях и законах³.

¹ Доронина П.Е. 104 с.

² Там же: 127 с.

³ Ягудаев Р.С.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Институционализированное приграничное сотрудничество в Европе со своих первых шагов было связано со спецификой федеративного устройства государств-участников: в середине 50-х гг. XX века немецкие земли выступили инициаторами реализации идеи пилотных еврорегионов. Постепенно к этому виду международных связей подключились швейцарские кантоны, австрийские земли, бельгийские регионы, канадские и южноафриканские провинции, американские и индийские штаты.

Федеративное устройство накладывает определенную печать на систему регулирования внешних связей территорий. Ему соответствует достаточно сложная иерархическая нормативно-правовая система, которую составляют федеральная конституция, федеральные законы, подзаконные акты, тематическое конституционное законодательство субъектов федерации, договоры о разграничении предметов ведения и полномочий.

Разрыв между практикой осуществления приграничного сотрудничества и его нормативной регламентацией изначально привел к возникновению предположения о его «допускаемом» характере. То есть были созданы основания для толкования приграничного сотрудничества как вида деятельности, не обязательно основанного на нормах внутреннего права. Закрепление конституционно-правового разграничения полномочий в сфере международного сотрудничества между федерацией и ее субъектами способно вывести приграничное сотрудничество регионов на новый уровень. Отказ от тактики «сознательного закрывания глаз на неформальные контакты членов федерации или на прямое нарушение внутреннего законодательства в тех случаях, когда это выгодно»¹ благоприятно скажется на количестве и качестве приграничной кооперации.

Тезис частичной правосубъектности субъектов федерации имеет политический характер², его принятие дает новый толчок развитию федеративных отношений и их дальнейшей оптимизации, вносит существенные изменения в сферу международной деятельности регионов, соз-

¹ Болотов Д.А., Межевич Н.М., Шураев В.В. Приграничное (международное) сотрудничество в системе межмуниципального взаимодействия. СПб: Изд-во Политехнического ун-та, 2005. с. 49

² Ягудаев Р.С. Приграничное сотрудничество в системе международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации: политико-правовой аспект. М.: 2006.

дает новую парадигму понимания приграничного сотрудничества как «легального и систематического взаимодействия».¹

Имеющийся в России потенциал укрепления межрегиональных связей приграничных территорий сегодня используется недостаточно эффективно. Отказывая регионам в роли «структурообразующего» актора приграничного сотрудничества, РФ значительно сокращает возможную степень кооперации на своих границах. Виною тому проявляемая федеральными органами власти настороженность в отношении роста самостоятельности регионов как новых субъектов внешнеэкономической и международной деятельности. В ситуации превалирования интересов силовых ведомств в приграничной деятельности, барьерное свойство границы по степени влияния на внешнеполитическую доктрину РФ перевешивает свойство контактности, что может негативно сказываться как на реализации возможностей экономического сотрудничества в приграничье, так и на формировании нового образа России за рубежом.

Регулирование приграничного сотрудничества в РФ как на федеральном, так и на региональном уровнях носит схематичный характер. Однако, практика участия европейских российских регионов в трансграничных объединениях - еврорегионах и рабочих сообществах, действующих на постоянной основе, - свидетельствует о готовности субъектов Федерации выстраивать диалог с партнерами из сопредельных государств.

По оценкам экспертов, давно ожидаемое принятие Федерального закона «О приграничном сотрудничестве» способно разрешить концептуальные противоречия и дать «зеленый свет» процессу дотраивания правовой базы в области международного сотрудничества в регионах².

Этот нормативный акт должен будет способствовать унификации понятийного аппарата, прояснить вопросы разграничения полномочий центральной, региональной и местной власти в сфере внешних связей, а также предложить механизмы федеральной и региональной финансовой поддержки реализации совместных проектов в рамках приграничного сотрудничества.



Пономаренко Ирина¹

Сравнительный анализ подходов к пониманию и разрешению конституционно-правовых коллизий в континентальной и англосаксонской системах права

Введение

Каким образом правовая система производит инструментарий для разрешения нормативных коллизий? Иными словами, почему, в случае коллидирования двух конституци-

онных предписаний, суды в одном государстве предпочтут предписание А, в то время как в другом - предписание Б? Можно ли проследить в этом некую имманентную правовую логику и стоит ли в действиях субъекта правоприменения искать привязку к особенностям различных систем права?

Начнем с того, что бесконфликтных систем права в реальной действительности не существует². Как писал в свое время М.М. Коркунов, "позитивное право является переменчивым во времени и разнообразным по местностям, а потому необходимо еще при его применении иметь определенные правила для разрешения возможных столкновений различных законов"³. Однако что такое "столкновение различных законов"? И разве одинаковый смысл в такое понятие будет вкладывать американский и французский юрист?

Следуя известному изречению И. Канта о том, что "юристы все еще ищут определение права", вряд ли стоит ожидать, что в ближайшем будущем будет найдено единое определение правовой коллизии. Тем не менее в наших силах выявить закономерности таких поисков в трудах ученых различных правовых семей, очертить общие особенности правоприменительной практики при решении конституционно-правовых коллизий и показать, что, несмотря на различия англосаксонской и романо-германской правовых семей, наиболее верным в ис-

¹ Безопасность и международное сотрудничество в поясе новых границ России. Под ред. Л.Б.Вардомского и С.В.Голунова. - М. - Волгоград: НОФМО, 2002.

² Доронина П.Е. Приграничное сотрудничество в Российской Федерации: особенности публично-правового регулирования. Архангельск: Поморский университет, 2009. - 134 с.

¹ Студентка юридического факультета Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, Украина.

² Матузов Н.И. Коллизии в праве: причины, виды и способы разрешения // Правоведение. - 2000. - N 5. - С. 228.

³ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. - СПб, 1914. - С.351.

следовании сущности правовой коллизии является курс на сочетание, конвергенцию и взаимообогащения достижений различных правовых школ и различных доктринальных подходов.

Чтобы сразу обозначить практическое направление научного исследования, приведем реальный пример коллидирования конституционно-правовых норм. Представляется, трудно найти конституцию, которая не закрепляла бы принцип свободы мысли и слова. Одновременно, не существует правопорядка, не содержащего предписаний об ограничении указанного права. В литературе уже стал классическим пример противоречия между Первой и Шестой поправками к Конституции США, одна из которых устанавливает свободу слова и прессы, в то время как другая гарантирует беспристрастность суда присяжных, чего невозможно достичь в условиях информационного давления СМИ¹. В деле *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976)² Верховный Суд США пришел к выводу о недопустимости ограничения свободы слова, а следовательно - о безусловном приоритете Первой поправки над Шестой. Как противоположный пример, швейцарский ученый Аксель Щенчер, анализируя статью 5 Основного Закона ФРГ и практику немецкого Конституционного Суда, приходит к выводу, что свобода прессы в большинстве случаев попадает под ограничения, когда каким-то образом коллидирует с рядом других прав³. Можно ли из указанных примеров вывести некие закономерности или все же стоит принять известную формулу Оливера Уэнделла Холмса о том, что "жизнь права не имеет логики"? В нашей статье мы попытаемся ответить на этот и ряд других вопросов, которые, к сожалению, не находят в специальной литературе освещения, соответствующего их роли в конституционной правоприменительной практике.

I. История и современное состояние учения о нормативно-правовых коллизиях в конституционном праве

Вынуждены согласиться с бельгийским профессором Евой Бремс, которая утверждает о поразительно малом количестве научных исследо-

ваний, посвященным коллизиям норм в конституционном праве¹. Безусловно, проблема коллизионности в праве всегда имела определенный научный интерес для исследователей теории или философии права, но применительно к конституционно-правовой материи поле для исследований еще недостаточно освоено.

Среди европейских исследователей конституционно-правовых коллизий стоит назвать А. Бертрана², В. Шампей-Деспла³, Г. Драго⁴, Дж. Сартора⁵, Ш. Перельмана⁶ и других. Необходимо отметить актуализацию научного дискурса в последние годы, особенно со стороны французских и немецких юристов.

Отдельно стоит коснуться состояния учения о конституционно-правовых коллизиях на постсоветском пространстве. Как известно, в годы существования советского государства проблема противоречий в праве либо не признавалась, либо исследовалась фрагментарно в рамках учения о правонарушениях, юридической ответственности, законности и правопорядке. Безусловно, ни о каких конституционно-правовых исследованиях в данной сфере и речи не могло быть. В настоящее время отдельные аспекты проблемы социальных противоречий и противоречий в праве, в частности, юридических коллизий, рассматриваются в трудах С.С. Алексеева, М.В. Баглая, В.М. Баранова, А.Ю. Буякова, А.Б. Венгерова, Н.А. Власенко, О.А. Гаврилова, В.В. Денисенко, В.Н. Карташова, Д.А. Керимова, Е.И. Козловой, В.Н. Кудрявцева, О.Е. Кутафина, Н.И. Матузова, В.С. Минской, Н.В. Миронова, А.С. Мордовца, С.И. Некрасова, А.Ф. Нуртдиновой, А.С. Пашкова, А.С. Пиголкина, С.В. Полениной, И.Н. Сенякина, В.Н. Синюкова, М.С. Студеникиной, Э.В. Сухова, В.А. Толстика, Ю.А. Тихомирова и других. Работ, посвященных исследованию именно конституционно-правовых коллизий, совсем немного, но проблематика как раз на стадии разработки. Так среди авторов необходимо назвать В.И. Лайтмана, С.И. Некрасова, О.А. Полякова, Э.В. Сухова, Ю.А. Тихомирова, Р.Ф. Ярмухамедова и других.

¹ Conflicts between Fundamental Rights, Eva Brems, ed., Antwerp/Oxford/Portland, 2008. - P. 1. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154528>

² Bertrand, André. Droit à la vie privée et droit à l'image. Litec (October 27, 1999) - 222 p.

³ Champeil-Desplats, Véronique. Pluralité des valeurs et raisonnement juridique : les conflits axiologiques de normes, *Analisi e Diritto*, 2001, p. 59., La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Dalloz*, 1995, chr. 323.

⁴ Drago, G., La conciliation entre principes constitutionnels, *Recueil Dalloz*, 1991, chron., p. 265.

⁵ Sartor, G. Normative Conflicts in Legal Reasoning, in: *Artificial Intelligence and Law 1*, 1992, (2-3), pp. 209-35.

⁶ Chaim Perelman, 'Les Antinomies en Droit, Essai de Synthèse', in *Perelman Antinomies*, 392 at 399.

¹ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // *Oregon Law Review* : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001) - FN 43.

² *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976). - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://supreme.justia.com/us/427/539/case.html>

³ Tschentscher, Axel, *Interpreting Fundamental Rights: Freedom vs. Optimization* (June 25, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1630393>

Исследователи из стран, принадлежащих к прецедентной правовой семье, демонстрируют стабильный интерес в изучении правовых, в том числе, конституционно-правовых коллизий. Среди авторов стоит назвать Х.Л.А. Харта¹, Х. Хилла², Р.Хилпинена³, С.Р. Мюнцера⁴, К. Гонзалеза и т.д. В русле тенденции изучать отдельно коллизии обязывающих, запрещающих и разрешающих норм (как то предписывают постулаты деонтической логики) в США и Великобритании ученые стараются уделять особое внимание исследованию коллизий конституционных прав и свобод. Среди авторов, работающих с данной спецификой, можем назвать Кетрин Эдди⁵, Лоренцо Зукку⁶, Эвелин Маэс⁷. Касательно определения вектора развития исследований, отдельные американские ученые утверждают, что в течении как минимум ближайших десятилетий это будет изучение коллизий и взаимодействия различных форм прав и свобод в конституционном праве⁸.

Если же говорить именно о сравнительном анализе понимания и разрешения конституционно-правовых коллизий, единственной известной нам подобной работой является монография лондонского ученого Лоренцо Зукки, в которой должное внимание уделено коллизиям между фундаментальными конституционными правами, возникающими в правоприменительной практике США, Великобритании и Франции (в меньшей степени автор анализирует практику ряда других европейских стран)⁹.

В качестве заключения отметим, что довольно любопытную тенденцию можно проследить в последнее время, когда изучение правовых явлений явно переступает условную черту между разными право-

выми системами и берет курс на рецепцию достижений различных правовых школ. В первую очередь это результат глобализации правового мира, что, безусловно, не может не отобразиться на результатах научных исследований. Например, ученый, изучающий правовые коллизии, может получить юридическое образование в Бельгии, продолжить его в Великобритании, проводить научные исследования и преподавать в Соединенных Штатах и дальше развивать научную карьеру в Швейцарии. В нашем примере мы кратко описали биографию одного из наиболее известного исследователя коллизий публично-правовых норм Джуста Повелина¹, но такие примеры явно не единичные.

Из этого следует, что различия в понимании конституционно-правовых коллизий между правоведами из разных правовых семей, безусловно, существуют, но они понемногу стираются, и если в ракурсе правоприменения это еще не столь заметно, на уровне теоретических трудов глобализация уже дает о себе знать.

II. Понятие и классификация конституционно-правовых коллизий в странах континентального права

Романо-германской правовой семье исторически присуща четкая структурная организация нормативного массива: правовые нормы делятся на отрасли, а все отрасли - на две подсистемы: частное и публичное право. Нормативные коллизии в таком случае понимаются как коррозия такой системности, особый правовой дефект. "Коллизии являются несогласованностями в законодательстве, которое представляет собой систему и обладает свойствами, присущими системам. Коллизии норм в конституционном законодательстве нарушают целостность системы, что приводит к сбоям в правовом регулировании общественных отношений"². Примечательно, что именно с изучения феномена системности права началось изучение коллизий в праве на постсоветском пространстве в 60-70 годы. Подобную идею о системности используют французские ученые, когда говорят о причинах возникновения коллизий³.

¹ Joost Pauwelyn / Biography. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.lawofthefuture.org/125/>

² Стародубцева, И. А. Коллизии конституционного законодательства на уровне субъектов Российской Федерации: Автореф. дис. ... к. ю. н. - Саратов, 2003. - С.7.

³ Antinomies dans le Droit. - [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://www.leconflit.com/article-antinomies-dans-le-droit-64205056.html>

¹ Hart, H.L.A. The Concept of Law, Oxford: Clarendon Press, 1994.

² Hill, H. A Functional Taxonomy of Normative Conflict, in: Law and Philosophy 6, 1987, pp. 227-247.

³ R. Hilpinen, 'Normative Conflicts and Legal Reasoning', in: E. Bulygin, Jean-Louis Gadries and I. Niiniluoto (eds.), Man, Law and Modern Forms of Life, Dordrecht/Boston: D. Reidel Publishing Company, 1985.

⁴ S. Munzer, 'Validity and Legal Conflicts', in: Yale Law Journal, vol. 82, 1973, pp. 1140-1174.

⁵ Eddy, Katherine. Welfare Rights and Conflicts of Rights Res Publica, Volume 12, Number 4, December 2006, pp. 337-356(20)

⁶ Zucca, Lorenzo, Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas (July 2, 2008). Conflicts between Fundamental Rights, Eva Brems, ed., Antwerp/Oxford/Portland, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154528>

⁷ Maes, Evelyne. Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights / Conflicts between Fundamental Rights, Eva Brems, ed., Antwerp/Oxford/Portland, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154528>

⁸ On Philosophy in American Law // Edited by: Francis J. Mootz III, William S. Boyd School of Law, Cambridge University Press 2009. - P.179.

⁹ Zucca, Lorenzo, Constitutional Dilemmas- Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA (OUP, 2007)

Максимально обобщив позиции ученых континентальной системы права касательно причин появления коллизий, можно выделить главные две:

- 1) объективная невозможность правовой системы приспособиться к динамическим изменениям общественного строя;
- 2) субъективный характер возникновения большинства причин, зависимость коллизий от воли законодателя¹.

На наш взгляд, среди указанных причин, безусловно, превалируют субъективные, поскольку для стран континентальной правовой семьи, в отличие от стран общего права, характерны динамичность и пассивность в изменении законодательства, что не может не тянуть за собой несогласованность отдельных конституционно-правовых норм. Указанный тезис успешно иллюстрирует статистика принятия законодательных актов в странах, принадлежащих к разным системам права. Например, в 2011 году, на дату написания данной статьи, Парламент Великобритании принял всего 14 законов (Public General Acts), из них лишь 3 касались сферы конституционного регулирования². Во Франции за аналогичный период парламентом принято 90 законов³, в Российской Федерации – 266⁴, Украине – 243⁵.

Необходимо отметить, что понятия “коллизия” является давно известным конституционной практике, но относительно новое для теории конституционного права большинства государств континентальной правовой семьи. Как правило, это понятие рассматривалось в международном частном праве и “вкратце” в теории государства и права. На сегодняшний день в юридической науке не сложилось единого представления о коллизиях. Если исследовать позиции постсоветских авторов, то М.В. Баглай называет коллизиями противоречия между нормами⁶, С.С. Алексеев – столкновение актов в связи с их действием на той или иной территории, с компетенцией правотворческих органов и временем издания актов⁷. Ю.А. Тихомиров дает такое понятие юридической коллизии – это есть противоречие между существующим правовым по-

рядком и намерениями и действиями по его изменению. Происходит своего рода соизмерение этого притязания либо с действующим порядком, либо с принципами права. На взгляд Ю.А. Тихомирова предлагаемое определение юридической коллизии содержит более широкое и системное понимание данного явления. Традиционная трактовка юридической коллизии как столкновения норм не исчезает, но из единственной и универсальной становится одним из аспектов понятия. Видится, уже в определении Ю.А. Тихомирова прослеживается тенденция к излишне “широкому” пониманию коллизии. Еще дальше заходят авторы, считающие, что виды фактических коллизий (противоречий между элементами правовой системы) применительно к конституционному праву определяются следующим образом:

- материальные коллизии — несоответствия между нормами конституционного права и реально существующими общественными отношениями, юридической практикой;
- правотворческие коллизии — несоответствия между нормами конституционного права и юридической техникой как совокупностью средств и приемов подготовки, принятия и систематизации правовых актов;
- личностно-правовые коллизии — несоответствия норм конституционного права, с одной стороны, и правосознания депутатов законодательных органов государственной власти¹.

И.В. Синица считает, что юридические коллизии могут проявляться: а) в рамках позитивного права; б) правовой системы; в) между различными правовыми порядками и правовыми культурами (последнее типично ныне для процесса глобализации). Если в первом из перечисленных случаев в коллизии вступают лишь правовые нормы (акты), то в других наряду с ними коллизии возникают: между разными правовыми порядками; в силу расхождений между правовым пониманием и характером правовых норм; в силу различного толкования одних и тех же норм в процессе их применения².

Таким образом, можно выделить узкое и широкое понимание юридических коллизий. В узком смысле слова юридическая коллизия рассматривается как различного рода противоречия между двумя или несколькими правовыми нормами (нормативными правовыми актами), в широком – как почти любой конфликт в правовой сфере.

¹ Стародубцева, И. А. Коллизии конституционного законодательства на уровне субъектов Российской Федерации: Автореф. дис. ... к. ю. н. -Саратов,2003. – С.9.

² The National Archives - [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga>

³ <http://www.legifrance.gouv.fr/rechTexte.do?reprise=true&page=1>

⁴ <http://www.duma.gov.ru/legislative/statistics/?type=year&v=2011>

⁵ <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=5&user=1318170498949106>

⁶ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. - М.: Норма-Инфра, 1999. - С.260.

⁷ Алексеев С.С. Государство и право: начальный курс. - М.: Юридическая литература, 1993. - С.76.

¹ Стародубцева, И. А. Коллизии конституционного законодательства на уровне субъектов Российской Федерации: Автореф. дис. ... к. ю. н. -Саратов,2003. – С.9.

² Синица И.В. Коллизии в российском праве :на примере норм гражданского и налогового права: Автореф. дис. ... к. ю. н. - Москва,2007. – С.11.

Проблема в том, что слишком широкое понимание сущности правовых коллизий приводит ученых континентальной системы права к ошибочным выводам об объектах коллизий. И сегодня приходится констатировать тенденцию изучать противоречия между законодательными актами, актами толкования, законодательством в целом – но не конкретно нормами права, как того требует юридическая логика.

Отдельно необходимо коснуться логического инструментария, применимого учеными с целью выделения объема коллидирующего нормативного материала, а внутри его – коллидирующих структурных образований. В то время как правоведы прецедентных правовых систем склоняются к использованию достижений неклассической, в частности – деонтической, логики¹, среди теоретических работ континентальных специалистов в конституционном праве чаще всего можно встретить апелляцию к классической формальной логике². Одно из исключений составляют труды голландских правоведов, которые традиционно исследуют коллизии в праве с применением деонтических модальностей³. На наш взгляд, и здесь нельзя не согласиться с английскими и американскими исследователями в том, что возможности деонтической логики много богаче, и при рассмотрении, к примеру коллизий между компетенционными нормами и нормами, гарантирующими конституционные права, нельзя применять одни и те же методы.

III. Понятие и классификация конституционно-правовых коллизий в странах прецедентного права

Если континентальный юрист рассматривает коллизию в праве как дефект его системности, американский или английский – лишь как досадное недоразумение, которое необходимо то же время устранить – чаще всего путем правотолкования. Юрист, работающий с общим правом, не боится коллизий, он фактически живет в условиях, когда правовая система существует, разрываемая внутренними противоречиями. Многоговорящим выступает название монографии одного американского юриста – “Правосудие как коллизия”⁴.

¹ См. напр.: Hill, H. A Functional Taxonomy of Normative Conflict, in: Law and Philosophy 6, 1987, pp. 227-247.

² См. напр.: Sartor, G. Normative Conflicts in Legal Reasoning, in: Artificial Intelligence and Law 1, 1992, (2-3), pp. 209-35.

³ On the Formal Analysis of Normative Conflicts. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.jurix.nl/pdf/j99-04.pdf>

⁴ Hampshire, Stuart. Justice Is Conflict. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2000.

Одна из особенностей прецедентной системы права – полное неприятие сложных теоретических абстракций, столь любимых континентальными учеными. Такой же прагматический подход в американской и английской науках и к определению конституционно-правовой коллизии (conflict of constitutional norms, constitutional normative conflict). Как утверждают ученые “американской юриспруденции чужды все традиции пост-кантианской мысли, она решительно противится Кантовскому строгому дуализму, его бинарным оппозициям – между субъектом и объектом, свободой и необходимостью, фактами и нормами, настаивая в первую очередь на исследовании правоприменительного опыта”¹. Едва ли в трудах английских или американских ученых, посвященных вопросу коллизионности, можно найти пространные размышления об антиномиях материи и духа права. *Коллизии в праве понимаются исключительно как противоречия правовых норм*, а значит логические связи между ними могут быть исследованы посредством сравнения структурных элементов запрещающих, разрешающих и предписывающих норм. Именно на таких началах стоят адепты деонтической логики, инструментарий которой является наиболее часто употребляемым при исследовании конституционно-правовых коллизий. Отдельно отметим, что со стороны некоторых постсоветских юристов уже звучат призывы детальнее исследовать “вопрос о пределах формализации коллизий в праве и о возможности дальнейшего применения в исследовании коллизий в праве деонтической логики”². Некоторые американские юристы, в частности Лу Гобл, заходят еще дальше, заявляя о том, что стандартная деонтическая логика исчерпала себя, а значит пришло время для новых теоретических изысканий с целью разрешения проблемы коллизионности в праве³.

Как отмечают американские юристы, одним из интереснейших особенностей прецедентной системы права в ее подходе к пониманию нормативных коллизий является парадоксальное сочетание формализма (что было описано выше) и анти-формализма. Специалисты выделяют две основные стадии решения нормативной коллизии: обнаружение такой коллизии (что всегда осуществляется путем интерпретационной деятельности суда) и применения к коллидирующим нормам одной из классических аксиом разрешения коллизий (темпоральной, содержательной или иерархической). В то время, как на втором этапе действия

¹ On Philosophy in American Law //Edited by: Francis J. Mootz III, William S. Boyd School of Law, Cambridge University Press 2009. - P.131.

² Петров А.А. Иерархические коллизии в праве: Дис. ...к. ю. н. – Красноярск, 2009. – С.189

³ Lou Goble (2009). Normative Conflicts and the Logic of 'Ought'. Noûs 43 (3): P. 450-489.

судьи максимально ограничены указанными правилами, то на первом судья пользуется широкими дискреционными полномочиями и пытается каждый раз истолковать противоречивые нормы так, чтобы фактически "снять" противоречия между ними¹. Хотелось бы заметить, что такой выдающийся ученый, как Карл Ллевеллин, главный разработчик и вдохновитель Унифицированного коммерческого кодекса США (UCC - Uniform Commercial Code), комментируя соотношение судебной практики и закона, отмечал следующее: "с принятием закона судебная практика обеспечивает заполнение пробелов и интерпретацию - поскольку является юридическим трюизмом то, что *никто не знает, что именно закон значит, пока суды не истолкуют его*"².

Исходя из сказанного, одной из принципиальных классификаций конституционно-правовых коллизий в правовых системах прецедентного права является выделение в отдельную группу тех коллизий, которых возможно избежать при условии суженого или расширенного толкования судом противоречащих правовых норм, и в другую – тех, которых в принципе невозможно избежать. Первые чаще всего называются потенциальными (potential)³, предполагаемыми (apparent)⁴ или (alleged), вторые же – реальными (real)⁵, настоящими (true)⁶ или же подлинными (genuine)⁷. Безусловно, подобные теории выдвигают и континентальные юристы, например, говоря о воображаемых и настоящих коллизиях, но, во-первых, такая классификация не имеет столь ощутимого влияния на конституционно-правовую доктрину, а во-

¹ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001). – P. 563.

² Ponoroff L. The dubious role of precedent in the quest for first principles in the reform of the bankruptcy code: some lessons from the civil law and realist traditions / Ponoroff L. // Am. Bankr. L.J. – 2000. – V. 74. – P. 173-226. P.199

³ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001). – P. 463-467

⁴ Pauwelyn, Joost, Conflict Norms Public Internat Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law

Cambridge University Press: 2003. - P.6

⁵ Morton, Frederick. Law, politics, and the judicial process in Canada // University of Calgary Press, 2002 - 660 p. P. 551.

⁶ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001). – 457-463

⁷ Pauwelyn, Joost, Conflict Norms Public Internat Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law

Cambridge University Press: 2003. - P.6

вторых, не подкрепляется правоприменительной практикой: исторически роль судебной системы в континентальном и прецедентном праве различна.

Впрочем, иногда анти-формализм, как выражаются местные юристы, образует парадоксальный "микс с антиисторизмом, прямо-таки математический формализм и бездумным позитивизмом"¹. Применительно к конституционному праву это выражается в невозможности деонтологического (а значит – излишне формализованного) подхода к пониманию природы прав человека объяснить почему, когда разрешается спор между гражданами, один из которых имеет большие заслуги, чем другой (перед страной ли, работодателем – не столь важно), судья может вынести решение не в пользу первого, при этом критерием для предпочтения может выступить принцип недискриминации за чертами расы². Почему так происходит? Наука в прецедентной системе права пока затрудняется дать однозначный ответ.

Можем ли мы говорить о каком-то сближении англо-американской и континентальной доктрины правопонимания, в частности – в сфере исследуемого нами вопроса? Следуя логике большинства изыскателей – нет. Как утверждают правоведы, "как бы мы не ставили вопрос, в современной американской юриспруденции нет места континентальному правопониманию"³. Следуя теории сравнительного конституционного права, в континентальном праве судебная практика "добавляет" к закону, а в общем праве наоборот: закон "добавляет" к судебной практике. Поэтому, несмотря на увеличение законодательного материала, отказ от неукоснительного соблюдения прецедента в странах общего права и повышение правотворческой функции судов в странах континентального права, роль законодательных и судебных органов в указанных правовых системах может сколько угодно сближаться, но эти два подхода не могут быть отождествлены, пока существует указанная разница между соотношением закона и судебной практики⁴.

IV. Разрешения коллизий в государствах континентального права

¹ On Philosophy in American Law // Edited by: Francis J. Mootz III, William S. Boyd School of Law, Cambridge University Press 2009. - P.135

² Sandel, Michael. Liberalism and the Limits of Justice, 2d ed. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1998. P. 135-147.

³ On Philosophy in American Law // Edited by: Francis J. Mootz III, William S. Boyd School of Law, Cambridge University Press 2009. - P.131.

⁴ Попов Ю. Ю. Прецедентне право у контексті загальнообов'язковості судових рішень та українські перспективи / Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2010. – № 3. – С. 351-363 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-3/10pjttup.pdf>

В большинстве своем конституционно-правовые коллизии в странах континентального права рассматриваются как негативное явление, и потому среди предложений по их минимизации лидирует устранение противоречий посредством нормотворчества: принятия нового акта, отмена старого, внесение изменений или уточнений в действующие. Так швейцарский профессор Джуст Повелин утверждает, что “в национально праве большинство коллизий легкоустранимы, поскольку законодатель может аннулировать противоречивые нормы или же прямо закрепить иерархию между различными правовыми нормами”¹. Едва ли можно обнаружить континентальное государство, юристы которого не высказывали подобных точек зрения.

Тем не менее, много авторов склоняется к тому, что нормативное устранение коллизий довольно трудоемкий и долгий процесс, посему на практике наиболее распространенным способом разрешения юридических коллизий является применение классических аксиом (принципов), выработанных еще римскими юристами. Чаще всего в работах континентальных ученых описываются три правила: иерархическое (“вышестоящий закон отменяет действие нижестоящего”), темпоральное (“последующий закон отменяет действие предыдущего”) и содержательное (“специальный закон отменяет действие общего”).

Методика преодоления иерархических коллизий основывается на презумпции приоритета норм более высокой юридической силы (принцип *lex superior derogat legi inferiori*). Надо заметить, что закрепление иерархии правовых актов и коллизионных процедур в конституциях европейских государств отнюдь не редкость. Например, в Конституции Испании п. 3 ст. 9 гласит: “Конституция гарантирует принцип законности, иерархию нормативных актов, их обязательное опубликование, отсутствие обратной силы у норм, право на юридическую защиту, судебную ответственность за произвол органов и представителей власти. Наряду с законами выделяются органические законы, базовые законы для делегирования законодательных полномочий, законодательные декреты”. Сходная классификация законов установлена в Конституции Румынии и Конституции Молдовы. Имеются в виду конституционные, органические и обычные законы, различаемые по кругу регулируемых отношений.

Разрешение коллизий общих, специальных и исключительных норм должно осуществляться согласно формуле *lex speciali derogat legi generali* (специальный закон отменяет действие общего). Следовательно, специальная норма по одному и тому же вопросу имеет приоритет перед действием общей, и, соответственно, норма исключительного характера имеет приоритет как перед общей, так и перед специальной нормами.

Для методики преодоления темпоральных коллизий характерно то, что применяться должна норма, принятая законодателем позже. Надо сказать, что разрешение подобного рода нормативных противоречий особенно изучено французскими правоведом, думается, из-за динамического характера местного права.

Характеризуя постсоветское пространство, на орбите дискуссий – необходимость закреплять коллизионные принципы нормативно. Некоторые республики уже приняли соответствующие законы (например, Закон “О нормативно-правовых актах”), другие до сих пор взвешивают все “за” и “против”, поощряя теоретические дискуссии в данной сфере.

Зададимся вопросом: существует ли иерархия внутри коллизионных принципов? Общеизвестно, что иерархический принцип имеет безусловный приоритет над другими двумя принципами. Норма, помещенная в акт высшей юридической силой, преобладать специальные и позже принятые нормы, содержащиеся в акты с меньшей юридической силой.

Вместе с тем, в правовой доктрине на сегодня отсутствует единый взгляд на соотношение темпорального и содержательного принципов разрешения коллизий. Вопрос, следует ли отдать предпочтение более поздней, но общей норме, в литературе решается по-разному, причем преобладает мнение о превосходстве содержательного принципа. Вместе с тем, такой подход раз за разом подвергается сомнению в пользу противоположного подхода – в пользу преимущества темпорального принципа. Заметим, что все чаще звучит мысль о невозможности установления абстрактной иерархии между темпоральными и содержательными принципами разрешения правовых коллизий. В правовой доктрине Германии, в частности, при установлении соотношения между темпоральными и содержательными принципами разрешения коллизий применяются следующие правила: при установке нового общего правила следует отменить существующие специальные правила, только если можно установить волю законодателя, направленную на это. Вопрос о том, отменяет новое общее правило предыдущие специальные, является вопросом толкования. Известное правило *lex posterior generalis non derogat legi speciali* является верным только в том смысле, что не стоит ав-

¹ Pauwelyn, Joost, Conflict Norms Public Internat Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law Cambridge University Press: 2003. - P.12

томатически делать вывод об отмене специальных правил. Между тем, презумпции в пользу сохранения специальных правил не существует¹.

И тем не менее, исследователи, глубоко погружающиеся в специфику, утверждают, что вряд ли сегодня можно говорить о стандартных трех принципах разрешения коллизий, когда речь идет о конституционно-правовых нормах. Бельгийский профессор Ева Бремс, проанализировав правовые позиции большинства органов конституционной юстиции Европы, а также Европейского суда по правам человека, считает, что судьи в случае противоречия между конституционными нормами чаще всего действуют *ad hoc*². Подобную позицию занимает Люценцо Зукка, приводящий пример Конституционного Совета Франции, который “демонстрирует совершенно двойственный подход к разрешению коллизий норм, гарантирующих конституционных права”. Например, “временами Совет в довольно прагматичной рассуждает о коллизиях конституционных прав как о согласовании различных интересов, действуя так, чтобы это совпадало с результатом, которого желательно достичь; в иных ситуациях может использоваться другой инструментарий: Совет ведет речь о коллизиях прав и публичного интереса”³, но опять-таки аргументация принятого решения избирается *ad hoc* и исходит из результата, который хочет получить Совет⁴.

V. Разрешения коллизий в государствах прецедентного права

Сложно найти исследование ученого прецедентного права, в котором, при освещении проблемы коллизии, не затрагивались бы классические принципы разрешения коллизий, о которых речь шла в предыдущей части нашей работы.

Такие принципы повсеместно обязательны, и тем не менее, в отличие от отдельных государств континентального права, они нигде не закреплены. Судьи применяют их в силу традиции и вряд ли рискнут от них отступить. Казалось бы, здесь обнаруживается несвойственный прецедентному праву формализм, из-за которого судья получается связан обязательным действием коллизии аксиомы. Но на практике,

как утверждает американский профессор К. Гонзалез, каждый суд делает все возможное, дабы избежать случая, в котором вынужден будет прибегнуть к коллизионным догмам¹. Джон Мерримен, анализируя практику судопроизводства стран прецедентного права, утверждает, что в случае обнаружения коллизии между конституционно-правовой нормой и положением обычного статута, суд в большинстве случаев попытается истолковать оба положения таким образом, дабы избежать коллизии². Для этого в арсенале каждого судьи обширный инструментарий дискреционных полномочий, и главное – интерпретационная деятельность. Посредством узкого или широкого толкования правовой нормы правоприменитель пытается избежать нормативно-правовой коллизии, ведь в противном случае он будет связан безальтернативными правилами, а это чуждо природе прецедентной системе права.

Заметим, что исследование интерпретационной деятельности судов особенно актуально в ракурсе изучения конституционно-правовых коллизий, ведь именно здесь гибкость прецедентного права проявляется как нигде. Именно благодаря особому подходу к толкованию, американская система права сумела сохранить Конституцию, которой уже больше двухсот лет: каждый раз, когда применяется статутное правило, формально противоречащее конституционной норме, последняя истолковывается таким образом, чтобы любую коллизию заранее снять³.

В связи с неоспоримой эффективностью судов, доверие к судебной системе в странах прецедентного права неизменно высоко. Так, согласно статистике, которую приводит Фредерик Мортон, около 60 процентов канадцев согласны с тем, что “в случае коллизии закона и Канадской Хартии прав и свобод, именно суд, а не законодатель, должен иметь последнее слово”⁴.

Но что же делать, если интерпретация не помогает избежать коллизии конституционных норм? Если, к примеру, в частном праве должно прибегать к классическим принципам разрешения коллизий, в конституционном их польза едва ли заметна. Если проанализировать

¹ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001). – P. 443.

² Merryman, John Henry. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America Stanford University Press, 1985 - Всего страниц: 168 P.135

³ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001). – P. 487.

⁴ Morton, Frederick. Law, politics, and the judicial process in Canada // University of Calgary Press, 2002 - P.490

¹ Курс германского гражданского права: Введение и общая часть. Перевод с немецкого. Т. 1: Полут. 1 / Энциклопедия Л.: Под ред.: Генкин Д.М. (предисл.), Новицкий И.Б. (предисл.); Пер.: Граве К.А. – М.: Инстр. лит., 1949. – С. 159-160.

² Brems, Eva, Conflicts between Fundamental Rights, ed., Antwerp/Oxford/Portland, 2008. - P.4. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154528>

³ Molfessis, Nicolas. Le Conseil Constitutionnel Et Le Droit Prive. – Paris.- 1997. – P.76.

⁴ Zucca, Lorenzo. Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas . - [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://kcl.academia.edu/LorenzoZucca/Papers/510001/Conflicts_of_Fundamental_Rights_as_Constitutional_Dilemmas

практику Верховного Суда США, станет очевидным, что критериев, по которым Суд отдает предпочтение одной норме над другой не три и даже не десять: много больше. Например, К.Гонзалез ведет речь о инверсии, интерпретационных канонах, так званых “kozyрях” и т.д.¹. При этом, как утверждает Р.Познер, при сопоставлении конституционных норм, одной из которых будет непосредственно норма Конституции, Суд никогда не будет рассматривать последнюю вырванной из контекста: только исходя из “общего текста” Конституции, что опять-таки создает просторное поле для судебской дискреции.

Показательным может служить пример Канады, где при разрешении коллизии между конституционными правами собственника и пикетирующих (*Harrison v. Carswell* (1975)² Верховный суд прибегнул к принципу *stare decisis* и принял решение, аналогичное принятому четырьмя годами ранее. Важно отметить, что после указанного решения началась острая дискуссия касательно права суда по-разному подходить к решению подобных (смежных) конституционно-правовых противоречий. В своем известном Особом мнении судья Ласкин высказался о том, что “суд не может механически приманять нормы права... мы (судьи) свободны отходить от своих же предыдущих правовых позиций и принимать решение, которое было бы оптимальным именно в конкретной ситуации”³.

Любопытные выводы делают ученые из ЮАР – государства, правовая система которого вобрала в себя элементы сразу трёх выделяемых сегодня правовых семей: романо-германской, англо-саксонской и традиционной. Так Керол Льюис утверждает, что в случае противоречия конституционных предписаний и положений общего права (*common law*), суд в каждом конкретном случае должен просчитать последствия своего решения, то есть прийти к “минимальному ущербу”, отдавая предпочтение одному предписанию над другим⁴.

Тут мы приходим к кульминации теоретических наработок ученых прецедентного права – права, которое всегда стремится индивидуализировать каждый конкретный спор. Как утверждают американские уче-

ные, очень часто Верховный Суд определяет для себя желательный исход конституционного конфликта и лишь исходя из этого разрабатывает соответствующую линию аргументации¹. Лондонский профессор Лоренцо Зукка заходит еще дальше и утверждает, что большинство конституционно-правовых коллизий (или конституционных дилемм – как называет их автор) не может быть разрешено раз и навсегда, а некоторые из них не могут быть разрешимыми в принципе². Ученый даже использует несколько неформальные метафоры, пытаясь поделить подходы ученых к возможности разрешения конституционно-правовых коллизий: одни юристы, согласно Зукка, верят в “хеппи энд”, то есть разрешимость каждого конституционного спора, другим же более импонирует некий флер “американской трагедии” – принятия факта неразрешимости отдельных коллизий. Нам думается, что такой подход в большинстве своем очень честный, ведь специфика конституционного права в том, что оно неотделимо от политической составляющей и необходимости учитывания публичного интереса. Специфическую природу имеют коллидирующие конституционные принципы и коллидирующие фундаментальные права, а значит инструментарий, хорошо проявивший себя в других отраслях права, здесь, где юридическая компонента столь же сильна, сколь и политическая, этическая и социальная, может оказаться недостаточным.

Выводы

Исходя из вышесказанного, позволим себе сделать выводы о различиях в подходе к пониманию и разрешению конституционно-правовой коллизии в континентальной и прецедентной системах права. При этом мы делаем заключения на двух уровнях: с позиций теории права и в аспекте конституционно-правового понимания.

1. С точки зрения теории права, в то время как континентальные юристы рассматривают коллизию в качестве дефекта системности права, логической прорехой в его структуре, для английского или американского юриста конституционно-правовая коллизия всего лишь привычный элемент правопорядка. Ни о каком нарушении системности и речи быть не может: правовая материя в большинстве своем – это нагромождение судебных прецедентов.

¹ Gonzalez, Carlos E. The Logic of Legal Conflict: The Perplexing Combination of Formalism and Anti-Formalism in Adjudication of Conflicting Legal Norms // Oregon Law Review : Vol. 80, No. 2 (Summer 2001). – P. 574.

² Lorenzo Zucca, Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA, (Oxford, Oxford University Press: 2007).

¹ Carlos E. Gonzalez, "Trumps, Inversions, Balancing, Presumptions, Institution Prompting, and Interpretive Canons: New Ways for Adjudicating Conflicts Between Legal Norms" (September 2004). Rutgers University (Newark) Legal Working Paper Series. Rutgers Law School (Newark) Faculty Papers. Working Paper 7.

<http://law.bepress.com/rutgersnewarklwps/fp/art7>

² Harrison v. Carswell, 1975 CanLII 160 (SCC), [1976] 2 SCR 200, <<http://canlii.ca/s/y9o9>>

³ Morton, Frederick. Law, politics, and the judicial process in Canada // University of Calgary Press, 2002 - P.46

⁴ Conflicts between Fundamental Rights, Eva Brems, ed., Antwerp/Oxford/Portland, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1154528>

2. Правоведы в странах романо-германской правовой семьи, анализируя содержательный объем конституционно-правовой коллизии, стремятся его необоснованно расширить, применяя так называемое “широкое понимание коллизии”, которое включает в себя почти все антиномии публично-правового характера (противоречия духа и буквы закона, конфликты компетенций и т.д.). Такое нагромождение абстрактных, часто излишне туманных, конструкций чуждо англосаксонскому праву: конституционно-правовая коллизия здесь понимается исключительно как коллизия позитивного права. Развивая указанную мысль, заметим, что в трудах английских и американских юристов исследуется только несоответствие между нормами права, тогда как работы континентальных юристов даже при анализе позитивного права часто грешат некорректными, на наш взгляд, формулировками о противоречии нормативно-правовых актов¹.

3. Основываясь на утверждения отдельных авторов о том, что под понятием “норма права” в континентальной и англо-американской доктрине понимаются несколько различные правовые явления: догматическое правило в первом (norm), и казуальный образец – во втором (rule), можно утверждать о различной природе их столкновений. Получается, в прецедентном праве коллидируют не сами нормы, а выработанные судами правовые позиции, основанные на интерпретации норм.

4. Применительно к специфике конституционного права, англосаксонской доктрине известно понятие “потенциальная конституционно-правовая коллизия”, под которой понимается такое противоречие правовых норм, которого довольно легко избежать при условии, что правоприменитель истолкует одну из норм в узком смысле. Параллельно используется понятие “реальная конституционно-правовая коллизия”, к которому прибегают в самых крайних случаях, поскольку круг ситуаций, при которых суд или иной орган посредством толкования не смог бы избежать коллизии, предельно узок. Такое разграничение в континентальной доктрине права встречается гораздо реже и не несет столь решающей нагрузки в теоретических исследованиях.

5. Изучение природы конституционно-правовых коллизий в континентальной системе права происходит чаще всего с использованием инструментария классической логики, в то время как в англосаксонской – неклассической, в частности, деонтической. Видится, последний подход много более эффективен, поскольку дает возможность исследовать один из наиболее проблемных массивов конституционных колли-

зий – коллизии с вовлечением нормативно оформленных конституционных прав.

6. Основным методом устранения конституционно-правовых коллизий в континентальной системе права называется нормотворчество (принятие нового акта, отмена старого, внесение изменений или уточнений в действующие), а в прецедентной – правотолкование (интерпретация одной из коллидирующих норм в таком масштабе, чтобы избежать нормативного противоречия в конкретном случае).

7. С целью разрешения конституционно-правовой коллизии, которое сводится к выбору одной из норм, противоречащих друг другу, как в континентальной, так и в англосаксонской системах права применяются выработанные еще римскими юристами темпоральный, содержательный и иерархический коллизионные принципы. Вместе с тем ученые различных правовых систем сходятся во мнении, что эффективность и частота применения указанных принципов в конституционном праве гораздо ниже, нежели в праве приватном.

8. Если говорить о трех упомянутых классических аксиомах (принципах), в континентальном праве (в частности – на постсоветском пространстве) прослеживается отчетливая тенденция закреплять их нормативно (например, в законодательстве о нормативно-правовых актах), в то время как в прецедентной системе права они применяются юристами исключительно исходя из правовых традиций.

9. В русле тенденции выделять в отдельный сегмент противоречий коллизии норм, гарантирующих конституционные права, в разных системах права возникла необходимость разрабатывать особый подход к разрешению подобного рода антиномий. При этом континентальная наука склоняется к разработке инструментария “балансирования” и “оптимизации”, а англо-американская – к обоснованию принципа “максимизации” при разрешении указанных противоречий.

10. Придерживаясь терминологии, используемой американским ученым Р. Познером, предположим, что рационализация процесса разрешения конституционно-правовой коллизии в странах континентального права происходит преимущественно “снизу вверх” (то есть исходя из конкретных норм конституционного акта), в то время как в англо-американской практике имеет место рационализация “сверху вниз” (в частности, исходя из “духа”, общего подтекста Основного закона). Нам особенно импонирует именно второй подход.

11. Основываясь на выводах ряда ученых, совершивших фундаментальный анализ правоприменительной практики органов конституционной юстиции стран как континентальной, так и прецедентной систем права, можем утверждать, что в большинстве случаев разрешение

¹ Подробнее см.: Мірошніченко А.М. Колізії в правовому регулюванні земельних відносин в Україні: Монографія. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – С. 8-11.

конституционно-правовой коллизии происходит *ad hoc*, при этом часто аргументация выбора превалирующей нормы часто подстраивается под результат, который желательно получить, а не наоборот. Разница между исследуемыми нами системами права состоит в том, что прецедентное право охотно воспринимает и разрабатывает такой тезис (ведь индивидуализация каждого спора – его имманентная черта), в то время как наука континентального права стремится к рационализации каждого способа разрешения конституционно-правовой коллизии, выработки и нормативного закрепления общих правил такого разрешения, хотя на практике универсальные правила в публично-правовых (часто политически окрашенных) спорах едва ли применимы.

Как видим, в понимании конституционно-правовой коллизии между двумя, казалось бы, разными системами права довольно много общего. Вместе с тем, копнув немного глубже, обнаруживается целый пласт различий, несоответствий, столь интересных, сколь мало изученных в специальной литературе. Мы уверены, что наиболее верным в исследовании сущности конституционно-правовой коллизии является курс на рецепцию, конвергенцию и взаимообогащения достижений различных правовых школ и различных доктринальных подходов, поскольку каждый, взятый отдельно, характеризует сущность конституционно-правовой коллизии не достаточно полно. Истина, как всегда, где-то посередине. А если точнее – на стыке конституционно-правовой доктрины стран различных правовых систем.



Попова Алиса¹

Конституционная основа свободы экономической деятельности в Российской Федерации»

Введение.

Свобода экономической деятельности прочно утвердилась в качестве одной из важнейших основ современной цивилизации и стала общепризнанной, общечеловеческой ценностью. Без свободы экономической деятельности невозможно адекватное функционирование механизмов рыночной экономики, проявление инициатив хозяйственной деятельности, развитие конкуренции, предпринимательства. От развития рыночной экономики зависит в частности и развитие гражданского общества.

Проблемы обеспечения свободы экономической деятельности особенно актуальны для Российской Федерации. Россия встала на совершенно иной путь развития перейдя к рыночной экономики. Конституция 1993 г. утвердила свободу экономической деятельности как основу конституционного строя России. Однако реализация этого права до сих пор претерпевает определенные трудности.

Целью данной работы является исследование закрепление конституционной основы свободы экономической деятельности в Российской Федерации и проблем ее реализации. Для достижения поставленной цели необходимо решение следующих *задач*:

- а) изучение конституционных основ свободы экономической деятельности (определение понятия свободы экономической деятельности, закрепление свободы экономической деятельности в Конституции РФ и зарубежных конституциях);
- б) исследование механизмов реализации права на свободу экономической деятельности (гарантии реализации, ограничения и проблемы реализации свободы экономической деятельности в РФ).

¹ Студентка Факультета Государственного Управления Московского Государственного Университета имени М.В. Ломоносова, Россия.

I. Конституционные основы свободы экономической деятельности.

1.1. Понятие свободы экономической деятельности.

Несмотря на то, что понятие "свобода экономической деятельности" прочно вошла в наш лексикон и достаточно часто употребляется в нормативно-правовых актах, учебниках, научных и периодических изданиях, необходимо уточнить смысловое содержание данного принципа. Эта необходимость возникает в связи с тем, что в данное понятие зачастую при употреблении вкладывается различное понимание в зависимости от контекста применения и теоретической позиции автора.

Рассмотрим различные подходы к определению свободы экономической деятельности и выделим необходимое для исследования определение.

Знаменитый российский ученый, доктор юридических наук Авакьян С.А. в своем учебнике "Конституционное право России" определяя данное понятие, исходит из позиции, что "свобода экономической деятельности предполагает для участников хозяйственного оборота равные возможности производить, продавать и покупать продукты труда, вступать в договорные и иные хозяйственные отношения и т.д."¹

В.В. Мельников в своей работе "Экономический строй и Конституция России" предпринимает попытку объяснить понятие свободы экономической деятельности, через совокупность взаимосвязанных принципов. По его мнению с принципом свободы экономической деятельности связаны, прежде всего, положения Конституции, содержащие такие основные права, как:

а) право на свободное развитие. В части 1 ст. 7 Конституции установлено: «Российская Федерация - социальное государство, политика, которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека». То есть эта норма защищает свободу договора, свободу предпринимательства;

б) право свободно избирать род деятельности и профессию (ч. 1 ст. 37)

в) Конституции предусмотрено: «Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию»;

г) право, гарантирующее каждому возможность иметь имущество в частной собственности (ст. 35, 36 Конституции). Защита этого права,

предоставляемая государством, распространяется на частную собственность на землю, основные фонды, а также на обязательства и требования предпринимателей к своим партнерам. Принадлежащие человеку нематериальные блага (доброе имя, честь, достоинство и деловая репутация), также могут получить защиту в соответствии с этим конституционным правом;

д) право каждого на ассоциации. В соответствии с ч. 1 ст. 30 Конституции России «Каждый имеет право на объединение, право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов. Свобода деятельности общественных объединений гарантируется».

Мельников В.В. подчеркивает, ссылаясь в подтверждение своих слов на таких авторов как Албегова И.М., Емцов Р.Г., Холопов А.В., Лященко В.П., Пикулькин А.В и др., что конституционное закрепление свободы экономической деятельности, выходит за рамки гарантирования отдельных правомочий личности (т.е. юридической интерпретации свободы как условия реализации личного интереса), приобретая более широкое значение. Указанное широкое правомочие конституционно закрепленной свободы экономической деятельности, по мнению автора, позволяет рассматривать данный принцип в его взаимодействии и сущностном единстве с другими конституционными принципами¹.

Судья Конституционного суда РФ, автор многочисленных книг и статей по конституционной экономике, Гаджиев Г.А. в своем труде "Конституционная экономика" не определяет прямо понятие свободы экономической деятельности, однако, замечает, что "экономическая свобода, являющаяся конституционным принципом (ч.1 ст. 8), выражает интересы прежде всего экономически активного населения, обладающего интеллектуальными способностями и имуществом для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч.1 ст.34)"². Таким образом, Гаджиев отождествляет экономическую деятельность в первую очередь с предпринимательской деятельностью, а следовательно свободу экономической деятельности со свободой предпринимательской деятельности. Такой подход несколько ограничивает понимание данного понятия, задавая для этого принципа слишком узкие рамки возможности его применения.

Авторский коллектив российских юристов и экономистов - Боренбойм П.Д., Лафитский В.И., Мау В.А. и др. - в своей работе "Конституционная экономика" определили свободу экономической деятельности

¹ Мельников В.В. "Экономический строй и Конституция России"// Новый юридический журнал. 2011. № 1. <http://www.new.law-books.ru/index.php?page=problemy-konstitutsionnogo-prava>

² Гаджиев Г.А. "Конституционная экономика", М., 2010. С. 46

как "свободу зарабатывать деньги", пояснив, что "для бизнесмена свобода зарабатывать деньги означает свободу предпринимательства, для наемного работника - право самостоятельно выбирать профессию и место работы".¹ По мимо этих двух аспектов, авторы также отмечают, что экономическая деятельность - очень широкое понятие, под которым понимаются любые виды деятельности, приносящие доход, в том числе, например, возможность распоряжаться своими сбережениями, отдавая их в банк или покупая ценные бумаги.

Для целей данного исследования для понимания принципа "свободы экономической деятельности" будет использоваться толкование Конституционного суда РФ: "Согласно Конституции Российской Федерации в Российской Федерации гарантируется свобода экономической деятельности (статья 8, часть 1), каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (статья 34, часть 1)".²

Остается выяснить, что следует понимать непосредственно под "экономической деятельностью". Для определения этого понятия обратимся к общероссийскому классификатору видов экономической деятельности (*сокращ.* ОКВЭД). ОКВЭД создан на основе официальной русской версии *Статистической классификации видов экономической деятельности* в Европейском экономическом сообществе (КДЕС) (англ. *Statistical classification of economic activities in the European Community*). Классификатор ОК 029—2001 (КДЕС Ред. 1) принят постановлением Госстандарта N 454-ст от 6 ноября 2001 г., введен в действие с 1 января 2003 г. С 1 января 2008 г. дополнен классификатором ОК 029—2007 (КДЕС Ред. 1.1), утвержденным приказом Ростехрегулирования N 329-ст от 22 ноября 2007 г. В введении данного документа прописано, что объектами классификации в ОКВЭД являются виды экономической деятельности. Экономическая деятельность имеет место тогда, когда ресурсы (оборудование, рабочая сила, технологии, сырье, материалы, энергия, информационные ресурсы) объединяются в производственный процесс, имеющий целью производство продукции (оказание услуг). Экономическая деятельность характеризуется затратами на производство, процессом производства и выпуском продукции (оказанием услуг).

¹ Баренбойм П.Д.; Лафитский В.И.; Мау В.А.; Захаров А.В., Киселева И.М.; Кириченко Д.А.; Куприянова Ю.В.; Челмоделова Е.В., Лафитский Д.В. "Конституционная экономика", М., 2004. С. 12

² Определение Конституционного суда Российской Федерации № 924-О-О

1.2. Закрепление конституционная основа свободы экономической деятельности в Конституции РФ.

Часть 1 статьи 8 Конституции РФ гласит: "В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности". В данной статье указывается, что свобода экономической деятельности гарантируется в РФ, однако само понятие не раскрывается. Само толкование данного понятия было раскрыто в предыдущем пункте. Теперь рассмотрим подробнее закрепление данного принципа в Конституции РФ.

Указанная выше 8 статья относится к первой главе Основного закона, которая называется "Основы конституционного строя". Это означает, что свобода экономической деятельности является основой конституционного строя. Тем самым подчеркивается важность данного принципа для Российской Федерации, который в совокупности с рядом других принципов образует конституционный экономический строй государства.

Необходимо отметить, что принципы, образующие конституционный экономический строй, не существуют вне системной связи с другими принципами основ конституционного строя, в особенности с принципами правового и социального государства, а также с иными конституционными положениями, имеющими отношение к регулированию экономических отношений. Как подсистема конституционно-правовых норм, конституционный строй РФ охватывает:

1) принципы основ конституционного строя о свободе экономической деятельности, о едином экономическом пространстве, о многообразии и равноправии различных форм собственности, о защите конкуренции (статья 8), о социальном характере государства (статья 7), о значении общепризнанных норм и принципов международного права и норм, содержащихся в международных договорах (статья 15);

2) конституционные нормы об основных экономических правах и свободах и основных правах, имеющих хозяйственно-конституционное значение, а также о конституционных гарантиях предпринимательства (статья 34, часть 2; статья 74, часть 1; статья 75, часть 2); 3) нормы, устанавливающие конституционный экономический публичный порядок:

а) конституционные принципы государственного регулирования экономической деятельности;

б) нормы о возможности ограничения основных экономических прав;

в) нормы о полномочиях федеральных органов государственной власти и органов власти субъектов РФ в сфере правового регулирования предпринимательства.

Однако, принцип свободы экономической деятельности является стержнем конституционного экономического строя РФ. Как уже отмечалось выше, экономическая свобода по смыслу Конституции предполагает прежде всего свободу предпринимательства. Свобода предпринимательской деятельности представляет собой универсальный (интегрированный) принцип конституционного права, объединяющий в своем составе несколько относительно самостоятельных принципов правового регулирования отношений в сфере предпринимательской деятельности (принцип свободы договора, общедозволительный принцип, принцип свободы конкуренции и др.).

На конституционный принцип свободы экономической деятельности, закрепленный в основах конституционного строя (ст. 8 Конституции), опираются нормы гл. 2 Конституции, закрепляющие права, имманентно присущие обществу, в котором функционирует рыночный тип экономики. Их можно обозначить как основные экономические права. К ним относятся:

а) право выбирать род деятельности или занятий — означает свободу экономического выбора: быть либо предпринимателем-работодателем, либо работником (ст. 37);

б) право свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства — означает свободу рынка труда (ст. 27);

в) право на объединение — предполагает соответствующее право для совместной экономической деятельности, а следовательно, свободу выбора организационно-правовых форм предпринимательской деятельности и образования в уведомительном порядке различных предпринимательских структур (ч. 1 ст. 30);

г) право иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ч. 2 ст. 35), свобода владеть, пользоваться и распоряжаться землей и другими природными ресурсами (ч. 2 ст. 36), использование имущества для целей предпринимательской деятельности (ч. 1 ст. 34) — означает свободу формирования имущественной базы предпринимательства, использования имущества, свободу реализации на рынке произведенного товара, включая право на свободу договора;

д) право на защиту от монополизма и недобросовестной конкуренции (ст. 34) — предполагает свободу конкуренции.

Таким образом, можно сделать вывод что конституционная основа свободы экономической деятельности закреплена в Конституции РФ

через совокупность принципов, через которые она непосредственно реализуется.

1.3. Конституционные основы свободы экономической деятельности в зарубежных конституциях.

Конституции всех без исключения стран в той или иной степени обращаются к вопросам экономики, и в частности к принципам свободы экономической деятельности.

Конституция США 1787 г. считается первой в мире конституцией в современном понимании. Важную роль при создании Основного закона США сыграла теория общественного договора, разработанная ещё в XVII веке Томасом Гоббсом и получившая развитие в трудах Джона Локка, Жан-Жака Руссо, Монтескье и других философов Просвещения. Согласно этой теории, люди до возникновения государства находились в состоянии первобытной («естественной») свободы, но пришли к необходимости создания государства, которому они бы отдавали часть свобод, получая взамен защиту, правосудие и гарантию соблюдения своих прав. Отголосок этой теории можно найти в преамбуле Конституции США, в которой провозглашено, что одной из целей ее принятия является содействие общему благосостоянию и обеспечение будущему потомству благ свободы.

Идеи американского конституционализма были подхвачены и развиты основными законами многих стран. Так, конституционные документы Великой Французской революции - Декларация прав человека и гражданина 1789 г. и Конституция 1793 г. - провозгласили, что "право собственности состоит в принадлежащей каждому гражданину возможности пользоваться и распоряжаться по своему усмотрению своим имуществом, своими доходами, плодами своего труда и своего промысла", что "гражданам не может быть запрещено заниматься каким угодно трудом, земледелием, промыслом, торговлей".

Новый этап в экономическом развитии наступил на рубеже XIX-XX столетий. Нарастание кризисных явлений, обусловленных неравномерным развитием производительных сил, процессы монополизации создали реальную угрозу для рыночной экономики. В этих условиях возникла потребность в поддержании конкуренции, ограничении прав крупной собственности, усилении регулирующей роли государства, которое все более активно стало участвовать не только в регулировании рыночных отношений, но и в организации производства.

Новая конституционная модель, сформировавшаяся после Второй мировой войны, базировалась на идеях социальной роли государства, усиления его регулирующей роли, ограничения прав собственности.

Очередной этап наступил на рубеже третьего тысячелетия. Он стал результатом современного кризиса индустриального общества и крушения коммунистической системы. Все чаще в конституциях появляются положения, направленные на ограничение государственного вмешательства в социальную жизнь и хозяйственную деятельность, более четко и строго прописываются функции государственной власти в экономической политике. Эта эволюция отражает развитие производственных сил в новом веке - веке индивидуализированного производства и информационных технологий.

Вместе с тем, в конституциях большинства стран неизменным остается закрепление права гражданина на свободу экономической деятельности. Объем данной работы не позволяет подробно рассмотреть конституционное закрепление свободы экономической деятельности в других странах, однако совсем оставить без внимания было бы неправильно. Для целей данного исследования был проведен сравнительный анализ зарубежных конституций по параметру закрепления в них принципа свободы экономической деятельности. Результаты сравнительного анализа представлены в таблице:

Страна	Конституционное закрепление права на свободу экономической деятельности
Франция	Гражданам не может быть воспрещено заниматься каким угодно трудом, земледелием, промыслом, торговлей (ст.17).
Италия	Частная хозяйственная инициатива свободна (ст. 41).
Япония	Каждый пользуется свободой выбора профессии (ст. 22).
ОАЭ	Каждый гражданин имеет право свободно выбирать род занятий, ремесло или профессию в установленных законом рамках (ст. 34)
Украина	Каждый имеет право на предпринимательскую деятельность, не запрещенную законом (ст. 42).
Бразилия	Любой труд, ремесло или профессиональная деятельность свободны, при условии соблюдения профессиональной квалификации, предусмотренной законом (ст.13)
ЮАР	Каждый гражданин имеет право свободно избирать ремесло, занятие или профессию. (ст. 22)

В конституциях ряда стран принцип свободы экономической деятельности напрямую не закреплён, однако может быть выведен из смыслового содержания предоставляемых экономических прав человека и гражданина. Так, например, в отличие от Веймарской Конституции, в которой в ст. 151 было прямо указано, что "надлежит обеспечить хозяйственную свободу отдельной личности" и "свобода торговли и промыслов обеспечивается согласно имперским законам", современная Конституция ФРГ не содержит непосредственно принципа, провозглашающего свободу экономической деятельности. Однако данный принцип может быть выведен из содержания принципов, закреплённых в ст. 12 - "все немцы имеют право свободно избирать профессию, место работы и учебы"; ст. 9 - "все немцы имеют право создавать союзы и общества"; ст. 14 - "собственность и право наследования гарантируются".

II. Реализация принципа свободы экономической деятельности.

2.1. Конституционные гарантии и ограничения свободы экономической деятельности в РФ.

Создавая социальное рыночное хозяйство, Российская Федерация стремится обеспечивать свободу экономической деятельности, предпринимательства и труда, добросовестную конкуренцию и общественную пользу, чтобы регулирование государством хозяйственной жизни осуществлялось в интересах человека и общества, а экономические отношения строились на социальном партнерстве между человеком и государством, работником и работодателем, производителем и покупателем. В отношении форм и методов экономической деятельности Конституция гласит, что Россия как государство не допускает экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Закрепляя фундаментальные основы экономической свободы человека, Конституция Российской Федерации исходит из того, что эта свобода осуществляется в границах, которые установлены законом, причем за субъектами экономических отношений признается право на осознанный и добровольный выбор юридических условий и принятие объективных рисков, связанных с конкретной хозяйственной деятельностью. Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях, права владения, пользования и распоряжения имуществом, а также свобода предпринимательской деятельности, не являясь абсолютными, могут быть ограничены; вместе с тем, , такие ограничения должны, исходя из общих принципов права, отве-

чать требованиям справедливости, быть адекватными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей, носить общий и абстрактный характер, не иметь обратной силы и не затрагивать само существо конституционных прав, т.е. не ограничивать пределы и применение основного содержания соответствующих конституционных норм¹.

Конституция РФ содержит также ряд важных нормативных положений, которые в совокупности составляют конституционные гарантии свободы экономической деятельности в современной России. Эти гарантии можно разделить на две группы:

1) относящиеся к основам конституционного строя;

2) относящиеся к правам и свободам человека и гражданина. К первой группе относятся следующие нормы Конституции РФ:

а) гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности (ч. 1 ст. 8);

б) признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности (ч. 2 ст. 8);

в) земля и другие природные ресурсы могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности (ч. 2 ст. 9).

Конституция РФ исходит из принципа независимости прав и свобод человека, сформулированных в ее главе 2, от произвола государства. Обладание правами и свободами, на которые не может посягать государство, делает человека самостоятельным субъектом, способным самоутвердиться в качестве достойного члена общества. Российское государство, зафиксировав права человека и гражданина в Конституции РФ, обязуется через деятельность органов законодательной и исполнительной власти, судов, прокуратуры, охраны правопорядка осуществлять их реализацию и защиту.

Конституционные гарантии свободы экономической деятельности, относящиеся к правам и свободам человека и гражданина, в зависимости от их целевой направленности, можно, в свою очередь, условно разделить на три подгруппы - основные, вспомогательные и обеспечительные (или защитные).

К первой подгруппе можно отнести следующие положения:

- каждый вправе свободно использовать свои способности и имущество для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34);

- право частной собственности охраняется законом (ч. 1 ст. 35);

- каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами (ч. 2 ст. 35);

- граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю. Владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляется их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов других лиц (ч. 1, 2 ст. 36);

- никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения (ч. 3 ст. 35);

- законы, устанавливающие новые налоги или ухудшающие положение налогоплательщиков, обратной силы не имеют. При этом каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы (ст. 57);

- право наследования гарантируется (ч. 4 ст. 35).

Вторую подгруппу образуют права и свободы, способствующие надлежащей и полной реализации конституционных гарантий первой группы. Среди них можно выделить например, такие как:

- свобода мысли и слова (ч. 1 ст. 29);

- право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом (ч. 4 ст. 29);

- право свободно передвигаться на территории Российской Федерации, свободно выезжать за ее пределы; право гражданина России свободно возвращаться в Российскую Федерацию;

- право граждан России обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления (ст. 33).

Третья подгруппа объединяет те конституционные гарантии, которые специально ориентированы на обеспечение эффективной реализации всех прав и свобод человека и гражданина, составляющих основы правового статуса личности в Российской Федерации, в том числе тех из них, которые нами условно отнесены к первым двум подгруппам. Обеспечительные (или защитные) гарантии выражены главным образом в следующих конституционных нормах:

□ государственная защита прав и свобод человека и гражданина гарантируется (ч. 1 ст. 45);

¹ Постановления Конституционного суда РФ от 6 июня 2000 года № 9-П, от 1 апреля 2003 года № 4-П, от 18 июля 2003 года № 14-П, от 31 мая 2005 года № 6-П, от 28 февраля 2006 года № 2-П, от 28 января 2010 года № 2-П и от 31 января 2011 года № 1-П

- каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45);
- каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ч. 1 ст. 46);
- решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд (ч. 2 ст. 46);
- каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты (ч. 3 ст. 46);
- каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст. 53).

Совокупность указанных конституционных гарантий экономической деятельности юридически обеспечивает стабильность основ свободы экономической деятельности в нашей стране. То есть, например, для тех, кто занимается бизнесом в России или имеет такое намерение в рамках существующего конституционного строя нет оснований опасаться умаления значения перечисленных выше конституционных гарантий предпринимательской деятельности и тем более запрета предпринимательства, возврата к правовой ситуации, подобной той, которая имела место в годы советской власти. Юридическими гарантиями, направленными на предотвращение противоправных, антиконституционных методов изменения основ конституционного строя, являются, в частности, соответствующие статьи главы 29 УК РФ, которые предусматривают уголовную ответственность за преступления против основ конституционного строя и безопасности государства. Что же касается возможности изменения Конституции РФ правовыми, законными, демократическими методами, то в целях обеспечения стабильности конституционно-правового порядка в нашей стране изменение основ конституционного строя максимально затруднено механизмами, заложенными в самой Конституции РФ.

2.2. Проблемы реализации принципа свободы экономической деятельности.

Следует иметь в виду, что свобода экономической деятельности успешно развивается и приносит ощутимые социально-экономические результаты в тех странах, где государство обеспечивает благоприятный

инвестиционный климат, стабильность политической и правовой систем, высокий уровень жизни своих граждан, защищает экономику от потрясений. К сожалению, Российской Федерации это пока не совсем удалось. Всероссийский центр изучения общественного мнения (ВЦИОМ) в июле 2011 г. провел опрос, целью которого было выяснение как россияне оценивают ситуацию в своей жизни и какие экономические прогнозы строят. Большинство россиян по-прежнему характеризуют свою жизненную ситуацию как трудную (56%). 37% россиян также негативно прогнозируют изменение экономической ситуации в будущие 12 месяцев.¹

Всемирный банк регулярно публикует доклады об экономической ситуации в России. В последнем докладе (№26, сентябрь 2011) оценивает общую тенденцию развития экономической ситуации в России как "рост рисков и неопределенности". По мнению авторов доклада, экономические перспективы благоприятны в краткосрочной перспективе благодаря высоким ценам на нефть и достижениям сбалансированного бюджета в этом году, однако, в долгосрочной перспективе темпы экономического роста будут продолжать замедляться, а риски расти. По данным официальной статистики, приведенным в докладе, в стране наблюдается замедление роста во всех основных отраслях экономики.² К тому же по предварительным оценкам Банка России, в первом полугодии 2011 г. чистый отток капитала из частного сектора составил 31,2 млрд. долларов США, что почти в три раза превышает отток за аналогичный период 2010 г. При этом, несмотря на снижение общего уровня безработицы, снижение общего уровня бедности, рост производительности и снижение темпов инфляции, инвестиционная привлекательность России по причинам высоких рисков и неопределенности растет достаточно медленно.

Существуют определенные показатели для оценки степени реализации свободы экономической деятельности, например, индекс экономической свободы (*Index of Economic Freedom, IEF*). Этот индекс определяют независимо друг от друга, с одной стороны, Фонд "Наследие" (*The Heritage Foundation*) совместно с газетой *The Wall Street Journal* и, с другой, – американский Институт Катона (*The Cato Institute*) и канадский Институт Фрейзера (*The Fraser Institute*). Обратимся к методике составления индекса экономической свободы The Heritage Foundation.

¹ Данные предоставленные ВЦИОМ <http://wciom.ru/index.php?id=459&uid=112004>

² Доклад об экономике России №26 (сентябрь 2011) Всемирного банка (http://siteresources.worldbank.org/INTRUSSIANFEDERATION/Resources/305499-1245838520910/6238985-1316082024531/RER26_RUS.pdf)

Эксперты Heritage Foundation определяют экономическую свободу как «отсутствие правительственного вмешательства или воспрепятствования производству, распределению и потреблению товаров и услуг, за исключением необходимой гражданам защиты и поддержки свободы как таковой». Индекс экономической свободы базируется на 10 индексах, измеряемых по шкале от 0 до 100, при этом показатель 100 соответствует максимальной свободе, а 0, соответственно, минимальной.

1. Свобода бизнеса.
2. Свобода торговли.
3. Налоговая свобода.
4. Свобода от правительства.
5. Денежная свобода.
6. Свобода инвестиций.
7. Финансовая свобода.
8. Защита прав собственности.
9. Свобода от коррупции.
10. Свобода трудовых отношений.

Вес каждого из 10 факторов считается одинаковым, поэтому итоговый индекс представляет собой среднее арифметическое из показателей. По мнению авторов индекса, экономическое развитие страны прямо связано с динамикой этого индекса.

Все страны по этому индексу делятся на следующие группы:

- ☐ свободные — с показателем 80–100;
- ☐ в основном свободные — с показателем 70–79,9;
- ☐ умеренно свободные — с показателем 60–69,9;
- ☐ в основном несвободные — с показателем 50–59,9;
- ☐ деспотичные — с показателем 0–49,9.

Фонд "Наследие" поместил Россию по уровню экономической свободы на 143 место из 179 (между Сейшельскими островами и Эфиопией), с показателем 50,5, что помещает страну в группу "в основном несвободные".¹ Для сравнения ниже приведены страны постсоветского пространства в рейтинге (за 2011 год):

¹ <http://www.heritage.org/index/Ranking>

2011 год		
Страны с преимущественно свободной экономикой		
14.	 Эстония	75,2
24.	 Литва	71,3
29.	 Грузия	70,4
Страны с умеренно свободной экономикой		
36.	 Армения	69,7
56.	 Латвия	65,8
78.	 Казахстан	62,1
83.	 Киргизия	61,1
Страны с преимущественно несвободной экономикой		
92.	 Азербайджан	59,7
120.	 Молдавия	55,7
128.	 Таджикистан	53,5
143.	 Россия	50,5
Страны с несвободной экономикой		
155.	 Белоруссия	47,9
163.	 Узбекистан	45,8
164.	 Украина	45,8

Такой низкий рейтинг Российской Федерации не случаен. Как было показано выше, в России существуют внешние контуры юридической системы, содержащие конституционные и иные правовые гарантии свободы экономической деятельности. Однако реализация этих гарантий в отечественной политике, судебной и иной правоприменительной практике пока оставляет желать лучшего.

Выводы

Конституционное закрепление принципа свободы экономической деятельности стало важным шагом для Российской Федерации на пути становления рыночной экономики.

Понятие свободы экономической деятельности гораздо более сложное, чем может показаться на первый взгляд. В первой главе была предпринята попытка определить данный принцип. Ссылаясь на толкование Конституционного суда РФ, в котором свобода экономической деятельности определяется как право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности, автор также дает определение самому понятию "экономической деятельности". Данное понятие не тождественно только предпринимательской деятельности и не означает просто свободу "делать деньги". Экономическая деятельность имеет место тогда, когда ресурсы объединяются в производственный процесс, имеющий целью производство продукции (оказание услуг). Экономическая деятельность характеризуется затратами на производство, процессом производства и выпуском продукции (оказанием услуг). Это активная, созидаящая деятельность и правовое обеспечение возможность ее реализации жизненно необходимо для государства, в противном случае ее умаление может привести к застою и краху страны.

После определения свободы экономической деятельности автор рассмотрел ее конституционное закрепление и оценил возможности ее реализации. Итогом проделанной работы стал вывод, что данный принцип не просто закреплен в Основном законе страны и раскрывается через взаимосвязь других конституционных принципов, он также в полной мере обеспечен гарантиями его реализации. Ограничения, предусмотренные Конституцией, направлены лишь на защиту свободы экономической деятельности от монополизации и недобросовестной конкуренции, но не в коем случае не умоляют его.

В работе был проведен сравнительный анализ закрепления данного принципа в основных законах других стран. Было отмечено, что свобода экономической деятельности закреплена прямо или косвенно в конституциях множества стран, что подтверждает его важность и необходимость. Однако, само закрепление этого принципа в Конституции и обеспечение его гарантиями еще не означает возможности его полной реализации, так как для этого необходимо соблюдение множества других условий: экономических, политических, социальных. К сожалению, в Российской Федерации реализация данного принципа сопряжена с рядом проблем, от разрешения которых зависит будущее страны.



Журавлева Татьяна¹

Право на жизнь: конституционно-правовые аспекты

Введение

Становление в России правового государства, процессы демократизации общества, а также интегрирование российского законодательства в международные практики обеспечивают актуальность исследования вопроса обеспечения различных прав и свобод граждан. Особое место занимает вопрос обеспечения права на жизнь и соответствующая проводимая государственная политика.

Определение права на жизнь в качестве высшей социальной ценности, охраняемой законом, требует необходимости закрепления корреспондирующей обязанности государства прилагать максимум усилий, направленных на предотвращение условий, влекущих за собой наступление смерти.

Поэтому исследование данного права содержит в себе комплекс проблем, которые должны быть решены на высшем уровне власти в силу позиционирования права на жизнь как одной из основ демократического общества.

Целью данной работы является рассмотрение нескольких основных наиболее противоречивых аспектов изучаемого права, а именно:

1. вопрос о смертной казни;
2. эвтаназия;
3. правовое регулирование положения эмбриона.

В связи с поставленной целью последовательно решается ряд задач:

1. проанализировать основные нормативные акты, регламентирующие право человека на жизнь, с целью определения дефиниции;
2. сравнить соответствие норм законодательства Российской Федерации международным нормам о признании права на жизнь;
3. выявить основные тенденции при рассмотрении толкования права на жизнь и его основных аспектов;

¹ Студентка Факультета Государственного Управления Московского Государственного Университета имени М.В. Ломоносова, Россия.

4. определить место и роль рассматриваемых аспектов права на жизнь в системе предусмотренных мер защиты естественного права на жизнь в Российской Федерации;

5. проанализировать основные ограничения, предусмотренные международным правом и российским законодательством для рассматриваемых аспектов проблематики осуществления права на жизнь.

При рассмотрении данных вопросов явно видна необходимость использования международного опыта в решении проблем правовой регламентации данных вопросов. В первую очередь, это связано с тем, что в настоящее время важность и необходимость проработки данного вопроса видят не только законодатель, но и российские граждане.

I. Право на жизнь: понятие и сущность

Конституция Российской Федерации, принятая в 1993 году, закрепляет право на жизнь как основополагающее право человека. Статья 20 гласит: «Каждый имеет право на жизнь». Основными документами, регламентирующими право на жизнь на уровне мировых стандартов стали Всеобщая декларация прав человека 1948 года, Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 года, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года. В этих важнейших международно-правовых актах основное содержание права на жизнь сводится к тому, что оно принадлежит каждому человеку, охраняется законом и, самое главное, его никто не может быть лишен произвольно.

Тем не менее, несмотря на обилие правовых актов, закрепляющих данное понятие, не существует единой трактовки, единого понимания, данного понятия, поэтому подчеркивая важность и необходимость обеспечения данного права для любого государства и его жизнедеятельности, ни одна страна не может обеспечить его осуществление в полной мере.

На фоне экономических, социальных и демографических кризисов, переживаемых сейчас в Российской Федерации, проблема обеспечения правовой защищенности жизни граждан приобретает особый статус.

Содержание данного права сводится к тому, что оно принадлежит каждому человеку, охраняется законом и его никто не может быть лишен произвольно. Кроме того, данное право не является абсолютным, поскольку международные документы указывают на возможность его ограничения в результате применения смертной казни, которая может

быть осуществлена только во исполнение окончательного приговора, вынесенного судом.

Конституция РФ 1993 года характеризует право на жизнь только в уголовно-правовом аспекте, что свидетельствует об очень узком его понимании. В то время как, право на жизнь должно пониматься в более широком смысле, как в том числе право на свободную, мирную жизнь, на достойное человеческое существование. Такая многоаспектность проблемы закономерна, и, следовательно, законодательство должно учитывать не только правовую, но и этическую и политическую стороны изучаемого вопроса.

Государство как главный гарант человеческих прав должно обеспечивать право на жизнь как естественное право любого человека, в том числе путем пресечения посягательств на жизнь, назначая соразмерные наказания за совершенные деяния. В данном случае возникает первый аспект проблемы, требующий тщательного рассмотрения, - это введение смертной казни либо в нашей стране отмена моратория на смертную казнь.

Второй аспект проблемы связан с временными характеристиками. Главный вопрос заключается в том, когда право на жизнь вступает в силу. Здесь мы видим второй аспект проблемы: правовой статус эмбриона. В силу физиологических и биологических особенностей рассматриваемой проблемы данный вопрос требует уточнения. В некоторых странах, в большинстве своем католических странах, право на жизнь может рассматриваться в узком аспекте в качестве основания для запрещения аборт, а в некоторых странах, например в Словакии, закрепляется право на жизнь еще до рождения человека.

И третий аспект проблемы исходит из неопределенности дефиниции права на жизнь. Так современные трактовки не дают точного ответа на вопрос, является ли право на смерть составляющей права на жизнь. Таким образом, возникает правовая коллизия по вопросу эвтаназии.

Таким образом, несмотря на свое огромное значение ни одно государство не может обеспечить полное и гарантированное осуществление права на жизнь в связи с тем, что на сегодняшний момент в международных документах, регламентирующих права человека, не содержится точной формулировки права на жизнь, что позволяет по-разному толковать его содержание. Следовательно, необходимо закрепление данного понятия на законодательном уровне.

В основных международных документах, регламентирующих право на жизнь, - Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах, Европейской конвенции о

защите прав человека и основных свобод – его содержание сводится к тому, что оно принадлежит каждому человеку; охраняется законом; его никто не может быть лишен произвольно. В то же время право на жизнь не может быть признано абсолютным, так как имеет ограничение в виде, например, смертной казни.

II. Смертная казнь

В действующем законодательстве Российской Федерации, и в основополагающих документах международного характера, также отсутствует четкое определение понятия смертная казнь. В связи с этим важной проблемой является определение места и роли смертной казни в политике государства.

Отсутствие системного подхода к определению дефиниции компенсируется наличием некоторых признаков в различных правовых актах. А именно, Конституция РФ части 2 статья 20: «Смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей». Уголовный Кодекс РФ в статье 59 определяет смертную казнь как разновидность наказания: «1. Смертная казнь как исключительная мера наказания может быть установлена только за особо тяжкие преступления, посягающие на жизнь. 2. Смертная казнь не назначается женщинам, а также лицам, совершившим преступления в возрасте до восемнадцати лет, и мужчинам, достигшим к моменту вынесения судом приговора шестидесятипятилетнего возраста. 3. Смертная казнь в порядке помилования может быть заменена пожизненным лишением свободы или лишением свободы на срок двадцать пять лет».

Таким образом, мы видим, что основное содержание и сущность института смертной казни составляют нормы уголовного права. В тоже время Конституция РФ обязует применение смертной казни в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни (ч.2 ст.20). На первый взгляд кажется парадоксальным, что в одной и той же статье закрепляются право на жизнь и фактически возможное «право на смерть» при особых условиях. Стоит отметить, что данное особое условие отсутствовало в прежних конституциях нашей страны, то есть ранее не определялся круг преступлений, за которые могла быть назначена высшая мера наказания. Поэтому законодатель закрепляет в одной статье не противоположные аспекты права на жизни, а непосредственно само право и меру, направленную на его защиту.

Таким образом, мы можем рассматривать смертную казнь как превентивную меру по защите права на жизнь, и соответственно ее цель как защиту человеческой жизни.

В связи с этим можно выделить некоторые признаки, присущие институту смертной казни:

1. смертная казнь выступает в качестве мере наказания за противоправные деяния;
2. мера носит исключительный характер;
3. временные рамки ее применения не являются постоянными, то есть она осуществляется временно, вплоть до отмены.

Статья 44 Уголовного кодекса РФ определяет смертную казнь в качестве разновидности системы наказаний, следовательно, можем ли мы делать вывод о том, что данный институт функционирует регулярно? Видимо, можем. Также он закрепил количество составов преступлений, за которые может быть назначена смертная казнь, сократив их до пяти, имеющих особо тяжкий характер:

1. убийство при отягчающих обстоятельствах (ч.2 ст.105);
2. посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст.277);
3. посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование (ст.295);
4. посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа (ст.317);
5. геноцид (ст.357).

Также важно отметить ограничения применения данной меры наказания. Согласно ч.2 ст.59 УК РФ смертная казнь не применяется

- ☐ к женщинам;
- ☐ лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет;
- ☐ мужчинам, достигшим 65-летнего возраста к моменту вынесения судом приговора.

Итак, мы можем говорить об еще одной аспекте ограничения применений данной меры, кроме исключительности в случае особо тяжкого преступления, посягающего на жизнь, - о критериях пола и возраста.

Процессуальные особенности назначения и исполнения смертной казни изложены в Уголовно-процессуальном кодексе РФ. Таким образом, институт смертной казни получил всестороннее закрепления в соответствующих отраслях права. Поэтому мы можем определить институт смертной казни как совокупность правовых норм, устанавливающий данную меру в качестве санкции за совершение преступных дея-

ний, имеющее регулирующие правила применения данной меры и процессуально обозначенные способы ее исполнения. Тем не менее, вопрос о закреплении четкой дефиниции в российском законодательстве по-прежнему вопрос открытый.

Тенденция гуманизации мирового сообщества привела к альтернативности применения данного вида наказания, допуская выбор судом наказания в виде либо смертной казни, либо пожизненного лишения свободы, либо лишения свободы от 8 или 12 до 20 лет. Таким образом, назначение смертной казни осуществляется только в самых крайних случаях по отношению, например, к рецидивистам.

Но и в этом случае смертный приговор редко приводится в исполнение, так как, согласно ст.89 Конституции РФ и ст.59 Уголовного кодекса РФ Президент РФ в порядке помилования может заменить его пожизненным лишением свободы или лишением свободы на срок 25 лет. Тем более, что Президент РФ Дмитрий Медведев констатировал, что сегодня возвращение смертной казни невозможно: "Те, кто совершал террористические акты, должны за них ответить, но что касается смертной казни, у нас есть свои обязательства. Я могу сказать прямо: если бы я здесь работал в 90-е годы, решения были бы другими. Но что сейчас об этом говорить"¹.

Если обратиться к статистике, то по данным статистики МВД РФ в январе - августе 2011 года органами внутренних дел рассмотрено 16,38 млн. заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях, что на 2,5% больше чем за восемь месяцев 2010 года. Почти по каждому двенадцатому сообщению (8,2%) принято решение о возбуждении уголовного дела. Всего возбуждено 1340,8 тыс. уголовных дел, что на 9,0% меньше показателя аналогичного периода прошлого года². На современном этапе развития нашей страны, в условиях по-прежнему высокого уровня преступности смертная казнь является, к сожалению, необходимой превентивной мерой. Необходимость ее обуславливается целью введения данного института на регулярной основе – защиты права на жизнь. Возможность ее применения не противоречит принципу гуманизма, поскольку под гуманностью понимается, в том числе, и охрана личности от преступных посягательств. Поэтому разумное применение смертной казни является гуманным до тех пор, пока в этом есть необходимость.

И вновь обратимся к статистике. Согласно данным Всероссийского социологического экспресс-опроса ВЦИОМ на июль 20001 года,

сторонниками смертной казни за особо тяжкие преступления против личности являлись 72 % при 9 % противников. Согласно опросам ВЦИОМ, в 2004 году 84 % россиян выступали за ужесточение законодательства вплоть до введения смертной казни в вопросах борьбы с терроризмом. В 2005 году среди опрошенных ВЦИОМ смертную казнь в отношении террористов поддерживали 96 % при 3 % противников. Из числа сторонников 78 % заявили, что «полностью поддерживают», а 18 % — что «скорее поддерживают». При этом, 84 % опрошенных россиян выразили свою поддержку отмены моратория на смертную казнь. В свою очередь, опрошенные жители Южного федерального округа РФ выразили свою поддержку смертной казни практически единодушно. В июне 2005 года, согласно опросам Аналитического Центра «Левада-Центр», сторонниками смертной казни являлись 65 % при 25 % противников. Согласно сведениям Социологического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, полученным на май 2010 года, сторонниками смертной казни среди судей являлись 89 % опрошенных.

Таким образом, общество, в целом, поддерживает идею введения данной меры наказания, что, скорее всего, обусловлено скорее политическими причинами.

Но, рассматривая данный вопрос, нельзя не учесть международный аспект данной проблемы. В условиях членства России в Совете Европы анализ взаимодействия норм международного и национального права представляется в двух аспектах: с позиций международного права как меры наказания, противоречащей признанию естественного права человека на жизнь, и потому требующей ограничений; и с позиций российского права как меры, направленной на защиту права на жизнь как конкретного человека, так и общества в целом.

Тем более, когда, как отмечают ученые, не только в российском, но и в мировом сообществе сложилась крайне парадоксальная ситуация: неуклонно возрастает ценность человеческой жизни в глобальном масштабе, а жизнь конкретного человека день ото дня обесценивается¹.

Нормы международных договоров устанавливают в качестве приоритетных направлений всеобщую отмену смертной казни либо, для стран, сохраняющих данную меру наказания в законодательстве, установление стандартов применения.

Среди основных ограничений применения смертной казни, выработанных международным правом, выделяют:

¹ <http://rus.ruvr.ru/2010/04/02/5947485.html>

² http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_96831/

¹ Рабец А.М. Право на жизнь и проблемы гражданско-правовой ответственности за его нарушение // Юрист. - 2001. - №6. - С.60.

1) ограничения, предусмотренные для государств, применяющих наказание в виде смертной казни, к которым относятся:

- ☐ возможность ее назначения за самые тяжкие преступления;
- ☐ установление ее в качестве исключительной меры наказания;
- ☐ запрет на вынесение смертных приговоров лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет;
- ☐ беременным женщинам, женщинам, имеющим грудных детей, и пожилым людям в возрасте старше 70 лет.
- ☐ запрет на приведение в исполнение смертного приговора в отношении лиц, страдающих психическими заболеваниями (душевнобольных).

2) гарантии лицам, которым грозит вынесение смертного приговора, а именно:

- ☐ предоставление права на апелляцию;
- ☐ предоставление возможности подать прошение о помиловании;
- ☐ право на справедливое судебное разбирательство;
- ☐ исполнение смертного приговора путем причинения минимальных страданий.

Тем не менее, с 1965 года более 50 стран расширили перечень преступлений, за которые может быть назначена смертная казнь. Согласно данным организации «Международная Амнистия» в 2010 году наибольшее количество смертных казней имело место в Китае (1 718). В 2010 году в Иране число казнённых составило, как минимум, 346, в Саудовской Аравии — 102, в США — 37, в Пакистане — 36, в Ираке — 34. Всего в 2010 году были казнены 2 тыс. 390 человек в 25 странах.

Главный аргумент оппонентов смертной казни - это судебные ошибки, которые неминуемо приводят к казням невиновных. Также приводится статистика, показывающая, что отмена или введение смертной казни в стране сами по себе не изменяют количества тяжких преступлений. В тоже время, американские ученые доказали, что все же применение смертной казни является мощным сдерживающим фактором. Таким образом, в мире сохраняются две основные тенденции: отказ от применения этого вида наказания как противоречащего естественному и неотъемлемому праву на жизнь и сохранение, но фактическое неприменение (либо редкое применение) наказания в течении многих лет, ориентируясь на внутреннюю стабильность социальной сферы государства.

Вступление РФ в Совет Европы повлекло обязательство подписать и через три года ратифицировать Протокол №6 к Европейской конвенции по правам человека, предусматривающий полную отмену смертной казни. Однако, подписав протокол, Россия до сих пор его так и не ратифицировала, ограничившись объявлением временного моратория на вынесение смертных приговоров. Проблемы эта требует разрешения, причем скорейшего.

Протокол №6 к Европейской конвенции о защите прав и основных свобод содержит одну оговорку, согласно которой: «любое государство может при подписании или сдаче на хранение самой ратификационной грамоты или документа о принятии или одобрении указать территорию или территории, к которым применяется данный Протокол». Таким образом, РФ может найти выход из сложившейся ситуации. А именно путем проведения реформы диверсификации регионов по уровню преступности. Перед тем, как обратиться непосредственно к идее, хотелось бы бегло обратить внимание на политическую сторону вопроса. Предлагаемая реформа возможна только в случае проведения эффективной административной реформы, а также нивелирования некоторых недостатков политической жизни общества путем регламентации и расширения демократических гражданских институтов.

Во-первых, необходима реформа по передаче из ведения Российской Федерации в ведение субъектов РФ либо их совместное ведение уголовного законодательства в части назначения смертной казни и пожизненного лишения свободы. Следует закрепить право субъектов федерации самостоятельно решать вопрос о применении на их территории смертной казни с учетом местных криминогенных, геополитических, социальных и экономических особенностей. Таким образом, произойдет диверсификация регионов, которая обеспечит исполнение условия Протокола №6, но частично.

Во-вторых, для этого потребуется пересмотр конституционных положений по определению компетенции РФ и субъектов РФ в сфере уголовного права, а в уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве необходимо будет детально решить вопрос о пределах действия УК РФ.

В-третьих, необходимо проведение референдума по решению вопроса о введении данной меры, в силу чисто политических причин.

Данная реформа позволит оптимизировать процесс судебного разбирательства и приведет к снижению особо тяжких и особо тяжких преступлений, а также позволит укрепить позиции Российской Федерации по ряду вопросов международного права. Кроме того, в перспекти-

ве, тенденция отмены либо формального качества данной меры наказания также станет возможна в нашей стране.

III. Эвтаназия

В переводе с греческого "эвтаназия" - это "благая смерть". Впервые термин был использован в XVI веке английским философом Фрэнсисом Бэконом для обозначения "легкой", не сопряженной с мучительной болью и страданиями смерти, которая может наступить и естественным путем.

В XIX веке эвтаназия была "умерщвлением пациента из жалости". В годы третьего рейха в фашистской Германии множество психически больных и некоторых неизлечимых больных подвергли принудительной "эвтаназии", делая им смертельный укол.

Со второй половины XX века, опираясь на позиции гуманности, вновь была поднята тема «легкой смерти». Законодательства практически всех стран мира солидарны в том, что с правовой точки зрения эвтаназия недопустима. Кроме того, если рассматривать вопрос с чисто медицинской точки зрения, а именно, с точки зрения медицинской этики, то данный процесс противоречит клятве Гиппократова во всех смыслах.

Первыми, кто легализовал эвтаназию, стали Нидерланды. В 1984 году Верховный суд страны признал добровольную эвтаназию приемлемой.

Эвтаназия была легализована в Бельгии в 2002 году. С апреля 2005 года в бельгийских аптеках стали появляться специальные наборы для эвтаназии, позволяющие упростить процедуру добровольного ухода из жизни. Стоимость такого набора была 60 евро и включала в себя шприц с ядом быстрого действия. Для покупки данного набора необходимо быть практикующим врачом, и аптека должна иметь соответствующую лицензию. Кроме того, может подвергнуться эвтаназии человек старше 18 лет, страдающий неизлечимым заболеванием. Согласно официальной статистике, в 40 процентах случаев эвтаназию проводят на дому у пациента.

В США закон, разрешающий оказание медицинской помощи в осуществлении самоубийства больным в терминальной стадии, был принят (с рядом ограничений) в ноябре 1994 года в штате Орегон, а в ноябре 2008 года в штате Вашингтон.

В Азербайджане запрет эвтаназии закреплён законодательно и по УК Азербайджана эвтаназия «наказывается исправительными работами на срок до двух лет либо лишением свободы на срок до трёх лет с ли-

шением права занимать определённую должность или заниматься определённой деятельностью на срок до трёх лет или без такового».

В ноябре 2004 года закон об эвтаназии одобрил Сенат Франции. Этот акт был разработан французской ассоциацией врачей. Закон предусматривает, что в тех случаях, когда принимаемые меры лечения становятся "бесполезными, непропорциональными либо не имеющими другого эффекта, кроме искусственного продления жизни", они "могут быть сокращены либо прекращены".

Несмотря на отсутствие закона, реально эвтаназия уже действует в Великобритании. Для этого создан необходимый прецедент, позволяющий всем желающим добиться своего. Высший суд Королевства удовлетворил требование 43-летней женщины об отключении аппаратов искусственного дыхания, поддерживающих ее жизнь на протяжении года. В 2006 году лордом Джоффом был предложен законопроект о содействии в смерти неизлечимо больным. Накануне голосования в британском парламенте по вопросу о легализации эвтаназии неизлечимо больных людей, врачи впервые выступили с совместным заявлением против закона, который позволил бы подобным пациентам принимать решение о добровольном уходе из жизни. 73,2% представителей медицинской профессии не одобряют подобной меры

Практика показывает, что эвтаназия - явления реальное, как и реальные проблемы, связанные с ней. Первое, на что следует обратить внимание – это злоупотребление эвтаназией. Например, в Голландии уже упомянутый закон о разрешении эвтаназии так и называется: критерии применения эвтаназии и оказания помощи при добровольном уходе из жизни. Данные критерии состоят в следующем:

- врач должен быть убежден (а значит, в случае юридического преследования, суметь доказать), что его пациент принял решение о своей эвтаназии добровольно и обдуманно;

- врач также должен быть убежден, что это тот случай, когда болезнь пациента неизлечима, а физические страдания от нее стали невыносимыми, и уже исчерпаны все средства избавить пациента от таких страданий;

- пациент должен быть проинформирован о своем состоянии на данный момент и о прогнозе, касающемся продолжительности его жизни;

- врач и пациент должны вместе прийти к заключению, что проблемам, вызвавшим желание эвтаназии, нет никакого другого решения;

□ с этим заключением должен согласиться еще один врач, работающий независимо от лечащего врача и тоже знающий данного пациента;

□ эвтаназия может быть произведена только врачом и только медицинскими средствами.

□ Понятно, что соблюдение правил необходимо контролировать, и не всякое общество может обеспечить пресечение злоупотреблений эвтаназией, пока это еще не поздно. Там же в Голландии существуют для этого региональные контрольные комиссии по применению эвтаназии, которые должны проверять ее каждый отдельный случай. Есть также активная общественная организация, следящая за всем, что имеет отношение к эвтаназии. Произвести эвтаназию в Голландии может только домашний или лечащий врач, и это правило делает невозможным «туризм самоубийц».

Итак, право на жизнь, с одной стороны реализуется в эвтаназии, поскольку, как было упомянуто выше, данное право подразумевает не только жизнь физическую, но так и то, что каждый человек имеет право на достойное качество жизни и право не терпеть боль. Но здесь возникает также философско-правовая дилемма: реализуется ли в рамках права на жизнь право на смерть? Как всегда, существуют две противоположные точки зрения, и каждое государство решает исходя не только из правовых, но скорее из морально-этических аспектов, а также особенностей ментальности. Стоит только отметить, что в России была попытка обсуждения отдельного закона об эвтаназии в 2007 году, но результатов так и не было, поскольку и в Государственной Думе, и в Совете Федерации не смогли прийти к единому мнению по чрезвычайно противоречивому вопросу.

Другой аргумент сторонников эвтаназии основывается на чисто экономических основах и заключается в том, что поддержание жизни на стадии умирания, осуществляемое с помощью передовых технологий, обходится слишком дорого. Соответственно бремя обеспечения граждан дорогостоящими препаратами и технология должно ложиться на плечи государства в рамках исполняемых ими функций, а государство, в свою очередь, должно понимать нерациональность такого использования денежных средств.

Существует еще множество аргументов в поддержку эвтаназии, равно как и против нее, однако необходимо признать, что данное явление существует и применяется независимо от того, разрешена она законом или нет. По данным Американской медицинской ассоциации, в больницах США ежедневно умирает 6 тысяч человек, большая полови-

на которых уходит из жизни добровольно с помощью медперсонала. В связи с этим актуальным является вопрос не о том, разрешать или не разрешать врачам применение эвтаназии, а о том, как организовать строгий контроль за ее осуществлением, чтобы предотвратить возможные злоупотребления и нарушения в этой области.

В октябре 1987 года в Мадриде была принята Декларация об эвтаназии. В ней говорилось следующее: «Эвтаназия как акт преднамеренного лишения жизни пациента, даже по просьбе самого пациента или на основании обращения с подобной просьбой его близких, неэтична. Это не исключает необходимости уважительного отношения врача к желанию больного не препятствовать течению естественного процесса умирания в терминальной фазе заболевания».

Таким образом, Мадридская декларация допускают пассивную форму эвтаназии: врач ничего не предпринимает для продления жизни больного, а применяет лишь обезболивающие средства.

В нашей стране положение об эвтаназии получило законодательное решение с принятием в 1993 году Основ законодательства РФ «Об охране здоровья граждан». В ст. 45 «Запрещение эвтаназии» было закреплено, что удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти «какими-либо действиями или средствами, в том числе прекращением искусственных мер по поддержанию жизни» медперсоналу запрещается. Лицо, осуществляющее эвтаназию или побуждающее больного к эвтаназии, несет уголовную ответственность. В том же Законе имеется другая статья — 33 «Отказ от медицинского вмешательства». В ней указано, что «гражданин или его законный представитель имеет право отказаться от медицинского вмешательства или потребовать его прекращения», даже если оно начато, на любом этапе проведения. При этом пациенту в доступной форме должны быть изложены все последствия отказа от лечения, что оформляется записью в медицинском документе, который подписывается пациентом (его законным представителем) и лечащим врачом. Фактически эта статья дает возможность легального использования пассивной эвтаназии. В данной нормативном акте отражается типичная ситуация для российского законодательства: одновременное разрешение и запрещение эвтаназии.

Уголовный кодекс РФ определяет, что эвтаназия — это убийство (умышленное, противоправное лишение жизни другого человека). Мотив сострадания, указанный в перечне смягчающих обстоятельств, предусмотренных в ст. 61 УК РФ, может быть учтен лишь при назначении наказания виновному лицу, но не при квалификации деяния. Убийство по мотиву сострадания квалифицируется по ч. 1 ст. 105 УК РФ, т. е. как убийство.

Стоит сказать, что в нашей стране легальное введение эвтаназии сказалось бы губительно и полностью подорвало бы основы исполнения обеспечения государством права на жизнь. Причиной тому служит снова политический, а вовсе не правовой фактор. Если мы посмотрим на уровень коррупции, как проблемы системного характера, то мы увидим, что данное явление является причиной не только сдерживания экономического роста, но также латентно является причиной для обоснования рассматриваемого вопроса. По данным «Transparency International» в 2010 году Россия заняла 154 место из 178 исследуемых по уровню коррупции. В пресс-релизе Центра антикоррупционных исследований и инициатив «Трансперенси Интернешнл — Р» утверждалось: «... никаких кардинальных изменений не произошло. С коррупцией в нашей стране всё как было плохо, так плохо и осталось»¹.

Таким образом, если мы признаем правомерность проведения эвтаназии с определением правовых критериев применения, то прежде следует исключить возможности флуктуаций при исполнении данных процедур. Причем, если пойдем в данном вопросе по голландскому пути и создадим специальные контрольные органы, то, скорее всего, это не даст нужных нам результатов, а скорее приведет к обратному процессу, поэтому проблемы нужно решать на более высоком системобразующем уровне.

IV. Право на жизнь эмбриона

Под эмбрионом (греч. *embryon*) принято понимать животный организм на ранней стадии развития². В русском языке, согласно Российскому энциклопедическому словарю, термины "эмбрион" и "зародыш" являются синонимами. После восьми недель внутриутробного развития эмбрион (зародыш) человека называется также плодом³. В юридической литературе под эмбрионом человека понимается организм с момента оплодотворения до рождения. Таким образом, мы снова видим отсутствие четкости дефиниций.

В мировой практике по изучению данного вопроса можно выделить три подхода к определению момента начала охраны человеческой жизни в законодательном порядке: абсолютистский, умеренный и либеральный.

Сторонники абсолютистской позиции рассматривают оплодотворенную яйцеклетку или эмбрион как человеческое существо, которое обладает безусловной ценностью и правом на жизнь. Именно поэтому запрещается осуществлять какие-либо действия, которые затрудняют или прекращают ее (его) развитие. Таким образом, в обязанность государства входит обеспечение развития жизни на любой стадии и ее абсолютная защита. Например, принятый в Германии принцип гласит: «жизнь человека начинается с момента оплодотворения».

Вторая точка зрения основывается на том, что эмбрион не может быть определен как личность, и поэтому имеет незначительную ценность, следовательно, не нуждается в какой-то особой защите и не наделяется правом на жизнь.

Приверженцы умеренной (градуалистической) позиции считают, что развитие человека происходит постепенно, и эмбрион имеет значительную, но не абсолютную ценность. Например, суды Великобритании стремятся придать эмбриону статус личности. Свидетельством этого может служить тенденция к установлению ответственности за причинение эмбриону вреда по неосторожности.

В рамках данной позиции одни авторы полагают, что эмбрион имеет право на жизнь при достижении определенного уровня развития, другие - при достижении жизнеспособности. Однако единого мнения не существует.

Декларация прав ребенка, принятая Резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г., отмечает: "...Ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту, как до, так и после рождения". Аналогичную формулировку использует и Конвенция о правах ребенка 1989 г. Конвенция о защите прав человека и достоинства человеческого существа в связи с использованием достижений биологии и медицины, принятая 4 апреля 1997 г. в Овьедо, говорит об исследованиях на эмбрионах "in vitro": "1. В случаях, когда закон разрешает проведение исследований на эмбрионах "in vitro", он должен обеспечивать также надлежащую защиту эмбрионов. 2. Запрещается создание эмбрионов человека в исследовательских целях".

Что касается России, то законодательство в этой области достаточно противоречиво. Так, п. 2 ст. 17 Конституции гласит: "Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения". Определим, что же следует понимать под рождением. Для констатации факта рождения человека используется критерий живорожденности. В 1992 г. Россия перешла на рекомендованные Всемирной организацией здравоохранения критерии живорождения, что повлекло

¹ Пресс-релиз Центра «Трансперенси Интернешнл — Р» в связи с выходом ИВК 2010.

² Оксфордская иллюстрированная энциклопедия. М., 1999. С. 388-389

³ Медицинская энциклопедия. М., 1993. С. 322

признание сердцебиения, пульсации пуповины и движений произвольных мышц ребенка признаками жизни наряду с дыханием.

Сегодня в соответствии с Инструкцией об определении критериев живорождения... под рождением человека понимают полное изгнание или извлечение из организма матери плода, который появился на свет после 28 недель беременности, весит более 1000 г, дышит и проявляет другие признаки жизни.

Согласно Конституции человеческий эмбрион не является носителем права на жизнь, поскольку в п. 2 ст. 17 провозглашается: "Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения". Уголовный закон также связывает начало жизни с моментом физиологических родов, то есть с началом процесса выхода плода из утробы матери.

В соответствии с п. 2 ст. 17 Гражданского кодекса РФ право на жизнь возникает именно в момент рождения человека, так как никаких оговорок статья не содержит. И внутриутробный эмбрион, независимо от срока его развития, рассматривается в качестве физиологической части организма, которым женщина вправе распоряжаться по своему усмотрению. При этом в законодательстве России присутствует определенное количество нормативных актов, свидетельствующих об охране прав человека еще до рождения. Так, в соответствии со ст. 1116 Гражданского кодекса РФ наследниками по завещанию и закону могут быть граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. А ст. 1166 осуществляет защиту экономических интересов зачатого, но не родившегося ребенка.

Статья 17 Семейного кодекса устанавливает ограничение для мужа расторгать брак без согласия жены во время ее беременности и в течение года после рождения ребенка, жена же вправе в любой момент расторгнуть брак, в том числе и во время беременности. При этом недостижение ребенком возраста 1 года также не имеет никакого значения. Как известно, любые травмы (как физические, так и психологические), полученные матерью, потрясения, переживания - все это отражается на здоровье ребенка, который должен родиться. Вследствие чего напрашивается вывод, что ст. 17 Семейного кодекса оберегает ребенка еще до рождения, а также в течение года после его рождения от проблем, связанных с разводом родителей и т.д. Также Семейный кодекс предоставляет "потенциальному ребенку" комплекс иных прав.

На мой взгляд, на основании российского законодательства сегодня представляется целесообразным придать зачатому, но не рожденному лицу ограниченную правоспособность, то есть встать на позицию

сторонников умеренного подхода, поэтому положения, касающиеся права эмбриона на жизнь, должны быть закреплены в Конституции РФ.

Заключение

Жизнь человека есть высшая ценность. Без жизни все остальные права утрачивают смысл и прямо зависят от этого основополагающего принципа. Поэтому защита права на жизнь должна являться одним из основных, если не основным, приоритетным направлением политики современных демократических государств.

В ходе исследования было показано, что существует еще множество вопросов, противоречий и даже правовых коллизий при рассмотрении данного права как с точки зрения конституционно-правового аспекта, так и с точки зрения политики, этики, морали.

В основных международных документах, регламентирующих право на жизнь, - Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод - его содержание сводится к тому, что оно принадлежит каждому человеку; охраняется законом; его никто не может быть лишен произвольно. Тем не менее не существует единой формально закрепленной дефиниции, что является причиной множества правовых коллизий.

Рассматривая три аспекта права на жизнь - смертная казнь, эвтаназия и правовое положение эмбриона - можно сказать, что они в целом характеризуют данное естественное право как противоречивое системное явление, требующее детальной регламентации в силу, опять же, важности рассматриваемого вопроса с учетом не только национальной и международной правовых систем, но также и ментальных особенностей, уровня развития демократического общества, то есть фактически с учетом развития всей политической системы страны.

Каждая из рассматриваемых проблем имеет дуальное разрешение и до сих пор по каждому из вопросов идут споры как теоретического, так и практического порядка. Если мы посмотрим на российские реалии, то разрешение данных коллизий является необходимым элементом становления демократического общества.

Кратко подводя итоги, можно выделить несколько практических аспектов разрешения каждой из указанных проблем:

1. К сожалению, сегодня институт смертной казни является необходимой превентивной мерой. Для эффективного применения данного вида наказания необходима реформа по передаче из ведения Российской Федерации в ведение субъектов РФ либо их совместное ведение

уголовного законодательства в части назначения смертной казни и пожизненного лишения свободы. Следует закрепить право субъектов федерации самостоятельно решать вопрос о применении на их территории смертной казни с учетом местных криминогенных, геополитических, социальных и экономических особенностей. Таким образом, произойдет диверсификация регионов, которая обеспечит исполнение условия Протокола №6, но частично.

2. Отмена в нашей стране запрета на эвтаназию возможно только при проведении параллельном проведении мер, позволяющих исключить возможности флуктуаций при исполнении данных процедур.

3. При рассмотрении правового статуса эмбриона, на мой взгляд, исходя из реалий российской действительности и в рамках обеспечения защиты права на жизнь, необходимо придерживаться умеренной парадигмы, предоставляющей придать зачатому, но не рожденному лицу ограниченную правоспособность.

Так или иначе, все данные практические рекомендации не могут рассматриваться в отрыве от политической системы страны, которая требует системных преобразований причем в кратчайшие сроки. Введение точечных мер по улучшению того или иного аспекта в отдельно взятой сфере не приведет к желаемым результатам и осуществлению одной из главных целей, а именно становление правового государства с развитой демократией, необходимым являются системные преобразования всех сфер жизнедеятельности общества.